

ELS DRETS HISTÒRICS A CATALUNYA

Tomàs DE MONTAGUT ESTRAGUÉS

Amb aquest estudi apporto reflexions amb motiu dels dubtes sorgits sobre la noció dels drets històrics i la seva aplicació a Catalunya¹, quan s'estava elaborant la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que incorporava aquesta figura jurídica en diversos passatges del seu text.

La història del dret pot retre comptes de la cultura jurídica pretèrita de Catalunya i de la seva incidència en la voluntat del legislador actual. Per fer-ho considero procedent plantejar-se les qüestions següents:

1. El contingut material del dret vigent a Catalunya en el transcurs de la seva història.
2. El significat de la figura jurídica dels drets històrics, dins del marc formal de la Constitució espanyola vigent del 1978².
3. Conclusions.

1. Des del punt de vista material, els drets històrics es reconduïxen d'una manera natural als orígens, a l'evolució i al contingut de la història del dret

¹ Aquest treball s'inscriu dins del projecte de recerca « El derecho histórico en los pueblos de España: ámbitos público y privado (siglos XI-XXI) » que compta amb un ajut del MEC de referència SEJ 2006-1501-COI-O. També s'ha elaborat dins del Grup Consolidat de Recerca de la Generalitat de Catalunya de referència 2005SGR117.

² Vegeu sobre aquest tema: Miguel HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1998; *Sobirania i drets històrics*, dins Enric Fossas dir. *Les transformacions de la sobirania i el futur de Catalunya*, Barcelona, 2000, pp.93-106; VVAA, *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Madrid, 2000; Francisco J. LAPORTA y Alejandro SAIZ ARNAIZ, *Los derechos históricos en la Constitución*, Madrid, 2006; Javier CORCUERA ATIENZA y Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, Madrid, 2002, en especial les pp.113-121 (conclusions) i 123-127 (bibliografia sobre les causes, sobre el significat i sobre la pràctica de la figura jurídico-constitucional 'drets històrics' en la CE del 1978).

català, és a dir, a la història del dret i de les institucions de Catalunya, considerada aquesta com a entitat política amb personalitat pròpia i diferenciada d'altres comunitats, a partir d'una determinada època històrica.

Com és ben sabut, cal cercar els antecedents històrics del naixement de Catalunya, com a comunitat política amb plenitud de poder públic i dotada d'un ordenament jurídic propi, en el procés d'independència respecte de l'Imperi carolingi que els comtes catalans, liderats pel comte de Barcelona, van dur a terme en el transcurs d'un llarg període de temps³.

Així, el comte de Barcelona, amb el temps, va esdevenir príncep de Catalunya per l'autoritat dels *Usatges de Barcelona*, el primer codi que aplega el dret general de Catalunya, el qual començà a ser formulat per escrit durant el segle XII. Tanmateix, la potestat del príncep encara es fonamentava: en processos de poder privat d'índole feudal —representats per les figures jurídiques del jurament de fidelitat i de l'homenatge— així com també es fonamentava en la tradició del dret privat anterior —representada per la pervivència del dret visigot contingut en els epítoms del *Liber iudiciorum* dels seus antics monarques⁴.

El segle XII va veure també com s'utilitzava a Europa la noció de *jurisdicció* en la construcció de processos vàlids de poder públic (Imperi i Església). Ben aviat, aquest concepte va poder ser traslladat de manera efectiva a diverses monarquies cristianes emergents i va constituir un útil instrument jurídicopolític per als monarques que dirigien aquestes comunitats nacionals —que formaven part de dret, però no pas de fet, de l'Imperi cristià⁵. També les entitats polítiques inferiors d'abast personal o territorial, com ara els municipis, les baronies, els gremis i altres tipus d'universitats o corporacions, van obtenir en el transcurs de la baixa edat mitjana la titularitat de jurisdicció, si bé amb caràcter especial, en un grau inferior al del monarca, i pel que fa a determinades matèries, ja que aquest se'n reservava algunes a títol de regalia.

En el segle XIII, les anomenades *Commemoracions de Pere Albert*, amb les quals es complementen i s'actualitzen els *Usatges*, van atorgar al comte de Barcelona —i ja rei d'Aragó— la jurisdicció general sobre tot el Principat de Catalunya⁶.

