

LAUREANO LOPEZ RODO

LEYES ORGANICAS DE TRANSFERENCIA
Y DELEGACION

Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. LAUREANO LÓPEZ RODÓ (*)

El párrafo segundo del artículo 150 de la Constitución declara que: “El Estado podrá *transferir o delegar* en las Comunidades Autónomas, mediante *ley orgánica, facultades* correspondientes a *materias de titularidad estatal* que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”.

GENESIS DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

Conviene recordar que este texto quedó así redactado en virtud de una enmienda “in voce” formulada en la sesión del Pleno del Congreso del 20 de julio de 1978 por el Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco, que posteriormente fue suscrita también por el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana y el Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña (1). Este texto vino a susti-

(*) Disertación en Junta del martes, 7 de febrero de 1984.

(1) La enmienda del Partido Nacionalista Vasco fue presentada por Arzalluz, quien recalcó que dicha enmienda “fue parte de una negociación laboriosa y larga y *obtuvo el consenso* de bastantes Grupos Parlamentarios” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1978, número 115, pág. 4514).

Inicialmente no fue admitida a trámite por la Mesa del Congreso, lo que dio lugar a muchos cabildeos hasta el punto de que en aquella sesión se “aparcó” el debate del Título VIII y se pasó a discutir el Título IX, tras haberse aplazado más de dos horas el inicio de la sesión de la tarde, lo que el Presidente del Congreso, Alvarez Miranda, jus-

tuir el aprobado por la Comisión Constitucional que sólo permitía *delegar* (y no transferir) *la ejecución* de funciones de titularidad estatal.

Licinio de la Fuente consumió un turno en contra de la enmienda vasca poniendo de relieve que agravaba sustancialmente los términos de este apartado 2 del artículo 150 porque la enmienda no sólo añade la palabra “transferir” a la palabra “delegar”—y una transferencia es mucho más que una delegación—, sino que, además, ha suprimido otra palabra y donde antes se decía que se puede delegar la “ejecución” de las funciones, ahora se habla de delegar o transferir las “facultades” correspondientes a materias de titularidad estatal y no su mera ejecución (2).

Pérez-Llorca intervino en defensa de la enmienda “para dejar claro que se trata de una mera técnica de descentralización administrativa...”. «La introducción de la palabra “transferir”, con todas estas cautelas, es evidente que no supone una agravación del precepto sino que permite la utilización de técnicas descentralizadoras yuxtapuestas, puesto que, en cualquier caso, se trata de un acto de soberanía del Estado revocable mediante Ley Orgánica» (3).

Puesta a votación la enmienda vasca, fue aprobada por 271 votos a favor, 19 en contra, dos abstenciones y un voto nulo.

tificó diciendo: “Son Vds. todos conscientes de la posibilidad de que esta Constitución sea realmente una Constitución de consenso” (*Idem*, pág. 4515).

Al día siguiente, el Presidente del Congreso anunció que “la Mesa ha reconsiderado su actitud y entiende consecuentemente que puede tramitarse la enmienda *in voce* formulada por el Grupo Parlamentario Partido Nacionalista Vasco” (*Idem*, pág. 4550).

Arzalluz, al defender la enmienda dijo: “Y, desde esta tribuna, doy también las más fervientes gracias a tantos como nos han ayudado estos días —al Grupo Parlamentario Catalán, al Partido Socialista, al Partido Comunista— porque su apoyo y su aliento han sido enormemente fortalecedores para nosotros” (*Idem*, pág. 4551).

(2) Licinio de la Fuente dijo: “Yo querría llamar, sobre todo y en primer término, la atención de los señores Diputados acerca de la absoluta contradicción que, incluso en el orden de la técnica jurídica, supone este texto constitucional. Para lo cual bastará con leer el artículo 144 (actualmente 148), que dice: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias”, y las relaciona. En el artículo 143 (actualmente 149) se dice: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”, y las relaciona. Después, dentro de este mismo artículo, hay un párrafo que dice: “Las materias no reservadas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos”. Y ahora, además, queremos que se diga en el artículo 144 (actualmente 150) que las materias que se ha reservado el Estado como de su competencia exclusiva pueden ser delegadas y transferidas a las propias Comunidades Autónomas. Yo pediría, si se puede hacer, un análisis riguroso y serio acerca de la congruencia de estos tres artículos...”. En síntesis, Licinio de la Fuente expresó su opinión diciendo que “Las funciones que se habían reservado con carácter exclusivo al Estado no son delegables sin un desarme que supondría, de hecho, una desvertebración del Estado mismo” (*Diario de Sesiones del Congreso*, 1978, núm. 115, pág. 4554).

