

DERECHOS HISTÓRICOS Y
CONSTITUCIÓN: ESTADO DE
LA CUESTIÓN.

EL CASO DE ARAGÓN,
EN PARTICULAR

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

DERECHOS HISTÓRICOS Y
CONSTITUCIÓN: ESTADO DE
LA CUESTIÓN.
EL CASO DE ARAGÓN,
EN PARTICULAR

DISCURSO DE INGRESO
EN LA ACADEMIA ARAGONESA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
LEÍDO POR EL

Excmo. Sr. D. Juan Antonio García Toledo
EL DÍA 21 DE MARZO DE 2019

Y CONTESTACIÓN AL MISMO POR EL
Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno



Zaragoza, 2019

Edita:
Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Impresión:
Imprenta Félix Arilla, S.L.

D.L.: Z-534-2019

ÍNDICE

1. LIMINAR	9
2. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS.....	11
2.1 Planteamiento	11
2.2 Génesis de la Disposición Adicional Primera de la Constitución	12
2.3 Primera exégesis de la Disposición Adicional Primera	14
2.4 Conciliación entre Derechos Históricos y Constitución.....	15
2.5 Actualización de los Derechos Históricos. Sus titulares.....	18
2.6 Jurisprudencia constitucional.....	25
2.6.1. Primera etapa: SSTC 11/84, 16/84, 123/84 y 94/85	25
2.6.2. Avance jurisprudencial: STC 76/88	29
2.6.3. Evolución: SSTC 214/89 y 140/90	35
2.6.4. Consolidación de la jurisprudencia: SSTC 159/93, 148/2006, 208/2012, 173/2014 y 118/2016	37
2.6.5. Los derechos históricos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña: STC 31/2010	46
2.6.6. Recapitulación sobre la jurisprudencia constitucional	57
3. EN PARTICULAR, EL CASO DE ARAGON.....	59
3.1. La Disposición Adicional Tercera EAAR: origen e interpretación inicial	59
3.2 Sentido de la Disposición Adicional Tercera EAAR	64
3.3 Aragón, ¿territorio foral? In principio erat fuerum	66
3.4 STC 88/1993. Foralidad civil vs. Foralidad jurídico-pública	72
4. LA PRETENDIDA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN.....	77
4.1. Proposición de ley del PAR (9 diciembre 2010).....	77
4.2. Proposición de ley del PP-PAR (10 julio 2014).....	79
4.3. Proposición de ley de CHA (14 diciembre 2016). Ley 8/2018, de las Cortes de Aragón.....	80
5. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL.....	89

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia,
Excelentísimos Señoras y Señores Académicos,
Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades,
Señoras y Señores.

1. LIMINAR

No como mera norma de cortesía, sino como sincera expresión emanada de lo más profundo de mi corazón, quiero iniciar esta emotiva intervención, en la que trataré de sustanciar el trámite de la lectura de mi discurso de ingreso a la Academia, dando las gracias efusivas a todos los señores académicos que por indulgente cariño hacia mi persona, que no por méritos propios, decidieron abrirme en su día las puertas de esta digna Corporación, disponiendo por unanimidad mi incorporación, a propuesta de quien entonces era Presidente y en la actualidad también lo es, D. José Luis Merino Hernández.

Siguiendo en este mismo camino de agradecimientos, quisiera dejar, *hic et nunc*, constancia de todo lo que no solo en el orden profesional sino también en el personal debo a determinados juristas, sin cuya intervención mi incipiente vocación no se hubiera desarrollado en los términos en que lo ha hecho. Consciente de que la relación de tales juristas debe ser forzosamente breve, quiero referirme en primer lugar, durante el período de mi formación universitaria, al eminente jurista D. José Luis Lacruz Berdejo, insigne catedrático de Derecho Civil y maestro de civilistas, que atrajo mi interés no solo por dicha rama del Derecho Privado, y muy en especial por la del Derecho Foral aragonés, sino por todo el vasto mundo de lo jurídico, y al que debo lecciones fundamentales sobre la investigación y la interpretación jurídicas. A continuación, resulta obligada la cita del ilustre e

ilustrado Abogado del Estado D. Jesús Solchaga Loitegui, responsable absoluto y único de mi etapa de preparación para el ingreso en dicho Cuerpo, y sabio, prudente y paciente consejero sobre cualquier asunto jurídico y personal que durante mi vida le he planteado. Esta nómina quedaría incompleta si no hiciera una alusión colectiva a todo lo que he aprendido de mis compañeros abogados del Estado en los diversos destinos que he servido, incluyendo a los que se encontraban ya en situación de jubilación, entre los que quiero destacar a D. José de Calasanz Lorente Sanz, Académico de Honor que fue, con el que me unieron vínculos indelebles en la última etapa de su vida, así como a mis compañeros en la Comisión Jurídica Asesora y en el Consejo Consultivo de Aragón. También quiero invocar la memoria de D. Manuel Giménez Abad, con el que trabajé muy intensamente en los primeros momentos de la Comunidad Autónoma de Aragón, y cuyo asesinato por el terrorismo etarra no ha impedido la continuación de su labor a través de la Fundación de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico que, bajo su nombre, desarrolla el fecundo trabajo por todos conocido.

Finalmente, y no por ello menos profundo, deseo expresar aquí un especial agradecimiento a mi querido amigo y compañero D. Manuel Pizarro Moreno, *amicus certus in re certa*, por realizar la contestación a mi discurso de ingreso. Son ya muchos los años compartidos en vivencias de todo tipo y ahora se incrementa la cuenta de mi “debe” para con él.

Por otra parte, debo dar alguna explicación sobre la elección de la materia de mi discurso, que versa sobre el ámbito y el alcance de la Disposición Adicional Primera (en adelante, DAP) de la vigente Constitución española de 1978, partiendo de su origen para analizar a continuación cuál ha sido su entendimiento por la doctrina y su evolutiva interpretación por el Tribunal Constitucional, y finalizar con la consideración de sus posibilidades en una relectura del texto constitucional. Dentro de este análisis jurídico, la segunda parte del discurso tiene por objeto el examen de la posible aplicación del precepto a la Comunidad Autónoma de Aragón, lo que exige repasar datos históricos y el tratamiento de la cuestión a partir de las previsiones estatutarias, para terminar con un *excursus* sobre las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre esta materia.