Aquesta jurisdicció, però, es va veure doblement condicionada. Per una banda, amb la configuració de la Corona d'Aragó com una Unió territorial integrada pels regnes i les terres del monarca i de la qual el Principat de Catalunya

³ Ramón D'ABADAL, *Els primers comtes catalans*, 1958.

⁴ Josep M. FONT *et al.* (cur.), *El Liber iudicum popularis*, 2003.

⁵ Pietro COSTA, *Iurisdicchio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, 2002.

⁶ Elisabet FERRÁN, *El jurista Pere Albert i les Commemoracions*, 2006.

era un dels membres fundadors. Aquesta Unió comportava l'existència d'una certa jurisdicció universal del monarca que s'estenia sobre tots els territoris de la Corona en l'esfera de determinades matèries, com és ara la guerra, la justícia i les relacions exteriors, però que respectava i emparava la jurisdicció general de cadascun d'aquests territoris i la independència dels seus respectius ordenaments jurídics⁷.

Per altra banda, la jurisdicció general del comte de Barcelona —el príncep de Catalunya— es va veure aviat condicionada per algunes constitucions de Catalunya i pel pactisme, la doctrina contractual d'acord amb la qual alguns juristes van establir diversos principis constitucionals que afectaven la naturalesa del poder polític suprem de Catalunya i la producció, l'aplicació i la interpretació del dret català. Així, s'establí la necessària intervenció dels estaments socials dirigents de Catalunya en la labor del seu govern suprem, en mans del príncep⁸, i s'obligà el monarca a jurar l'observança del dret català si volia accedir a la titularitat de la jurisdicció general a Catalunya. En aquest sentit, el dret català, que avui denominem *dret històric català*, estava integrat pels *Usatges de Barcelona*, per les constitucions i capítols aprovats per les Corts Catalanes, i pels altres drets de Catalunya, sintagma que remetia als privilegis, a les llibertats i als costums de les universitats (municipis i corporacions diverses) i dels seus singulars (de manera individual o com a agregació d'una pluralitat). També formava part del dret històric català el dret comú (romà canònic) i l'equitat i la bona raó, que constituïen els juristes en l'exercici pràctic dels seus oficis (jutges, advocats, consultors, etc.) i al resoldre els casos concrets que coneixien i valoraven o decidien⁹.

Per tant, el dret històric català es caracteritzava per ser un sistema jurídic pluralista per raó del nombre de fonts que l'integraven: lleis i costums propis de Catalunya, jurisprudència judicial i doctrinal de Catalunya i d'Europa, i normes civils i canòniques comunes a l'Europa cristiana. Una altra nota distintiva del dret històric català era la de configurar un sistema jurídic obert, perquè l'aplicació a cada cas concret depenia del context cultural i jurisdiccional del lloc i del moment i de la labor interpretativa dels juristes i notaris que hi intervenien. El dret català no estava «tancat» en un sol codi o llibre de lleis!

⁷ Cfr. Tomàs de MONTAGUT, «La justicia en la Corona de Aragón», a *La Administración de Justicia en la Historia de España: Actas de las III Jornadas de Castilla - La Mancha sobre Investigación en Archivos* (Archivo Histórico Provincial de Guadalajara, Guadalajara, 11-14 de novembre de 1997), 1999.

⁸ Víctor FERRO POMA, *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, 1987.

⁹ Tomàs de MONTAGUT, «Els juristes de Catalunya i la seva organització col·legial a l'època medieval», *Ius Fugit*, núm. 12 (2005).

Durant el procés històric que validà el pactisme (segles XII-XVIII) van néixer, van créixer i es van formalitzar diverses institucions polítiques i administratives, entre les quals destaquen la Cort General de Catalunya i la Deputació del General de Catalunya. Les Corts Generals de Catalunya, d'origen encara no del tot aclarit¹⁰, constituïen el marc institucional on, per mitjà d'un procediment parlamentari¹¹, s'establia el pacte entre els estaments del General i el rei; braços i cap, respectivament, del Principat de Catalunya, configurat com a corporació de corporacions.