(3) *Idem*, pág. 4557.

En definitiva, de acuerdo con la redacción final del artículo 150.2 de la Constitución, mediante Leyes Orgánicas de transferencia o delegación, pese a tratarse de materias de titularidad estatal, las facultades del Estado pueden ser transferidas o delegadas a las Comunidades Autónomas. Los anteproyectos de dichas Leyes Orgánicas han de ser dictaminados por la Comisión Permanente del Consejo de Estado (4).

DIFERENCIA ENTRE TRANSFERIR Y DELEGAR

Debemos preguntarnos ante todo qué diferencia hay entre los términos *transferir* y *delegar* empleados en el artículo 150.2 de la Constitución. González Navarro vacila entre interpretar ambos términos como sinónimos o bien entender que “mientras en caso de delegación el Estado se desprende sólo del ejercicio, no de la titularidad, en caso de transferencia se atribuye a la Comunidad Autónoma la titularidad”.

“Debe advertirse que la distinción apuntada entre transferencia de la titularidad (“transferencia”) y transferencia del ejercicio (“delegación”) no responde a un mero entretenimiento dialéctico, sino que conlleva importantes consecuencias prácticas. Por ejemplo, si el Estado retiene la titularidad, transfiriendo únicamente el ejercicio, las concesiones de servicio público habría de hacerlas el Estado, no la Comunidad Autónoma (artículos 197 y 198, RCE)” (5).

ASUNCION ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Como advierte González Navarro (6), “conviene tener muy clara la diferencia que existe entre: a) asumir competencias a través de Estatutos, los cuales, como es sabido, han de aprobarse por Ley Orgánica, y b) transferir o delegar, mediante Ley Orgánica, competencias de titularidad estatal... Es evidente que si se permitiera asumir por vía estatutaria las competencias atribuidas al Estado con carácter exclusivo en el artículo 149, se harían irrecuperables de hecho, el Estado perdería disponibilidad sobre las mismas, puesto que necesitaría el consentimiento previo de la respectiva Comunidad. En cambio, si la transferencia

(4) Art. 22.4 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

(5) “Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*. Madrid, 1979, págs. 1110-1111.

(6) *Op. cit.*, pág. 1112.

de la competencia de titularidad estatal se hace en una Ley Orgánica que no sea la aprobatoria del Estatuto, el Estado conserva la posibilidad de revocarla simplemente mediante otra Ley Orgánica de sentido inverso”.

Como se ve, tanto González Navarro como Pérez-Llorca sólo contemplan la posibilidad de revocar una transferencia efectuada por Ley Orgánica mediante otra ley del mismo carácter. Más adelante veremos que la revocación puede hacerse también por simple acuerdo de las Cortes Generales.

¿PUEDEN TRANSFERIRSE POTESTADES LEGISLATIVAS?

Estas Leyes Orgánicas plantean una serie de problemas. ¿De qué facultades se trata? ¿Pueden delegarse o transferirse facultades legislativas o sólo de ejecución? Mendoza Oliván (7) entiende que sólo pueden delegarse o transferirse facultades de ejecución, nunca de legislación. También Guaita (8) estima que en este caso “no se transfiere potestad legislativa sino facultades políticas, administrativas o ejecutivas”. En el mismo sentido se expresa Entrena Cuesta (9). Según Mendizábal (10), el párrafo segundo del artículo 150 “ha de referirse a la transferencia o delegación de cualesquiera funciones o facultades estatales, con exclusión de las legislativas o judiciales”.

En apoyo de este criterio restrictivo podrían aducirse las palabras pronunciadas por Peces Barba en el debate ante el Pleno del Congreso el 20 de julio de 1978, cuando dijo: “En todo caso, la ejecución de funciones de titularidad estatal (y es muy importante que quede constancia de ello en el *Diario de Sesiones*) la entendemos como *facultades reglamentarias*” (11); y también la afirmación antes citada de Pérez-Llorca de tratarse de una mera técnica de descentralización *administrativa*.