En definitiva, habiendo sido el propio texto constitucional el que plantea el reconocimiento de los derechos históricos, por encima de un valor meramente simbólico, el atractivo del tema propuesto radica en la esencia de tal binomio, que exige escudriñar las posibles relaciones de enfrentamiento y de síntesis entre las categorías de la Constitución y de los Derechos Históricos.

2. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS.

2.1. Planteamiento

La Constitución española de 1978 se refiere de forma global a los derechos históricos como fundamento del autogobierno cuando establece en la DAP que: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.”

En definitiva, lo que muestra la DAP es la relación dual entre la Constitución, como norma jurídica fundamental del Estado, la *norma normarum*, y los derechos históricos de los territorios forales, cuya recepción constituye una singularidad del ordenamiento constitucional español. Pero no se trata de una mera declaración retórica o simbólica, como en ocasiones se ha sugerido por algunos, por lo que resulta indispensable precisar el alcance del binomio compatible formado por la Constitución, como resultado de la voluntad del constituyente, en representación del pueblo soberano, expresada democráticamente en un momento determinado y con proyección hacia el futuro, y por los derechos históricos de los denominados territorios forales, que provienen de un pasado anterior a 1978 (podría considerarse, en virtud de una interpretación contextual, que con la expresión derechos históricos se trata de restaurar la validez jurídica, concepto no coincidente con el de vigencia, del régimen foral anterior a 1839, para lo que la Constitución abole las leyes en virtud de las que dicho régimen fue sometido a modificaciones), pasado en el que tuvieron vigencia, si bien lo que aquí interesa no es la mera existencia de identidades colectivas históricamente contrastadas, previas a la Constitución, sino el análisis jurídico de tales derechos históricos como configuradores de un régimen foral, caracterizado por la expresión de unos derechos, de unas competencias y de unas instituciones vigentes en el pasado.

Ciertamente, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía son expresión del racionalismo normativo, fundamentado en Europa desde los inicios de la mitad del siglo XX en dos ejes fundamentales: por un lado, el principio democrático, constitucionalizando la soberanía popular a través del sufragio universal y la participación del pluralismo político a través de las elecciones, para garantizar la alternancia de opciones políticas; y, por otro lado, la complementariedad de dos valores constitucionales, la libertad y la igualdad.

Por ello, cuando la norma constitucional acoge determinadas realidades colectivas sustentadas históricamente, como expresión de derechos e instituciones de derecho público o privado, solo puede hacerlo de conformidad con los parámetros de racionalidad jurídica que la Constitución incorpora. Es así como

la invocación a realidades históricas se expresa a través de una norma jurídica constitucional previamente legitimada por la voluntad popular, es decir, avalada por el principio democrático. Este es el cabal entendimiento de la DAP: son la Constitución y los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con su contenido, predeterminan y condicionan la conexión existente entre los derechos históricos y el ordenamiento jurídico vigente. Son los únicos instrumentos normativos que sirven para modular el pasado normativo-institucional según las previsiones generales del bloque de constitucionalidad, y, en definitiva, para permitir la asunción de derechos históricos. La remisión a la historia en ningún caso puede violentar los principios constitucionales del Estado social y democrático de Derecho. No cabe una doble legitimidad, una basada en el principio democrático y otra de raíz historicista.

2.2. Génesis de la Disposición Adicional Primera de la Constitución

Sentado lo anterior, qué son para la Constitución los derechos históricos y cómo accedieron a la Constitución?

La DAP significa la decisión del constituyente de constitucionalizar el régimen foral, o, en palabras de Lucas Verdú, la penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional español. Desde otra perspectiva, sus términos literales, vagos, indeterminados y ambiguos, desplazan, al decir crítico de García Pelayo (apenas tres meses antes de su sanción real tras ser ratificada en referéndum, y a la vista del texto aprobado por la Comisión Constitucional del Senado, posteriormente decaído), los efectos reales de la norma al juego de los partidos y, en general, a las actitudes y relaciones entre los actores políticos. Según este mismo autor, la de “derechos históricos” es una expresión anticuada y extravagante en los tiempos actuales, anclada aparentemente en el espíritu de la escuela histórica del derecho, cuyas tesis constituyeron una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo XIX, frente a las tendencias racionalistas y progresistas. Al respecto, considera García Pelayo que la idea de los derechos históricos representa la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas originariamente formulados para las monarquías. Sustitución de la legitimidad racional por la legitimidad tradicional, aun cuando la tradición se haya interrumpido por períodos extensos de tiempo.

Por su parte, García de Enterría se refirió, ya en momento temprano, a la identidad cultural y social de ciertas nacionalidades y regiones, valorándola como un hecho surgido de la historia y por tanto respetable, pero matizando que la historia ofrece escaso apoyo para intentar articular el mecanismo institucional que

pueda ofrecer a dichas entidades la autonomía que la Constitución les garantiza. En concreto, señaló que “construir las autonomías no es una labor de rectificar la historia, de retomarla en una de sus encrucijadas pasadas e intentar reanudarla por el lado de lo que pudo ser y no fue”. Por ello, propone una dieta rigurosa de historicismo al articular el nuevo sistema político, cuya raíz jurídica es la Constitución y no los títulos históricos, “siempre imprecisos, siempre equívocos siempre interpretables en amplísimos márgenes, siempre portadores de gérmenes de privilegios...”.

En todo caso, ha de reconocerse que la DAP fue introducida por el constituyente para resolver el problema de la existencia de hechos diferenciales difícilmente reductibles a un régimen común. Su texto fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, aceptando una enmienda suscrita por todos los grupos parlamentarios, salvo la Minoría Vasca, cuya enmienda había sido derrotada en votación previa. En la Comisión Constitucional del Senado, el Grupo Vasco presentó una enmienda con el siguiente texto alternativo, que fue aprobado: “La Constitución reconoce y garantiza los derechos históricos de los territorios forales, cuya reintegración y actualización se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno. A este efecto se derogan, en cuanto pudiera suponer abolición de derechos históricos, las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 y demás disposiciones abolicionarias.- El Estatuto de Autonomía que se elabore para la incorporación de los derechos históricos al ordenamiento jurídico será sometido a referéndum de los territorios afectados y al voto de ratificación de las Cortes Generales, y en caso de ser ulteriormente aprobado, será promulgado como ley. En ningún caso podrá ser lesionada la foralidad actualmente vigente de Alava y de Navarra.”