En efecte, els estaments representats a les Corts (barons i cavallers, prelats i religiosos, ciutadans i homes de vila) representaven, al seu torn i amb caràcter temporal, la *Universitas Cathaloniae* o General de Catalunya, el qual, en tant que persona política *ficta*, requeria la constitució d'un òrgan permanent que permetés expressar de manera continuada la seva voluntat. Aquest és l'origen de la Deputació del General de Catalunya, l'òrgan de representació permanent del General, que aviat es conegué també amb el nom de Generalitat. A aquesta institució històrica i política és a la que remetia el Reial decret llei 41/1977, de 29 de setembre, que creava la Generalitat provisional de Catalunya al manifestar que «la Generalidad de Catalunya es una institución secular, en la que el pueblo catalán ha visto el símbolo y el reconocimiento de su personalidad histórica, dentro de la unidad de España»¹².

En conseqüència, Catalunya era representada políticament i institucionalment tant pel príncep com pel General o la seva Deputació (Generalitat). El príncep, a més a més, representava també tota la Corona d'Aragó i cadascun dels altres regnes i territoris que la integraven. En canvi, la Generalitat representava exclusivament Catalunya i la seva comunitat política, és a dir, l'antecedent històric i directe de l'actual poble català.

Al segle xv, la unió personal dels Reis Catòlics va comportar la unió personal de la Corona d'Aragó amb la de Castella, i també l'absentisme crònic dels monarques, que, a partir d'aleshores, visqueren gairebé permanentment fora de Catalunya. A partir d'aquest moment la dinastia dels Àustries es concentra bàsicament en la tasca de construcció, d'ampliació i de consolidació de l'Imperi Universal Hispànic¹³.

¹⁰ Jesús FERNÁNDEZ VILADRICH, *Notas en torno a las asambleas condales en la Cataluña de la alta edad media*, 1983; Gener GONZALVO, «Les assemblees de Pau i Treva i l'origen de la Cort General de Catalunya», a *Les Corts a Catalunya: Actes del Congrés d'Història Institucional*, 1991.

¹¹ Tomàs de MONTAGUT, «Estudi introductori», a Lluís de PEGUERA, *Practica, forma y estil de celebrar Corts Generals en Catalunya, y materias incidentes en aquellas*, 1998.

¹² Josep Benet, «Precedentes históricos del Estatuto», a *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, v. 1, 1990, p. 62.

¹³ Josep Maria COLOMER, *Grans imperis, petites nacions*, Barcelona, 2006.

En aquest context, la Generalitat va esdevenir l'única institució superior dotada de representació suprema de Catalunya que residia al mateix Principat. Aquest Principat, però, va esdevenir una petita peça del gran Imperi compost dels Àustries.

Avui coneixem millor el procés de formació de la Generalitat¹⁴, la seva època de plenitud institucional¹⁵, la seva reforma o redreç per Ferran el Catòlic¹⁶ i la seva adequació dins de l'imperi universal dels primers Habsburg¹⁷, i la seva ruptura amb Felip IV i el retorn a l'obediència¹⁸. També coneixem bé la desfeta en la Guerra de Successió¹⁹ i la derogació de les institucions i del dret públic català amb els decrets borbònics de Nova Planta²⁰, que mutilaren l'anomenat avui *dret històric català*, i deixaren només subsistents i amb vigència el dret privat, el penal i el processal; uns fragments del seu ordenament jurídic²¹.

Tanmateix, la memòria vindicativa de les institucions d'autogovern suprimides pels Borbó i el procés de renaixença i de parcial recuperació de l'autonomia perduda durant els segles xviii a xx es concretarà en moments crítics de ruptura política o de transició reformista d'aquest període històric, en especial amb motiu de la introducció del primer Estat constitucional a Espanya, amb l'aprovació de la Constitució gaditana del 1812, i també cent vint anys més tard, amb motiu de la caiguda de la monarquia i la proclamació de la República Catalana a Barcelona, el dia 14 d'abril del 1931, poques hores abans que la República Espanyola fos també proclamada a Madrid.

A Cadis, els defensors dels postulats voluntaristes i filosòfics que triomfaren amb la Revolució Francesa i que legitimaven el caràcter fundacional de la sobirania nacional, prescindien dels drets històrics perquè consideraven que amb l'aprovació de la Constitució es cancel·lava la història i el seu poder de legitimació política.