Es preciso reconocer que se trata de un precepto de dudosa interpretación. Existen argumentos en favor y en contra de la posibilidad constitucional de transferir o delegar mediante Ley Orgánica, facultades legislativas en materias de competencia estatal a las Comunidades Autónomas. En contra de esta posibilidad cabe alegar que para atribuir facultades legislativas a las Comunidades

(7) “Tipología de las Leyes en la Constitución”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 107.

(8) “Dualidad de Estatutos autonómicos en la Constitución Española”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 1208.

(9) GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 1635.

(10) “El control de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 1452.

(11) *Diario de Sesiones del Congreso* núm. 115, de 20 de julio de 1979, pág. 4514.

Autónomas en materias de competencia estatal, ya están las leyes-marco (artículo 150.1). Si también las Leyes Orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2) pudieran atribuir facultades legislativas a las Comunidades Autónomas, nos encontraríamos con una duplicación de instrumentos legales arbitrados por dos párrafos de un mismo artículo de la Constitución para llegar a un mismo resultado, lo cual no parece lógico.

Pero puede argumentarse *de adverso* que las facultades legislativas atribuibles en uno y otro caso son de distinta amplitud, ya que al amparo de una ley-marco las Comunidades Autónomas sólo pueden dictar normas legislativas "en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal"; en cambio, al amparo de la Ley Orgánica de transferencia, podrían dictar normas legislativas sin estar encorsetadas dentro de un "marco".

Elizalde (12) entiende que las Leyes Orgánicas de transferencia pueden abarcar incluso facultades legislativas.

La cuestión se ha planteado también en el plano del Derecho positivo, toda vez que las Leyes Orgánicas números 11 y 12/1982, de 10 de agosto, transfieren a las Comunidades Autónomas de Canarias y Valencia, respectivamente, la *potestad legislativa* sobre materias de titularidad estatal (artículo 1.b). Queda claro, por consiguiente, que no se trata de una mera descentralización administrativa, toda vez que la potestad legislativa también es objeto de transferencia (13).

(12) "Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas", en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 74.

(13) Tanto la Ley Orgánica relativa a Canarias como la de Valencia, disponen que "la potestad legislativa sobre tales materias, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo 150 de aquélla".

Este precepto resulta bastante confuso, pues, de una parte, no es fácil determinar qué ha de entenderse por "toda la amplitud prevista en el artículo 150", ya que este artículo tiene carácter dispositivo y deja al arbitrio de las Cortes Generales la concreción de las facultades que se transfieran por virtud de cada Ley Orgánica.

La expresión "materias de titularidad estatal que por su naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación" encierra un concepto indeterminado que carece de límites precisos.

De otra parte, ¿en qué sentido ha de interpretarse el inciso "en cuanto no se encuentre reservada" (la potestad legislativa) al Estado por la Constitución? A mi juicio se refiere, ante todo, a las materias reservadas a las Leyes Orgánicas por el artículo 81 de la Constitución, pues sólo las Cortes Generales pueden aprobar Leyes con carácter de Orgánicas, ya que éstas exigen mayoría absoluta del Congreso y en modo alguno pueden aprobarlas las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a otras leyes previstas a lo largo del articulado de la Constitución, entiendo que tampoco pueden dictarlas las Comunidades por constituir una reserva legal en favor del Estado (por ejemplo, las Leyes a que se refieren los artículos 53.3, 76.2, 98.1 y 4, 103.3, 105, etc.).

Pienso que hubiera sido mejor utilizar el cauce de la ley-marco —artículo 150.1— para atribuir tal potestad legislativa a esas Comunidades Autónomas, pero el hecho es que el cauce utilizado ha sido el del artículo 150.2 y no se ha formulado ningún recurso de inconstitucionalidad contra dichas dos Leyes Orgánicas de Transferencia (14), aunque probablemente son, de hecho, inconstitucionales.

CONTROL DE LAS FACULTADES TRANSFERIDAS O DELEGADAS

Según el artículo 153, b), el control del “*ejercicio de funciones delegadas* a que se refiere el apartado 2 del artículo 150”, se ejercerá “por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado” (15).