Pero más tarde, en el Pleno se volvió al texto aprobado por la Comisión del Congreso, a través de un voto particular del grupo de UCD (129 votos a favor, 13 en contra y 78 abstenciones). En dicha sesión, incluso llegó a solicitarse la suspensión por el portavoz vasco, por los intentos negociadores últimos que se estaban llevando a cabo. Y el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes (PSI, al que estaba adscrito el senador profesor Lorenzo Martín-Retortillo, que ha dejado crónica escrita de estos avatares) presentó una enmienda in voce para intentar alcanzar una solución: se proponía la supresión de la DAP y de los dos párrafos del número segundo de la disposición derogatoria. La iniciativa se debía al impulso del Grupo de Senadores Vascos, intentando que el tema de los derechos históricos no quedara reflejado en la Constitución, con lo que “todas las provincias en que hoy se descompone el Estado español quedarían sujetas a idéntico tratamiento” (así figura en el Diario de sesiones la explicación de Villar,

como portavoz de del Grupo PSI). Lo cierto es que pese a las oportunidades que hubo para el diálogo y la negociación, no se llegó al consenso sobre ninguna fórmula, pareciendo que los senadores vascos, o quienes inspiraban sus decisiones, preferían una derrota que pudiera justificar más adelante su falta de apoyo a la Constitución. En dicha tesitura, el Grupo PSI intervino, para una cuestión de orden, solicitando la retirada de la votación para su enmienda in voce. Así se volvió al texto aprobado por el Congreso.

2.3. Primera exégesis de la Disposición Adicional Primera

Puede convenirse que uno de los más destacados esfuerzos dogmáticos realizados para desentrañar el concepto, la idea de los derechos históricos, se debe a Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y en otras obras posteriores en las que ha vuelto reiteradamente sobre dicha cuestión.

Al enfrentarse a la interpretación de la DAP, cuyo carácter normativo no debiera discutirse, sugiere aplicar los criterios hermeneúticos establecidos por el art. 3 del Código Civil, en el ámbito de su título preliminar.

Respecto al criterio literal, “el sentido propio de sus palabras”, se ha planteado el uso lingüístico utilizado, como si se limitara a contener meras descripciones ajenas al lenguaje normativo, netamente imperativo, pero ello equivaldría a negar el propio objeto de la interpretación o el intrínseco carácter normativo de un precepto constitucional. Antes al contrario, se trata de una cláusula definitoria, la recepción constitucional de un concepto doctrinal, que permite, según Solozábal, “la integración y la comprensión sistemática y ponderada de otros preceptos que regulan la institución en cuestión”.

En cuanto al contexto, viene constituido por el derecho (general) a la autonomía de “las nacionalidades y regiones” (art. 2 de la Constitución) que integran la Nación española, así como por el conjunto de normas que regulan las vías para acceder a la autonomía y el régimen de organización y competencial que han de prever los Estatutos de Autonomía (título VIII de la Constitución). Si en ese contexto la DAP establece lo que dice, lo racional es concluir que pretende significar algo distinto de lo establecido en el resto de la Constitución o, como corolario obligado, que los derechos históricos son algo distinto del derecho a la autonomía reconocido por el art. 2, así como que su actualización general no puede consistir ni limitarse a la mera reiteración de las disposiciones del Título VIII.

Si el constituyente de 1978 utiliza el concepto de los derechos históricos, como categoría propia y diferenciada, para averiguar cuál sea su sentido no habrá

que limitarse a los meros antecedentes legislativos sino que habrá que atender, de un modo no accidental, a los criterios históricos. O dicho de otra forma, a una interpretación técnica en función histórica, ya que, en cita de Windscheid traída por M. Herrero, la ley, aun cuando pueda ser solo voluntad del legislador, utiliza “la sabiduría de los siglos que nos han precedido”. Las instituciones jurídicas, más que cualesquiera otras, han sido modeladas por la historia, y a ella hay que acudir para desentrañar y descubrir la clave de su más profundo sentido.

Como ha escrito Bartolomé Clavero, Derechos Históricos y Constitución son dos categorías distintas y antagónicas, como lo son el Código y el Fuero, tributario de la razón el primero y de la historia el segundo. Desde sus orígenes el constitucionalismo ha sido anti-foral por anti-histórico y racional. Los Fueros se basan en el ser histórico mientras la Constitución es expresión de la voluntad general soberana y es manifestación del deber ser de la razón. Pero aun siendo ello así, es lo cierto que la DAP reconoce, ampara y respeta la foralidad, por lo que debe buscarse de un modo preferente la síntesis entre constitucionalismo y foralidad, no cabe presentar como realidades contrapuestas la normatividad y la historicidad, porque es la primera, a través de la propia Constitución, la que se abre a la segunda. Por eso, Solozábal ha podido referirse, con precisión, al constitucionalismo foral. Es el pueblo español soberano, como sujeto único constituyente, quien decide constitucionalizar el régimen foral.

¿Cómo alcanzar dicha síntesis?

2.4. Conciliación entre Derechos Históricos y Constitución

Herrero ha utilizado la pauta del Derecho privado, explicando dentro de su ámbito el tránsito del Fuero al Código como el resultado de una triple acción, que en el caso español ha venido significada por la carencia de una ciencia jurídica propia, la pluralidad de ordenamientos codificables y, finalmente, el pacto. En cuanto al primer elemento, para sistematizar un derecho nuevo primero hay que conocer científicamente el existente y depurarlo; para formular un código tienen que existir previamente unas instituciones de derecho español y antes de las instituciones debe haber ciencia jurídica. La pluralidad de ordenamientos codificables se reconoce ya en 1889, orientada a la preparación de un Código civil general, y adquiere un carácter definitivo a través de la reforma del Título Preliminar del Código Civil (ley de bases de 1973 y texto articulado de 1974) y la capacidad de renovación legislativa de las Comunidades Autónomas “allí donde existan los derechos civiles forales o especiales”. Y, al menos en el caso del Fuero Nuevo de Navarra, responde a un verdadero pacto de Estado.

Con este parangón, Herrero diseña la mediación entre la Constitución y los derechos históricos. Parte de la elaboración conceptual de éstos como categoría jurídico-política, explicita su significado mediante la tarea interpretativa de lo que supone su reconocimiento constitucional y, finalmente, se sirve de todo ello para elaborar una doctrina del poder constituyente. Sin embargo, admite que dicha secuencia (elaboración conceptual- tratamiento jurídico-positivo-pacto político) no se ha cumplido en el ámbito del Derecho público. Los constituyentes de 1978 abordaron la cuestión foral planteada por vascos y navarros de un modo intuitivo, sin conocer el fondo del problema a resolver, los instrumentos a utilizar ni las situaciones paralelas de derecho comparado.