Amb tot, altres patriotes gaditans estimaven que la Constitució tenia com a missió l'actualització de les lleis fonamentals de la monarquia, les quals resi-

¹⁴ Albert ESTRADA-RIUS, *Els orígens de la Generalitat de Catalunya: (La Deputació del General de Catalunya: dels precedents a la reforma de 1413)*, UPF, 2001, tesi doctoral inèdita.

¹⁵ Isabel SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La Diputació del General de Catalunya (1413-1479)*, 2004.

¹⁶ Ernest BELENGUER, *Ferran II*, 1999.

¹⁷ Miquel PÉREZ LATRE, *Entre el rei i la terra: El poder polític a Catalunya al segle xvi*, i *La Generalitat de Catalunya en temps de Felip II: Política, administració i territori*, 2004.

¹⁸ Josep CAPDEFERRO, «La Deputació del General al segle xvii», a *Nadala 2004: L'autogovern de Catalunya*, 2004.

¹⁹ Joaquim Albareda, *La Guerra de Successió i l'Onze de Setembre*, 2000.

²⁰ Cfr. Pere MOLAS RIBALTA, *La Corona de Aragó en el cambio de la Monarquía*, dins José Manuel de Bernardo-Santiago Muñoz Machado directores «El Estado-Nación en dos encrucijadas históricas», Madrid, 2006, pp.137-152; i Josep-Maria GAY, «La génesis del Decret de Nova Planta de Catalunya. Edició de la consulta original del "Consejo de Castilla", de 13 de juny de 1715», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 81 (1982).

²¹ Georg JELLINEK, *Framentos de Estado*, trad. De Michael Forster, Miguel Herrero de Miñón, José Carlos Esteban, Madrid, 1981.

dien en les lleis, en els costums i en les institucions tradicionals dels regnes hispànics —especialment en el de Castella— i que l'absolutisme monàrquic havia anorreat injustament. Des d'aquesta perspectiva, la Constitució no cancel·lava pas la història política d'Espanya i dels seus pobles, sinó que s'hi legitimava al restaurar les lleis fonamentals de la monarquia i al posar-les al dia en el marc d'un estat constitucional i lliberal.

Les guerres civils posteriors i el triomf de les constitucions moderades del 1845 i del 1876 —aquesta última després del fracàs de la República federal espanyola— van suposar el triomf de les visions constitucionals d'Espanya més abstractes i unitaristes, de manera que aviat es va produir un divorci entre el món oficial d'una Espanya constitucional i unitarista dirigida férreament per una administració centralista que havia aconseguit l'exempció jurisdiccional²² i la realitat d'un poble i d'un dret històric català que maldava per recuperar la seva pròpia personalitat pública a través d'aquells models del catalanisme polític que el professor Isidre Molas²³ ha situat en el temps i ha estudiat i perfilat detalladament sota les rúbriques següents:

1. «El naixement del catalanisme com a corrent polític autònom: el model hongarès. De Valentí Almirall i Jaume Collell a la Unió Catalanista».

2. «El nacionalisme d'Enric Prat de la Riba²⁴ i el model bohemí».

3. «Cambó i el model alemany de sobirania compartida».

4. «L'autodeterminació: el model irlandès i el model soviètic».

La proclamació de la República Catalana per Francesc Macià el 14 d'abril del 1931 i la seva reducció a Generalitat de Catalunya tres dies després es va perfeccionar amb el reconeixement exprés pel Govern Provisional de la República Espanyola del «hecho histórico de la restauración de la Generalitat»²⁵. Catalunya havia de fixar les seves atribucions proposant un estatut d'autonomia que se sotmetria a les Corts constituents i posteriorment a la decisió sobirana del sufragi universal dels catalans.

Juristes de prestigi d'aquell moment, com ara Francesc Maspons i Anglasesell²⁶, van argumentar jurídicament que les relacions inicials entre ambdues repúbli-

²² Juan Alfonso, SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX*, Madrid, 20062, pp.165-175. Sobre la fortaleza del procés de construcció de la identitat espanyola en el segle XIX vegeu: Ferran ARCHILES i Manuel MARTÍ, *Una nació fracassada? La construcció de la identitat nacional espanyola al larg del segle XIX*, dins 'Recerques. Història / Economia / Cultura, 51, 2005, pp. 141-163.

²³ Isidre MOLAS, «El concepte de sobirania en el catalanisme polític», a E. Fosas (dir.), *Les transformacions...*, pp. 195-213.