Lo primero que salta a la vista es la falta de correspondencia entre este apartado b) del artículo 153 y el apartado 2 del artículo 150 toda vez que mientras éste habla de “*transferir* o *delegar* facultades correspondientes a materias de titularidad estatal”, el artículo 153 habla sólo de “*ejercicio de funciones delegadas*”, omitiendo toda mención a la *transferencia*. La explicación es bien sencilla: el artículo 153 conservó la terminología de la redacción del artículo 150.2 anterior a la enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario del Partido Nacionalista Vasco. De modo que se modificó, como antes vimos, el artículo 150.2 sustituyendo las palabras “delegar la ejecución de funciones” por estas otras: “*transferir* o *delegar* facultades”, y no se hizo la correlativa modificación en el artículo 153, b), que sigue hablando de “*ejercicio de funciones delegadas*”.

Esta falta de armonía entre el artículo 150.2 y el 153, b), plantea el problema de saber si el control por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, sólo puede realizarse en el caso de delegación (como se desprende de

(14) La Ley Orgánica número 11/82, referente a Canarias, ofrece la particularidad de transferir facultades sobre “*materias de titularidad estatal contenidas en los artículos de su Estatuto de Autonomía que por su naturaleza y por imperativo constitucional así lo exijan*”. Esta fórmula contrasta con la empleada en el artículo 150.2 de la Constitución, que habla de “*materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*”. De modo que según la Ley Orgánica 11/82, la transferencia ha de venir exigida “por imperativo constitucional”.

La Ley Orgánica número 12/82, relativa a Valencia, emplea una fórmula distinta de la anterior, ya que transfiere “*todas aquellas competencias correspondientes a materias de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que exce-
dan de las configuradas en el artículo 148 de la Constitución*”.

(15) Vid. también art. 22.5 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado: “La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: ... 5. Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas”.

su tenor literal) o también en el de transferencia pese a que no es lo mismo transferir que delegar, según se precisó anteriormente.

Me inclino a creer que el control gubernativo sólo podrá ejercerse en el caso de delegación, toda vez que todo control implica una limitación que ha de interpretarse restrictivamente.

Otra cuestión a considerar es la anomalía que representaría la posibilidad de que el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, fiscalizara el ejercicio de funciones legislativas. Ya hemos visto más arriba que, mediante Ley Orgánica, el Estado puede transferir o delegar en las Comunidades Autónomas funciones legislativas y, de hecho, las dos únicas Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación dictadas hasta el presente, atribuyen a Canarias y a Valencia la potestad legislativa sobre las materias que se transfieren. Siendo esto así, las normas legislativas que dichas Comunidades Autónomas dicten en virtud de tales Leyes Orgánicas, deberían ser fiscalizables por el Gobierno, lo cual no deja de ser insólito y rompe, además, el paralelismo con las normas legislativas que los Parlamentos autónomos dicten en virtud de una ley-marco a que hace referencia el apartado 1 del propio artículo 150, que sólo son fiscalizables por el Tribunal Constitucional (Cfr., además, el artículo 153, a).

Sin embargo, las Leyes Orgánicas números 11 y 12/82 de Transferencia a Canarias y a Valencia de competencias en materias de titularidad estatal, no hablan del control "por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado" (artículo 153, b) de la Constitución Española), sino que establecen la siguiente forma de control: "En caso de incumplimiento de los requisitos anteriores (facilitar información a la Administración del Estado y mantener el nivel de eficacia de los servicios transferidos), el Estado advertirá formalmente de ello a la Comunidad y, si ésta mantiene su actitud, *el Gobierno podrá suspender* a partir de los tres meses *las facultades y servicios dando cuenta a las Cortes Generales, quienes resolverán* sobre la procedencia de la decisión del Gobierno, *levantando la suspensión o acordando la revocación del ejercicio de la facultad transferida*".

De modo que, según ambas Leyes Orgánicas, son las Cortes Generales las llamadas a realizar en última instancia el control del ejercicio por las Comunidades Autónomas citadas de las facultades y servicios que se les ha transferido, en contraste con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución. La revocación de las facultades transferidas a Canarias y Valencia puede hacerse por simple acuerdo de las Cortes, sin necesidad de nueva Ley Orgánica, contrariamente a la opinión antes citada de Pérez-Llorca y de González Navarro.