Este es el verdadero mérito de la elaboración conceptual a la que intenta contribuir M. Herrero, con las explicaciones que a continuación se recogen.

La premisa previa es identificar el origen de la noción de derechos históricos que utiliza la DAP. Se suele aceptar sin controversia que su origen inmediato está en el fuerismo y nacionalismo vasco, pero es igualmente indudable que la figura cuenta con antecedentes y plasmaciones paralelas, como resulta de la aportación de Javier Herrero García, para quien las fuentes del tradicionalismo conservador o carlista fueron estrictamente francesas y no autóctonas.

Los antecedentes pueden escudriñarse en la propia tradición historiográfica vasca y sus comparables, que remiten a la llamada Constitución tradicional, que, tras la irrupción del principio de las nacionalidades, dio lugar a la articulación jurídico-política del concepto derecho histórico. En el origen estaban los dogmas históricos, formulados desde la mitología, como fundamentación afectiva de una reivindicación estrictamente política. Pero tales dogmas o mitos son solo elementos probatorios, entre otros, del derecho que se alega; no cabe confundir el mito histórico con el derecho alegado. Existían hechos, instituciones públicas y privadas, que los interesados consideraban su derecho, para cuya prueba invocaban, además de otros datos reales, psicológicos o estratégicos, determinadas leyendas convertidas en mitos o dogmas históricos. Lo que trasciende es la conciencia colectiva que expresa el espíritu del pueblo. Los derechos históricos no pueden fundamentarse en episodios más o menos reales pero mitificados; pero, ciertamente, tales mitos revelan un estado de la conciencia colectiva y como tales tópicos historiográficos deben considerarse. Como exponente de una autoconciencia del hecho diferencial.

Pero la noción de derecho histórico tiene una fuente más objetiva: la Constitución tradicional o Constitución histórica, como instrumento de oposición al absolutismo, para afirmar una situación de hecho que se considera amenazada o para reivindicar el restablecimiento de unos derechos. Así, desde que en la Edad

Media se consolida la noción del país y se configura una comunidad territorial como cuerpo espiritual, para cuya representación corporativa se invocan derechos históricos en las Asambleas estamentales y en el Consejo Ejecutivo, hablándose de una Constitución histórica de tales instituciones. Más adelante, en los siglos XVII y XVIII, la reacción antiabsolutista plantea la apelación a una Constitución histórica que limitaba los derechos de la Corona y potenciaba las competencias estamentales. Y finalmente, así como en algunos casos las instituciones históricas representativas no se destruyen sino que se democratizan, igualmente se democratiza el concepto de derecho histórico, que se convierte en un elemento al servicio de la autodeterminación nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, Herrero recapitula en el sentido de que el concepto derechos históricos es una “tradición inventada” (inventar no es falsear, es descubrir, matiza el autor), esto es, un replanteamiento de la historia y no una herencia suya, como corresponde a la afirmación de una identidad nacional: la voluntad de ser en que la nación consiste reclama un pasado y construye una historiografía. Se trata de expresar y reforzar la identidad y cohesión de la comunidad. En este sentido, los derechos históricos existen para afirmar la identidad del hecho diferencial, sin que pretendan contenidos concretos.

A partir de aquí, de las constituciones estamentales del Antiguo Régimen, revitalizadas en la Europa central y oriental tras el Acta final de Viena, se construye definitivamente la noción de Derecho Histórico, merced a un proceso de abstracción que posibilita su recepción y posterior utilización como categoría. Los Derechos Históricos se enraízan en el derecho constitucional histórico de las entidades histórico-políticas integrantes del Imperio de Austria; siguiendo la exposición de García Pelayo, bajo la expresión “historische Staatsrecht” (derecho político histórico) se significaba la restitución de los antiguos territorios y derechos mayestáticos poseídos por las coronas húngara, bohemia y croata antes de su incorporación al imperio de los Habsburgo.

Con carácter general, los Derechos Históricos significan la posición de las comunidades histórico-políticas, concepto que apela, por una parte, a la afirmación de la propia personalidad (expresión de identidad nacional) y, por otra, a la articulación con un conjunto global. La categoría cuenta con precedentes, así, en la poliarquía propia del Antiguo Régimen, se producía en ocasiones la superposición de entidades políticas que, conservando su personalidad, se articulaban en entidades más amplias. Sobre estos precedentes, los teóricos de los derechos Históricos en la Centroeuropa decimonónica (Von Werburg, el conde Scecsen, Joseph von Eötvös...) elaboran el concepto de comunidades histórico-políticas, como “partes sustantivas de la Monarquía”, entidades dotadas de propia persona-

lidad y no meras circunscripciones orgánicas administrativas. El Derecho Histórico se contempla así como un hecho existencial con relieve jurídico. El acento significativo se pone más en la personalidad que en la titularidad, en la propia realidad de “una magnitud intensiva que existe dotada del poder normativo de los hechos”. De ahí las características de irrenunciabilidad y de imprescriptibilidad que se predicen del Derecho Histórico.

Los doctrinarios austrohúngaros aportan la democratización de los derechos históricos y de su correlato, la comunidad histórico-política. Se produce una transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas clásicos de la monarquía; el territorio aparece como “*corpus politicum*”, protagonizado por un pueblo, lo que democratiza la legitimidad, acogiendo la reivindicación nacional a través de las comunidades. Por otra parte, los derechos históricos funcionan como marco de referencia para la legitimación democrática, al ser instrumentos necesarios para la determinación del sujeto de la propia autodeterminación política. Finalmente, una vez determinado el sujeto, es posible su evolución institucional hacia fórmulas constitucionales y democráticas.

2.5. Actualización de los Derechos Históricos. Sus titulares

En definitiva, son dos los elementos a tener en cuenta: el *corpus*, o situación histórica pasada, cuya reintegración se pretende, y el *animus*, la afirmación de una personalidad propia que justifica la reivindicación de dicha reintegración. Mas lo que importa del pasado histórico, más que hechos e instituciones concretas a investigar historiográficamente para su reconstrucción, es el modo de afirmar un particularismo, es decir, el *animus*.