²⁴ Cfr. Enrich PRAT DE LA RIBA, *La Nacionalitat Catalana*, Barcelona, 1906.

²⁵ Josep BENET, «Precedentes históricos del Estatuto», a *Comentarios...*, p. 49.

²⁶ Francesc MASPONS I ANGLASELL, «Dictamen de Maspons i Anglasesell», a *República Catalana, Generalitat de Catalunya i República Espanyola: A l'entorn de la Generalitat de Catalunya i la República Espanyola*, Barcelona, 2006, pp. 61-101.

ques —la catalana i l'espanyola— responien «a la idea d'un pacte entre entitats sobiranes»²⁷. Si bé aquesta doctrina no es va imposar, amb l'aprovació de la Constitució de la República Espanyola del 1931 i del posterior Estatut d'autonomia de Catalunya del 1932 s'obria un període en el qual la Generalitat de Catalunya restaurada simbolitzava la recuperació d'un model compost de la unitat d'Espanya, menystingut per la dinastia borbònica i basat en el respecte a la diversitat dels seus pobles. La composició unitària de l'Estat integrava, de fet, drets i institucions històriques i en permetia l'expressió constitucional i l'actualització ordenada per mitjà d'estatuts d'autonomia.

Tanmateix, la dictadura franquista va aturar unilateralment i per la força de les armes aquest procés de restauració i de modernització dels drets històric, i es va tornar a la situació anterior de divorci entre l'Espanya oficial unitarista i una Espanya real, plural i diversa. Durant aquest període, el dret civil històric de Catalunya va ser reduït a compilació de dret civil especial de Catalunya, la qual fou aprovada com a llei de l'Estat «nacional» franquista. D'aquesta manera, els darrers fragments vigents del dret històric català quedaven fossilitzats i amb impossibilitat de poder renovar-se autònomament²⁸.

2. La qüestió plantejada en el procés constituent gadità del 1810-1812 quant a l'origen, la naturalesa i la titularitat del poder públic sobirà (la sobirania) va estar de nou present en el moment en què es va redactar el text constitucional vigent del 1978, de manera que analitzarem alguns fragments del seu articulat que reflecteixen la tensió doctrinal: entre els principis d'unitat simple i el d'unitat composta de la nació o de l'Estat; i entre el principi que defensa que el poble espanyol és el titular exclusiu de la sobirania nacional —amb la qual funda un estat autònom constituït al marge de la tradició històrica— i el principi que defensa que alguns pobles d'Espanya tenen poder públic originari, en virtut dels seus drets històrics, i que contribueixen amb el conjunt compost i cosobirà del poble espanyol a la constitució de l'Estat autònomic per la via del tractament i del pacte.

La disposició addicional primera de la Constitució espanyola (DA 1, CE) diu el següent:

La Constitució empara i respecta els drets històrics dels territoris forals.
L'actualització general del dit règim foral es durà a terme, en el seu cas, dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia.

El preàmbul de l'esmentada Constitució diu això que segueix:

²⁷ Hèctor LÓPEZ BOFILL, «Vigència del dictamen», a *República...*, p. 103-127.

²⁸ Lluís PUIG FERRIOL, «Derecho civil catalán», a *Comentarios...*, pp. 419-420.

La Nació espanyola, amb el desig d'establir la justícia, la llibertat i la seguretat i de promoure el bé de tots els que la integren, en ús de la seva sobirania, proclama la voluntat de:

[...]

Protegir tots els espanyols i els pobles d'Espanya en l'exercici dels drets humans, les seves cultures i tradicions, llengües i institucions.

L'article 1.2 diu el següent:

La sobirania nacional resideix en el poble espanyol, del qual emanen els poders de l'Estat.

Des de l'any 1981, aquests i altres preceptes del bloc de la constitucionalitat han estat objecte en múltiples ocasions de la interpretació jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la posició dels drets històrics dins del sistema constitucional espanyol²⁹, i després han estat objecte d'una interpretació consultiva per part del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya arran del seu Dictamen núm. 269, de l'1.9.2005. Aquest organisme públic assessor es va pronunciar a petició del Parlament de Catalunya sobre la Proposta de proposició de llei orgànica per la qual es reforma l'Estatut d'autonomia de Catalunya del 1979.