LIMITES DE LA TRANSFERENCIA

Otra cuestión que se plantea es si, en virtud de estas Leyes Orgánicas, el ámbito de la competencia de las Comunidades Autónomas se puede extender indefinidamente sin más límites que el muy ambiguo de que no se trate de materias que “por su propia naturaleza” no sean “susceptibles de transferencia o delegación”. Estamos en presencia de un concepto indeterminado.

¿Cuáles son estas materias? ¿Quién habrá de decidir, en caso de conflicto, las materias que sean y las que no sean susceptibles de transferencia o delegación? Sin duda será ésta una tarea que añadir a las muchas que incumben al Tribunal Constitucional en orden a clarificar los preceptos del Título VIII de la Constitución.

En el informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías se trató de obviar las dificultades que presenta el artículo 150.2 a base de recomendar su no utilización, en los siguientes términos: “Quiere la Comisión llamar con ello la atención sobre la necesidad de aplicar la Constitución en sus estrictos términos y postular la no utilización con carácter general de las previsiones constitucionales (en concreto, artículo 150.2) que permiten transferir a las Comunidades Autónomas competencias de titularidad estatal. Y ello porque el sentido institucional de dichas previsiones no es el de operar transferencias generales sino sectoriales o acotadas por materias. También porque la apertura incondicionada de las operaciones de trasvase de poderes del Estado a las Comunidades Autónomas, fuera del marco estatutario, impide un asentamiento definitivo del sistema y remite a un futuro incierto el cierre del período constituyente” (16).

Pero es preciso reconocer que, como afirma Mendizábal (17), al comentar el artículo 150.2, “la Constitución no cierra, en principio, el paso a transferencia o delegación alguna”.

Nos encontramos, pues, ante unas competencias de las Comunidades Autónomas prácticamente ilimitadas que la presión política de los partidos nacionalistas se encargará de ampliar al máximo.

Como dijo Licinio de la Fuente ante el Pleno del Consejo, “esta redacción (artículo 150.2) supone mantener vivo un permanente estado de reivindicación cuyas manifestaciones pueden ocasionar gravísimos problemas a la Nación y a las propias Comunidades autonómicas. No satisfacer estas reivindicaciones des-

(16) Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías. Centro de Estudios Constitucionales, mayo 1981, pág. 21.

(17) “El control de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 1451.

pués de haberlas alentado y acogido, conducirá a un estado de frustración. Satisfacerlas para todas las Comunidades, conduciría a un desarme, a una desvertebración del Estado nacional que comprometería la subsistencia de las propias autonomías, que no podrán sostenerse sino apoyadas en un Estado fuerte" (18).

El tema de las Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación enlaza con el de los "derechos históricos de los territorios forales". La conexión entre uno y otro tema aparece claro en los debates parlamentarios (19).

LOS DERECHOS HISTORICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES

Los "derechos históricos de los territorios forales", que la Constitución "ampara y respeta" (Disposición adicional primera) entrañan una potencial perforación del techo autonómico. Por de pronto, esa Disposición adicional ha dado lugar a que en el Estatuto vasco se consigne que "La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto *no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran correspondido en virtud de su historia*, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico" (Disposición adicional del Estatuto vasco).

Asimismo, la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra declara en su disposición adicional primera que "La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica *no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos*, que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71" (20). Y en su artículo 2.º

(18) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 116, Sesión del 21 de julio de 1978, págs. 4555-4556.

(19) Arzalluz afirmó ante el Pleno del Congreso: "Nosotros entendemos este artículo 144.1 (actualmente 150.2) *indisolublemente unido* a la enmienda a la Disposición adicional" (relativa a los derechos históricos) (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 115, Sesión del 20 de julio de 1978, pág. 4551).

(20) Artículo 71:

"1. Dada la naturaleza jurídica del régimen foral, *el Amejoramiento* al que se refiere la presente Ley Orgánica *es inmodificable unilateralmente*.