Por ello, el contenido de los derechos Históricos debe identificarse con su propia historicidad, más que con una determinada imagen (como pudiera ser la imagen de la foralidad socialmente vigente en un determinado momento, según la tesis de Tomás Ramón Fernández, posteriormente acogida por nuestro Tribunal Constitucional). La consecuencia, para Herrero, es que ello los convierte en un “a priori material” de la norma, no derivado de la Constitución sino anterior a la misma, por tanto, pre y para normativo, pre y para constitucional. Esta posición es, quizás, la que presenta más dificultades para su asimilación en unos términos absolutos. En todo caso, es el pueblo español, como único sujeto constituyente, a través de sus representantes, quien asume la decisión de constitucionalizar el régimen foral, brindándole de este modo la garantía de su ejercicio, abriendo la norma a la historicidad. Sin embargo, como ha escrito Tudela Aranda, admitir los derechos históricos como un a priori material significa que no son una creación constitucional, y, sobre todo, que son inmunes a una revisión constitucio-

nal, suponiendo para sus titulares una reserva permanente de autogobierno por la infungibilidad del mismo hecho diferencial, que da “derecho a ser con propia identidad”.

La armonía o síntesis se alcanza considerando, por una parte, que, si según el tenor literal de la DAP, “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”, éstos existen antes y al margen de la Constitución, su preexistencia es ontológicamente necesaria para posibilitar su amparo y respeto, y, por otra parte, que es su actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la que permite y garantiza su vigencia, ejercicio y aplicación.

De este modo, para que los derechos históricos desempeñen el juego constitucionalmente previsto, es necesario un proceso de actualización (que Herrero califica como auténtica novación en sentido técnico), que se compadece bien con la naturaleza de la foralidad, caracterizada por las notas de flexibilidad y adaptación a las circunstancias cambiantes de cada tiempo, viviendo sucesivas transformaciones de sus instituciones, de sus competencias y de sus diversos regímenes políticos y administrativos. Bien entendido que la actualización no es la mera modernización, sino que su significado profundo consiste en pasar de la potencia al acto, extrayendo consecuencias concretas y determinadas de la existencia de esa personalidad política propia y diferenciada, a efectos de establecer su organización política y jurídica.

La novación puede afectar a los diversos elementos de una relación jurídica, distinguiendo la novación subjetiva, la novación objetiva y la forma misma en que la actualización tiene lugar.

Subjetivamente, es un hecho notorio que los titulares de los derechos históricos han ido cambiando a través del tiempo.

Navarra mantiene desde la Edad Media una personalidad definida y acabada que no se pierde con el proceso de incorporación del Reino a la Corona de Castilla, de lo que da muestra el acuerdo pactado entre las representaciones de la Administración del Estado y de la Diputación Foral de Navarra para la reforma y modernización de su Régimen Foral (formalizado como Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, inmodificable unilateralmente en el futuro, y que supone no solo una denominación específica, Comunidad Foral, sino una peculiar vía de acceso a la autonomía y un régimen pactado de sus competencias).

Pero caso distinto es el de los territorios vascos, donde los municipios contaron también con protagonismo propio en la vida foral durante el Antiguo

Régimen, siguiendo un acusado proceso de territorialización y provincialización durante el siglo XIX, erigiéndose las Diputaciones Provinciales, una vez suprimidos formalmente los fueros, como reivindicadoras de los derechos históricos en nombre de las provincias. Posteriormente, el País Vasco, Euskadi, adquirió también la condición de territorio foral, junto a los tres territorios históricos que integran el País Vasco, las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (así, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979), cuyos órganos forales de los Territorios Históricos se registrarán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos, cuya naturaleza no se altera así como tampoco las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico (art. 37 EAPV).

Es reseñable que la propia Disposición Adicional del Estatuto establece que la aceptación del régimen de autonomía ex Estatuto “no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados...”. Porque la DAP de la Constitución reconoce la existencia de derechos históricos, el posterior Estatuto de Autonomía, como instrumento de y para su actualización, procede a su salvaguarda y novación. Nótese bien la mutación o alteración del régimen de titularidades, que pasan de los territorios al pueblo vasco, pero nótese también que no se produce una sustitución de titularidades, los Territorios Históricos forales siguen siendo titulares de Derechos Históricos actualizados (y por actualizar en el futuro, como se desprende de la Disposición Adicional del Estatuto), incorporándose de nueva mano el País Vasco a dichas titularidades.

La DAP se refiere a los derechos históricos de los territorios forales, pero ni los cita ni los alude *nominatim*, no hay una enumeración, ni abierta ni cerrada, sencillamente no existe. Por eso, es razonable preguntarse cuáles son los titulares de los derechos históricos a que alude la Constitución.

A este respecto, ninguna duda existe acerca de que lo son Navarra (con una específica vía de acceso a la autonomía, y que carece de Estatuto de Autonomía, disponiendo, sin embargo, de una Ley de Reintegración y Amejoramiento de su Régimen Foral), así como Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, integradas como Territorios Históricos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que a su vez es también titular de derechos históricos, bien a título singular, bien en mano común con sus tres Territorios Históricos, como ocurre en materia tributaria, o, como sostiene Sáiz Arnáiz, como titular de competencias que son expresión de derechos históricos. Pesan aquí, además de antecedentes históricos, como las reivindicaciones de reintegración foral plena o íntegra de su régimen político-administrativo efectuadas documentalmente a lo largo de la segunda y tercera décadas

del siglo XX (resulta curioso destacar que, sin embargo, en el Estatuto Vasco aprobado por las Cortes republicanas, tras el referendo popular de noviembre de 1933, no figura, más allá del Derecho Civil foral, ninguna referencia a los fueros o a los derechos históricos, siendo indirecta la alusión al Concierto económico en su art. 13) y, con posterioridad, en el año 1977 (declaración de 20 de julio de 1977 en el seno de la Asamblea de Parlamentarios Vascos con ocasión del 101 aniversario de la ley abolitoria de 1876, aludiendo al derecho del pueblo vasco a recuperar sus instituciones históricas y conseguir la devolución del poder foral y libertades originarias de los vascos; y de modo similar, documento registrado por todos los diputados vascos en el Congreso el 25 de octubre de 1977), los propios trabajos parlamentarios de la vigente Constitución, en los que los territorios vasco y navarro aparecían como destinatarios inequívocos de la DAP, que trae causa, precisamente de la “enmienda foral” presentada por el PNV, que fue rechazada y sustituida por una propuesta alternativa más parecida a la redacción definitiva y que silenciaba la identidad de los territorios forales.