El Dictamen del Consell Consultiu va ser objecte d'un vot particular de tres dels seus membres (Bassols, Vernet i Camps) amb relació a la doctrina majoritària del Dictamen relativa als drets històrics. La minoria, en el seu vot particular, discrepava de les conclusions a les quals havia arribat la majoria del Consell (Tornos, Borrell, Jover i Carrillo).

En síntesi, el Dictamen del Consell Consultiu estimava constitucional la redacció inicial de l'article cinquè de la Proposta de reforma («L'autogovern de Catalunya es fonamenta en els drets històrics del poble català, que aquest Estatut incorpora i actualitza»: BOPC³⁰, núm. 213, 1.8.2005, tram. 206-0003/07) perquè «no constitueix un títol autònom d'atribució de competències» (BOPC, núm. 217, 6.9.2005, tram. 206-0003/07); és a dir, segons la seva opinió, es tracta d'una prescripció de caire general de la qual no poden derivar atribucions de competències concretes als poders públics autonòmics.

Per arribar a aquesta conclusió, i seguint la jurisprudència del Tribunal Constitucional, el Dictamen es basa en la consideració que la disposició addicional primera de la CE reproduïda anteriorment no pot aplicar-se a Catalunya

²⁹ El professor Antoni Jordà treballa en aquest tema dins del marc d'un ajut atorgat per l'Institut d'Estudis Autonòmics.

³⁰ *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*.

atès que «l'àmbit propi de la disposició addicional primera de la Constitució només es projecta sobre la foralitat relativa a les institucions de dret públic de les actuals comunitats autònomes del País Basc» (BOPC, núm. 217, p. 14) i que «la interpretació de la disposició addicional primera de la Constitució no permet incloure Catalunya com a integrant dels territoris forals que disposen d'un règim foral de dret públic» (BOPC, núm. 217, p. 13). El dictamen sembla seguir el criteri segons el qual el poder de reforma estatutària està vinculat a la jurisprudència constitucional, malgrat sembla més raonable el principi contrari, és a dir, que el poder estatut no està vinculat per la jurisprudència constitucional³¹.

En conseqüència, el Dictamen estima inconstitucional la disposició addicional primera de la Proposta de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya relativa al reconeixement i a l'actualització dels drets històrics:

Disposicions addicionals

Primera. Reconeixement i actualització dels drets històrics

1. Es reconeixen i s'actualitzen, per mitjà d'aquest Estatut, tal com estableix l'article 5, els drets històrics de Catalunya, d'acord amb el que estableix la disposició addicional primera de la Constitució.

2. El reconeixement i l'actualització dels drets històrics empara, especialment, els àmbits següents:

- a) El règim de finançament (títol vi).
 - b) L'organització de les administracions públiques catalanes; el règim jurídic, el procediment, la contractació, l'expropiació i la responsabilitat en les administracions públiques catalanes, i la funció pública i el personal al servei de les administracions públiques catalanes (articles 112, 113 i 114).
 - c) L'organització territorial de Catalunya i el règim local (articles 154 i 155).
 - d) El dret civil (article 123).
 - e) El règim lingüístic a Catalunya (article 128).
 - f) L'educació (article 125).
 - g) La cultura (article 145).
 - h) La seguretat pública (article 163).
3. Els drets històrics, en la Constitució, emparen i garanteixen el règim singular de les competències i les atribucions de la Generalitat en els termes que estableix aquest Estatut. (BOPC, núm. 213, 1.8.2005, p. 49).

Tanmateix, el vot particular dels tres consellers dissenteix del parer de la majoria per trobar-hi una manca de justificació adequada de la inconstitucional-

³¹ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Madrid, 2006, pp. 326-327. En aquest sentit, estimo que la figura constitucional 'territoris forals' és un concepte constitucional disponible per a l'Estatut, atès el caràcter obert del model constitucional espanyol

litat del precepte. Per ells, «la disposició addicional es pot aplicar als territoris forals, és a dir, en aquells territoris que tenen o han tingut furs» (BOPC, núm. 217, p. 87), de manera que també Catalunya tant pot esmentar genèricament els drets històrics en el seu Estatut com pot concretar-hi «els efectes que actualitzen la seva peculiar historicitat, com ho van fer ben aviat Euskadi i Navarra» (ibídem).