2. La reforma del mismo se ajustará, en todo caso, al siguiente procedimiento:

a) La iniciativa corresponderá a la Diputación Foral o al Gobierno de la Nación.

b) Tras las correspondientes *negociaciones*, la Diputación Foral y el Gobierno formularán, de común acuerdo, la propuesta de reforma, que será sometida a la aprobación del Parlamento Foral y de las Cortes Generales, por el mismo procedimiento seguido para la aprobación de la presente Ley Orgánica."

El procedimiento seguido consistió en celebrar negociaciones entre una representación

se establece: "1. Los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de su Disposición adicional primera. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a las Instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional".

Es la primera vez que una Constitución española "ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales". Como dice Entrena Cuesta, "la presente disposición adicional constituye un precepto absolutamente insólito en la historia constitucional española y en el Derecho comparado" (21).

Legaz Lacambra comenta: "La Disposición adicional primera abre la posibilidad a una forma de Ley, que sería la *Ley paccionada*, a la que la Constitución no hace referencia expresa porque deja imprecisa la forma en la que se actualizarán "en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía", los derechos históricos de los territorios forales. Esto implica una idea de "federación" del Estado que es lo que realmente subyace en el Capítulo III del Título VIII sobre la organización territorial" (22).

Estas alusiones a los "derechos históricos" resultan imprecisas, puesto que no se indica qué período histórico ha de tomarse como punto de referencia. Son muchas y muy variadas las vicisitudes que han experimentado los pueblos de España: dominación romana, Monarquía visigótica, invasión musulmana, Reinos cristianos, etc. ¿Por qué elegir una época determinada y no otra anterior o posterior? ¿De qué momento arrancan y cuándo se consolidan o perfeccionan esos "derechos históricos"?

Fraga Iribarne, en el debate sobre la disposición adicional primera, en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, declaró a este propósito: "Las palabras *derechos históricos* varias veces usadas a lo largo de un siglo, nosotros las hemos querido respaldar, pero no para que sirvan para que cada uno escoja los hechos históricos que le convenga, o la fecha que considere

del Gobierno, nombrada por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 1980, y una representación de la Diputación Foral designada por acuerdo de 16 de diciembre del mismo año. Las negociaciones concluyeron el 8 de marzo de 1982 y dieron como resultado el Texto de la Reintegración y Amejoramiento del Fuero, que fue aprobado por las Cortes Generales como Ley Orgánica y sancionado por el Rey el 10 de agosto de 1982.

(21) GARRIDO FALLA y otros: "Comentarios...", pág. 1752.

(22) Prólogo a la obra de CHRISTIAN STARCK, *El concepto de Ley en la Constitución alemana*, Madrid, 1978, pág. 28.

más apropiada a sus puntos de vista ... la Historia es toda ella válida; la que nos gusta y la que no nos gusta, y nadie puede decir que la Historia empieza en los Decretos de Nueva Planta o en las guerras carlistas... porque si no puede que revivamos el Fuero de León, el de Cuenca o el de tantas otras instituciones”.

Fraga insistió también en que el reconocimiento de los derechos históricos ha de hacerse “en el marco de la Constitución y no fuera de ella” (23).

Y en el mismo sentido se expresó Cisneros Laborda ante el Pleno del Congreso cuando dijo: “En todo caso, la habilitación de tales derechos históricos habrá de producirse en el marco constitucional porque no en vano esta Constitución es expresión de la voluntad soberana de esta Cámara y no puede sentirse vinculada por manifestaciones de soberanía exteriores a ella”. Y más adelante añadía: “A lo que no estamos dispuestos es a equivocarnos a la hora de hacer una Constitución para España albergando en ella conceptos que, de una u otra manera, pudieran difuminar el principio de la unidad radical de la soberanía” (24).

Como es sabido, el Grupo Parlamentario del Partido Nacionalista Vasco votó en contra de la disposición adicional primera por entender que con ella no se puede llegar a una “foralidad plena”.

Este concepto de “foralidad plena” lo expuso Arzalluz en el debate que tuvo lugar en la Comisión de Asuntos Constitucionales cuando dijo: “Todos los foralistas ... parten siempre de una afirmación fundamental, que es la libertad, la *independencia originaria de los territorios forales*. La segunda idea fundamental es la *integración* en aquel momento *en la Corona de Castilla*, mediante *pacto condicionado*, es decir, mediante *pacto con la Corona y reserva de fueros*” (25).