Es cierto que dicho silencio y el hecho de que algunos intervinientes en el debate constitucional aludieran a otras partes del territorio español como posibles sujetos de derechos históricos, es decir, como territorios forales, o, lo que es lo mismo, que tienen o han tenido fueros, permite que algunos autores se hayan esforzado en pro de una ampliación de los sujetos titulares de derechos históricos. Y ha de admitirse que, además del País Vasco y Navarra, Aragón y otros integrantes de su Corona tuvieron también fueros. La cuestión será tratada con mayor amplitud en la segunda parte de este discurso pero permítaseme dejar aquí constancia de que la Constitución deja un margen interpretativo amplio al no mencionar los territorios forales ni tampoco establecer límite temporal alguno para la consideración de la foralidad, que no se desprende ni de la literalidad del texto constitucional, ni del debate constituyente, aunque acaso sí de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que posteriormente será analizada. Más en concreto, en el debate en la Comisión Constitucional del Congreso el diputado Arzalluz, en la defensa de su enmienda, rechazada, afirmó ser consciente de que el tema de los derechos forales “no es exclusivo de los cuatro territorios históricos que superviven, tras la implantación del Estado liberal en España”; por su parte, el diputado Benegas defendió la enmienda firmada por diferentes grupos y aprobada por unanimidad, señalándola como la única posible “para constitucionalizar el respeto a los derechos históricos de los diferentes pueblos de España, entre los que se encuentra el Pueblo Vasco”; el diputado D. Emilio Gastón, del Partido Socialista de Aragón, afirmó que en Aragón tienen un derecho vigente pero que “nos faltan muchos derechos administrativos y públicos que en estos momentos, gracias a esta enmienda de disposición adicional, vamos a poder recuperar dere-

chos que queremos y volveremos a conseguir”; finalmente, en su explicación de voto, Peces Barba replicó que “nos parecía inadecuada la mención concreta a las cuatro provincias vascas porque entendemos que el problema puede tener concreciones en algunas otras partes de nuestro país”, recordándole Arzalluz que él ya había dicho antes que existían otros territorios forales

Pese a todos los datos reflejados con anterioridad, es forzoso reconocer que entre las posiciones doctrinales que se han ocupado del asunto son muy mayoritarias las que limitan el ámbito de la DAP a las tres provincias vascas y a Navarra (por todos, Tomás y Valiente Sáiz Arnáiz, T.R. Fernández), encontrando un apoyo constitucional en la conexión de la DAP con el segundo apartado de la Disposición Derogatoria, refiriéndose a las dos leyes que recortaron el régimen foral de las tres provincias vascas, salvando la vigencia de la ley de 1839 para Navarra (“En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.- En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876”).

En concreto, Sáiz Arnáiz subraya además .que los derechos históricos y el régimen foral como reivindicación política son una exclusiva vasco-navarra, sin que en ninguna otra parte la demanda de autogobierno se acompañara de una pretensión de reintegración foral, concibiéndose la DAP como un instrumento para la normalización política en el País Vasco, incorporando al nacionalismo democrático vasco al consenso constitucional. Y aunque Comunidades Autónomas afectadas por los Decretos de Nueva Planta han promovido iniciativas para solicitar del Gobierno su derogación formal (así, Valencia y Aragón), valora las dificultades para recuperar un régimen foral público inexistente desde hace tres siglos, formalmente suprimido y muchos de cuyos elementos conformadores serían contrarios a la Constitución. A este respecto, hay que puntualizar que dificultad no significa imposibilidad y que, en cuanto al canon de constitucionalidad, precisamente la actualización general tiene ese objeto, la incorporación de los regímenes forales a los principios constitucionales. Y si bien es cierto que los constituyentes pretendieron resolver fundamentalmente el caso vasco, no lo es menos que con el recurso conceptual a los derechos históricos de los territorios forales se ampliaba el ámbito subjetivo a otros territorios que pudieran compartir dicha caracterización, por mucho tiempo que llevara interrumpido su tracto en el ámbito del derecho público, esto es, en el ámbito de la organización político-administrativa singular. Por dicha razón, cuesta mucho compartir la tesis de Sáiz al negar carácter de “territorio foral” a otros territorios que acreditan un régimen foral completo –público y privado- más antiguo, general, consolidado y reconocible que el de las provincias vascongadas y de no peor condición que el de Nava-

rra. Más adelante, se tratará de la posible aplicación de la foralidad al antiguo Reino de Aragón, en el que tuvo su origen, con ocasión de escudriñar el sentido de la Disposición adicional Quinta (posteriormente ordenada como Tercera) del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Miguel Herrero, en posición discutida y mayoritariamente rechazada, llega más lejos en cuanto al alcance de la DAP: junto a los antedichos titulares expresos de derechos históricos, sitúa los que denomina titulares tácitos, como Cataluña y Galicia, en virtud de la interpretación sistemática de la DAP conjuntamente con el art. 149.1.8 (competencia para “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”) y la Transitoria Segunda de la Constitución (Cataluña, Euskadi y Galicia fueron los únicos territorios que en el pasado plebiscitaron afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía). Lo que le permite concluir que “los Derechos Históricos reconocidos por la Constitución expresarían, así, la plurinacionalidad española. Una plurinacionalidad heterogénea del resto del territorio estatal y, en consecuencia, constitutiva de una asimetría política que como tal debe ser reconocida”. Los territorios forales dejan de ser una determinación espacial de la vigencia de una especialidad normativa para convertirse en la base de unos *corpora política*, sustantivizándose e identificándose unas personalidades políticas, acogiendo Herrero la categoría de los “fragmentos de Estado”, acuñada por Jellinek, para estas personalidades que, sin perjuicio de su vinculación con el Estado, no se disuelven en él, sino que se le yuxtaponen. Son partes de un todo plural, formado por varios entes sustantivos. Concluye que la integración de entidades dotadas de personalidad histórico-política propia en este todo plural es más fácil que en un extenso homogéneo, como lo prueban el significado en España de la Monarquía y el sentido de “Corona”.

Sin embargo, García de Enterría, con sustento intelectual en Ortega y Gasset, ya se había mostrado con anterioridad contrario al intento de reducir España a un conjunto de minorías etnonacionalistas, desdeñando desde el principio la explicación historicista de los autonomismos y la búsqueda convencional de identidades “nacionales”.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, fue reformado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, habiendo sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, que lo resolvió mediante sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la que luego se volverá. Pero conviene dejar constancia aquí de que su art. 5 dispone que “el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto

incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat” y dicho precepto no fue considerado inconstitucional por la sentencia, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 10, aunque cabe adelantar que esa interpretación conforme a la Constitución exige considerar los derechos históricos en un “sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución”.