Com veiem, el nus del problema per al reconeixement formal dels drets històrics de Catalunya es troba en el significat que hom atribueixi al sintagma *territoris forals* esmentat en la DA 1, CE.

Entenc que *territori* és un mot utilitzat pel legislador en lloc de *comunitat* o de *grup social*, atès que no són pas els territoris els subjectes dels furs o dels drets, sinó sempre les persones o les col·lectivitats socials, que, això sí, poden ser definides o caracteritzades precisament per la seva vinculació amb un determinat territori.

D'altra banda, cal recordar que jurídicament el significat del mot *territori* es distingeix del de *localitat*, de la mateixa manera que la noció de *dret territorial* s'oposa a la de *dret local*. Aquesta distinció utilitzada àmpliament per la historiografia jurídica es correspon a la distinció entre dret general i dret especial. És a dir, el dret territorial és el dret general d'una comunitat que històricament ha construït un procés vàlid d'autogovern; de poder públic amb govern i jurisdicció suprema i general. En conseqüència, el sintagma *territoris forals* es distingeix clarament del de *localitats forals* i és equivalent al de *comunitats generals*.

Per tant, amb la DA 1, la CE respecta la personalitat política d'aquells pobles d'Espanya que històricament s'han constituït com a comunitats generals (*territoris*) i que han exercit el seu autogovern o poder públic suprem amb institucions polítiques pròpies i constituint un dret general propi (*forals: amb furs generals*).

La noció de *fur* o de *furs*, en la seva dimensió general o territorial, es correspon històricament amb el dret general de determinats territoris o pobles d'Espanya, que moltes vegades l'expressen, el formulen i l'ordenen en algun text normatiu i compilatori que porta aquesta denominació o una d'anàloga: «Fuero General de Navarra», «Fueros, Privilegios, Franquezas y Libertades del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya», «Fueros de Aragón», «Furs de València»³².

Amb tot, en el cas de Catalunya, la denominació històrica equivalent als furs generals és la de constitucions i capítols de cort, que s'integren en la com-

³² Vegeu viu aquest mateix significat a l'època contemporània a: José Manuel CASTELLS ARTECHE, *El hecho diferencial de Vasconia. Evidencias e incertidumbres*, Donostia-San Sebastián, 2007, pp. 31-38.

pilació de les constitucions i altres drets de Catalunya (1588-1589 i 1704). La diferència en la tipologia normativa, però, es troba en el significat, no en el significat.

Per tant, Catalunya és un territori foral constitucional, és a dir, una comunitat general amb plena personalitat política i amb un dret propi general o foral que ha de ser emparat i respectat per la CE d'acord amb la DA 1.

3. Com a conclusió de la sumària exposició anterior sobre la història del dret català i de l'anàlisi puntual de la legislació i jurisprudència relatives a la figura constitucional dels drets històrics, podem afirmar que Catalunya s'ha expressat històricament com a comunitat amb personalitat política pròpia dotada d'autogovern a través d'un dret propi, i que la Constitució espanyola vigent del 1978 ha volgut reconèixer i emparar aquestes realitats per permetre l'actualització del règim «constitucional» històric de Catalunya amb l'Estatut d'autonomia de Catalunya i amb les seves possibles reformes, que, tanmateix, hauran d'encabir-se dins del marc constitucional.

En aquest sentit, considero que la redacció final de l'article de la reforma de l'Estatut de Catalunya³³, inicia el camí de permetre fonamentar en el dret històric català l'atribució a la Generalitat de Catalunya de competències concretes en determinades matèries. En definitiva, els drets històrics de Catalunya són, segons la meua opinió, un títol competencial peculiar sobre les matèries concretades explícitament en l'esmentat article 5 (dret civil, llengua, cultura, projecció de la llengua i de la cultura en l'àmbit educatiu i sistema institucional en què s'organitza la Generalitat) que la Constitució i l'Estatut atorguen a la Generalitat, i a la qual situen en una posició institucional singular que implica un grau màxim de potestat pública i d'autogovern, quant a la titularitat i a l'exercici en aquesta esfera d'activitats.

En el Seminari sobre 'Els drets dels pobles: drets individuals i drets col·lectius' el professor Josep Maria Colomer ens plantejava la qüestió de si els drets històrics canviaven o bé eren permanents. En aquella ocasió la meua resposta fou ambivalent atès que els drets històrics poden actuar en potència i en acte: com a títol original d'un poder públic general i amplíssim, però potencial; i com a títol competencial d'unes potestats legislatives i executives concretes i efectives.