Para comprender el alcance que según el Partido Nacionalista Vasco ha de tener la “restauración foral”, conviene recordar las palabras de Arzalluz en ese mismo debate cuando a lo largo de un recorrido histórico trae a colación el mensaje de las Diputaciones de Guipúzcoa, Vizcaya y Alava en tiempos de Romanones, afirmando que estas Diputaciones “entienden esa autonomía, *sin llegar a la restauración foral*, cediendo al Estado, por el bien común, cinco facultades: Asuntos Exteriores, Defensa y Marina, Aduanas, Hacienda y Deuda

(23) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 93, Sesión del 20 de junio de 1978, pág. 3501.

(24) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 116, Sesión del 21 de julio de 1978, pág. 4575.

(25) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 93, Sesión del 20 de junio de 1978, pág. 3492.

del Estado y Pesas y Medidas. Entienden que *aun sin esas facultades consiguen una amplia autonomía, pero todavía no la restauración foral*" (26).

El mismo Diputado nacionalista vasco, en la sesión plenaria del Congreso de 21 de julio de 1978, afirmó: "Nosotros no habiéramos dudado en meter con letras de oro en esta enmienda *el marco constitucional*, si, efectivamente, ese marco constitucional, por una vía clara y concreta como la señalada por nosotros, hubiera quedado con la apertura inequívoca y suficiente para interpretar cuáles son exactamente esos derechos históricos que hoy deben ser vigentes dentro de una determinada concepción del Estado, y dentro de una concepción de esos mismos derechos".

"Es evidente, y todos los admitíamos; y no hay más que ver la enumeración de aquellos derechos históricos, practicados todavía en 1841, de *milicias propias*, no sometidas a otras autoridades militares centrales; de *aduanas propias*, o de *libertad de comercio sin aduanas* e incluso esas *relaciones históricas internacionales* que ha habido y que no es el caso de referir, que no son hoy, diríamos, practicables por los territorios autónomos. El problema era determinar hasta dónde, legítimamente, llega hoy ese derecho de los territorios forales, o del ámbito vasco, de *poner en vigor nuevamente y vivir su propia autonomía en toda la plenitud posible*, siempre que no choque con aquellas facultades soberanas del Estado, que son absolutamente indispensables para regir esa colectividad de pueblos en solidaridad, que forma el Estado y que forma España (27).

Como se ve, los derechos históricos de los territorios forales constituyen una nebulosa cuyo alcance es difícil precisar. Al declarar la Constitución que ampara y respeta esos derechos históricos, sin que se sepa a ciencia cierta cuáles son, abre la puerta a toda suerte de reivindicaciones que ejercerán constante presión para perforar el techo autonómico del artículo 149, mediante las Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación del artículo 150.2.

Según manifestó Marcos Vizcaya, gracias al artículo 150.2, que consagra la existencia de las Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación, el Partido Nacionalista Vasco no votó en contra de la Constitución, sino que se abstuvo. Arzalluz, al explicar el voto global de la Constitución, después de lamentar que no hubiera prosperado la enmienda del P. N. V. a la Disposición adicional, declaró: "Esta Constitución abre posibilidades de desarrollo autonómico, aunque la ambigüedad de muchas de sus formulaciones nos hace oscilar entre nuestro innato optimismo y el pesimismo que podría surgir de la experiencia histórica.

(26) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 93, Sesión del 20 de junio de 1978, pág. 3494.

(27) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 116, pág. 4550.

Hemos preconizado y preconizamos la abstención porque no queremos adoptar una actitud que fuera o pudiera parecer agresiva ante esta Constitución, ni negar las posibilidades que encierra, ni lo delicado del momento. Trabajaremos, pues —y éste es el sentido de nuestra abstención— *para que la dinámica política, que muchas veces corre por encima y por debajo de los textos jurídicos, haga realidad los contenidos de nuestro planteamiento doctrinal*” (28).

Ante esta amenaza velada de saltar por encima de la Constitución, está por ver hasta dónde nos llevará la “dinámica política”, existiendo, como existe, el portillo abierto por las Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación.

(28) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 130, Sesión del Pleno de 31 de octubre de 1978, pág. 5187.