Con carácter previo se había pronunciado el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña (dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, solicitado por el Parlamento de Cataluña en relación con el Dictamen de la Comisión competente, sobre la propuesta de proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña; cuenta con varios votos particulares), que no efectuó ningún rechazo de constitucionalidad al art. 5 (con el siguiente texto, en dicho momento: “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en los derechos históricos del pueblo catalán, que el presente estatuto incorpora y actualiza”), al no constituir un título autónomo de atribución de competencias. Posteriormente, el texto fue objeto de acuerdo político, adecuándose a la enmienda presentada por el Grupo Socialista del Congreso, alcanzando así su versión final.

También hubo un pronunciamiento, en este caso negativo, del Consejo Consultivo, sobre la propuesta disposición adicional primera del nuevo texto estatutario, a cuyo tenor el reconocimiento y actualización de los derechos históricos por el Estatuto, de acuerdo con lo establecido por la DAP venía referido especialmente a los siguientes ámbitos: financiación, organización de las administraciones públicas catalanas, organización territorial y régimen local, Derecho civil, régimen lingüístico, educación, cultura y seguridad pública; y a continuación, como técnica de blindaje competencial disponía que “los derechos históricos, en la Constitución, amparan y garantizan el régimen singular de las competencias y las atribuciones de la Generalidad en los términos que establece el presente Estatuto”. El dictamen del Consejo Consultivo, aprobado por mayoría, considera que el alcance de la DAP se reduce a los territorios históricos vasco-navarros, como destinatarios únicos y específicos, y que la disposición adicional primera de la propuesta de reforma se configura como un título autónomo de atribución de competencias, por lo que concluye su inconstitucionalidad. A pesar de ello, y de las numerosas críticas doctrinales recibidas (entre otros, Rey Martínez, Aja, Pemán Gavín, De Carreras, etc), se mantuvo la disposición adicional primera, aunque con un contenido sustancialmente modificado, quedando como una dis-

posición de no renuncia a derechos (en línea con las presentes en los Estatutos del País Vasco, Navarra y Aragón), desapareciendo finalmente tras el acuerdo político alcanzado a través de las enmiendas del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados.

Por último, hay que recoger, para obtener una visión más completa, la posición especialmente ácida y cuasi apocalíptica en contra de los derechos históricos que se encuentra en Sosa Wagner y Sosa Mayor (“El Estado fragmentado”), quienes ponen en contraste el modelo austro-húngaro, y las nacionalidades que compusieron el Imperio en el s. XIX, con la España de las Autonomías y la reforma posterior de sus Estatutos de Autonomía, los de segunda y aun tercera generación. Describen el proceso de reformas estatutarias como una marcha hacia el futuro por el camino del pasado (los derechos históricos), criticando ese deseo de singularidad, de exención o inmunidad, aparte de que la atribución al pueblo de la titularidad de los derechos históricos conduce a la doctrina de la autodeterminación. La incorporación de los derechos históricos, sancionada por el Tribunal Constitucional abre, según ellos, una vía de agua al poder constituyente y al Estado, en cuanto éste renuncia al monopolio de la normatividad.

En sentido análogo, cabe traer a colación el sentir de García de Enterría, que ya había considerado absurdo con anterioridad el intento de trasladar a España el modelo austrohúngaro de “fragmentos de Estado”, que devino en fracaso histórico, por lo que fue abandonado mientras que tras las dos guerras mundiales del siglo XX los restos de ese Imperio y del Imperio alemán buscaron su reconfiguración.

2.6. La jurisprudencia constitucional.

Es momento de traer a colación los criterios jurisprudenciales, fruto de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional (TC) sobre la DAP. Dicha jurisprudencia ha recaído al hilo de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia en los que han sido partes o se encontraban afectados Navarra, los Territorios Históricos del País Vasco o esta última Comunidad Autónoma, con la única excepción de la STC 31/2010, sobre la última reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

2.6.1. Primera etapa

Inicialmente el TC se enfrentó a la interpretación de la DAP de un modo cauteloso, reconduciendo la foralidad al modelo autonómico general, mediante una jurisprudencia que Razquin Lizarraga ha calificado, con respecto a su primera etapa, como insuficiente y contradictoria. Insuficiente, porque no encara

realmente, con una formulación general, la cuestión del concepto, significado y contenido de los derechos históricos, con una tendencia hacia la reconducción al régimen común autonómico. Y contradictoria, por su propio contenido, en la solución casuística de los conflictos resueltos.

Así, la STC 11/1984, de 2 de febrero, atribuyó al Estado la competencia controvertida en el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno Vasco frente al Gobierno de la Nación, en relación con un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba a la Comunidad Autónoma del País Vasco para emitir Deuda Pública por importe de 5.250 millones de pesetas. El Gobierno Vasco hizo un planteamiento foralista, tratando de deducir el contenido y los límites de la competencia autonómica a partir de las atribuciones que en tal materia corresponden históricamente a los territorios forales, partiendo del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. La sentencia deniega la pretendida conexión lógica entre las competencias de los territorios históricos en materia de endeudamiento público y las que puedan corresponder a la Comunidad Autónoma vasca para la emisión de su propia deuda pública, considerando que no tiene que pronunciarse sobre la pretendida exoneración de autorización estatal y que no debe entender de los conflictos de competencia entre el Estado y los territorios históricos del País Vasco “o cualesquiera otras entidades locales” (sic). Expresamente señala que el objeto del proceso no puede ser determinar la extensión de las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales por el RD indicado, ni si entre ellas se incluyen las referentes a su endeudamiento, ni si el régimen de concierto económico se extiende a aspectos financieros no tributarios, porque son “cuestiones de mera legalidad que corresponden a la jurisdicción ordinaria”.

Pero aún llega más lejos: la actualización del régimen foral según la DAP solo es aplicable a los derechos históricos de los territorios forales y no a las competencias de la Comunidad Autónoma vasca. Al efecto, razona que cada uno de los territorios históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco son entes jurídicamente distintos y autónomos entre sí, con sus correspondientes esferas de intereses y ámbitos competenciales, como distintas son las fuentes de las que nacen las competencias de dichos sujetos. Los territorios forales son titulares de “derechos históricos”, respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía (DAP), por lo que la delimitación de tales competencias podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos (en el caso controvertido hay que estar a los arts. 42.e) y 45 del Estatuto de Autonomía y a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, siendo ocioso pretender basar tales competencias en los derechos históricos de unos entes distintos, los territorios forales).