³³ «Article 5. *Els drets històrics*

«L'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana, que aquest Estatut incorpora i actualitza a l'empara de l'article 2, la disposició transitòria segona i altres preceptes de la Constitució, dels quals deriva el reconeixement d'una posició singular de la Generalitat amb relació al dret civil, la llengua, la cultura, la projecció d'aquestes en l'àmbit educatiu, i el sistema institucional en què s'organitza la Generalitat».

Per contestar a aquella pregunta, també calia precisar el significat del terme *permanent*. Què és una cosa permanent? Allò que és manté en el mateix estat, allò que no canvia. Per tant, els drets històrics de Catalunya, no canvien? La meua resposta, com ja he dit abans, fou paradoxal: «Sí i no». Sí i no, tenint en compte correlativament i de forma respectiva el primer i el segon paràgraf de la disposició addicional primera de la CE atès que aquesta disposició diu en el primer paràgraf (DA1,1,CE) que «*la Constitució empara i respecta els drets històrics dels territoris forals*». En aquest context els drets històrics són permanents, no canvien. Per què? Perquè aquí els drets històrics estan en potència. És una disposició que dóna una força potencial a aquests drets, una posició virtual i no pas efectiva. Els drets històrics, per realitzar-se, per ser efectius, per ser usats, per posar-se en pràctica, requereixen una actualització. O sigui, hi ha dos nivells en aquests drets històrics: virtual i real; en potència i en acte.

Al primer paràgraf, aquests drets es consideren en potència. I en aquest sentit, com a drets històrics, pertanyen al passat i són permanents, perquè no poden canviar. Per tant, en aquest punt la resposta ha de ser que són permanents; que efectivament sí que són permanents i que no canvien. Sempre, naturalment, que no hi hagués hagut una renúncia explícita a ells per la comunitat catalana, cosa que no ha existit mai. Al llarg de tota la història, el poble català ha tingut un dret que ha sorgit com ja hem vist abans quan s'ha format aquest poble com a comunitat política amb plenitud de poder públic, en l'alta edat mitjana. Després, s'ha anat desenvolupant de forma natural sense que, en cap moment, renunciés a aquests drets que formaven el seu ordenament jurídic. Per tant, formen un ordenament jurídic del qual dóna compte la història del dret de la comunitat jurídica i de la comunitat política general en qüestió, en aquest cas de Catalunya. M'he centrat en el cas de Catalunya, però la Constitució espanyola, a la seva disposició addicional primera, no fa referència a cap poble concret d'Espanya que tingui uns drets històrics.

Ara bé, des del punt de vista del segon paràgraf els drets històrics es configuren com a acte i no pas com a potència. Recordem que el tenor literal del segon paràgraf de la disposició addicional primera (DA1,2, CE) diu: *L'actualització general del dit règim foral es durà a terme, en el seu cas, dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia*'. Des d'aquesta perspectiva, els drets històrics no són permanents, sinó que canvien i han de canviar necessàriament en funció dels interessos i de les necessitats de la comunitat i segons es procedeixi a la seva pràctica o ús. Com i mitjançant quin procediment s'actuaran aquests canvis? La resposta és evident: amb l'actualització prevista en la DA1,2, CE que estableix uns límits (la CE) i un temps i escenari per a la formulació general del règim foral (el procés de producció o de reforma de l'Estatut d'Autonomia). Insistim, és en el marc de la Constitució i dels Estatuts d'auto-

nomia on es pot realitzar l'actualització i els canvis necessaris dels drets històrics per tal d'atendre les necessitats de la comunitat en qüestió, en aquest cas de Catalunya. Amb això, la paradoxa o aparent contradicció inicial (si i no) queda explicada i la qüestió, resolta³⁴.

³⁴ Cfr. Transcripcions de les ponències del Seminari «Els drets dels pobles: drets individuals i drets col·lectius» organitzat pel CEJP, que va tenir lloc a Barcelona el 8 de març de 2007 a: Els drets dels pobles: drets individuals i drets col·lectius, J. M. Colomer coord., Barcelona, 2007, pp. 121-137.