En definitiva, la STC 11/1984 desconoce el rango o nivel constitucional de los derechos históricos y de la propia DAP. Olvida, por otra parte, que, como señaló T.R. Fernández, es la propia Constitución la que proclama el amparo y respeto de los derechos históricos, lo que significa que a partir de ahora, cualesquiera que sean de acuerdo con las fuentes históricas, existen y tienen fuerza de obligar erga omnes, porque la Constitución los ha constitucionalizado. Sin embargo, al admitir una investigación histórica “acerca de cuáles sean tales derechos”, parece abrir la puerta a la posibilidad de superar el techo competencial estatutario-

Y comienzan las contradicciones. En la STC 16/1984, de 6 de febrero, el Tribunal anula la propuesta del Presidente del Parlamento de Navarra de nombramiento del Sr. Zubiaur como Presidente del Gobierno de Navarra, retro trayendo el proceso de elección al final de la celebración de la cuarta votación. En su fundamentación jurídica expresa que la aplicación a Navarra del régimen propio de los entes locales no encuentra fundamento alguno (mientras en la STC 11/1984 había calificado de entidades locales a los territorios históricos). Por otra parte, reconoce que Navarra ha accedido a su régimen autonómico por la vía peculiar de la DAP, y que la Comunidad Foral Navarra se configura, dentro del marco constitucional como una Comunidad Autónoma con denominación y régimen específicos (*a contrario*, no es una provincia...), que no excluyen su sometimiento, como las restantes Comunidades Autónomas, a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico.

En definitiva, ambigüedad: como señaló Miguel Herrero, o se contradice abiertamente con la tesis mantenida en alguna sentencia anterior o introduce una distinción entre los derechos históricos de Navarra y los de las tres provincias vascas, diferencia que no puede basarse ni en la DAP (que no distingue entre unos y otros derechos históricos y se limita a respetar los existentes, como diferentes, pero igualmente relevantes) ni en la situación anterior, confirmatoria para Navarra y abolutoria para las provincias vascas dado el tenor de la Disposición Derogatoria Segunda de la Constitución, ni en la situación preabolutoria.

Por su parte, la STC 123/1984, de 18 de diciembre, recaída en un conflicto positivo de competencia promovido contra el Gobierno Vasco en relación al Decreto 34/1983, de creación de los Centros de Coordinación Operativa, en el que aquél alegó entre otros fundamentos los derechos históricos y el proceso de reintegración foral previsto en la DAP, concluye que la materia se engloba en el concepto seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución, al que hay que estar, porque la idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la DAP, “no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, pues la actualización general

de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, por donde el problema retorna a su anterior planteamiento en torno al art. 149.1.29 de la Constitución”. La seguridad pública es competencia del Estado, pero sin perjuicio de la creación de policías para las Comunidades Autónomas (que llevó a cabo el art. 17 del Estatuto Autonomía del País Vasco).

Es decir, la STC 123/1984 niega la virtualidad jurídica directa e inmediata de la DAP, sustrayendo a los derechos históricos su condición de fuente de las competencias de los territorios forales y reconduciendo estrictamente al modelo autonómico general, es decir, como señaló Razquin, a la literalidad del título VIII de la Constitución. Para el Tribunal, aparte de la contradicción entre el recurso a la investigación histórica para determinar los derechos históricos y la obligada actualización foral, la validez y eficacia de los derechos históricos derivaría no tanto del genérico reconocimiento constitucional y del propio régimen foral, sino de la actualización o adaptación foral en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

La anterior jurisprudencia, negatoria de los derechos históricos como título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, se reitera en la STC 94/1985, de 29 de julio, que atribuye la titularidad de la competencia a la Comunidad Foral de Navarra en el conflicto positivo de competencia por ella promovido en relación con la utilización por el Gobierno Vasco del escudo adoptado por acuerdo del Consejo General del País Vasco. Por ello, centra la cuestión en el análisis del contenido del art. 4.2 de la Constitución, matizando que “nada impide que la atribución constitucional de una determinada competencia como propia de alguna Comunidad Autónoma encierre también el reconocimiento de uno de los derechos históricos a que hace referencia la DAP de la Norma Fundamental”. Y en el caso controvertido, en concreto, el escudo de Navarra aparece reconocido en el art. 7.1 de la Ley Orgánica sobre Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que actualiza el derecho histórico a utilizar su bandera y escudo “que la Constitución, en su DAP, ampara y protege”.

En suma, la actualización foral supone la negación del componente competencial de la foralidad, reconduciendo la solución de la controversia a un concreto precepto constitucional. La doctrina foralista (por todos, Razquin) ha criticado esta reducción del sentido jurídico de la DAP: según la interpretación acogida por el Tribunal, los derechos históricos y el régimen foral constituirán, como máximo, una especialidad competencial a actualizar en el marco autonómico general de las listas competenciales de los arts. 148 y 149 de la Constitución, que también operarían estrictamente para los derechos históricos, que quedarían

reconvertidos a una “envolvente simbólica y superflua de una determinada competencia que tiene su verdadera razón de ser y virtualidad jurídica en la asunción competencial realizada por las Comunidades Autónomas en el marco de los arts. 148 y 149 de la Constitución”.

2.6.2. Avance jurisprudencial

Al poco tiempo, se produce un notable avance jurisprudencial. La ocasión es la trascendental STC 76/1988, de 26 de abril, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por senadores del Partido Popular contra determinados artículos de la ley del Parlamento Vasco sobre Relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos. Los recurrentes invocaban la vulneración de la garantía de los derechos de los territorios forales contenida en la DAP y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco. El avance producido, al que no son para nada ajenas las aportaciones doctrinales, con la presencia singular del profesor Tomás R. Fernández y su estudio sobre los derechos históricos de los territorios forales y las bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca, se sustancia en la elaboración de una teoría general de los derechos históricos y su tratamiento en la DAP, a la que se dota de valor jurídico-constitucional, superando la primera etapa de la jurisprudencia. El Tribunal examina el significado de la DAP y las consecuencias que de ella se derivan. Merecen destacarse los siguientes pasajes de la sentencia:

- El primer apartado de la DAP viene a referirse a “aquellos territorios integrantes de la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los Decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus propios fueros (entendidos tanto en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral. Tal fue el caso de cada una de las Provincias vascongadas y de Navarra. En lo que atañe a las primeras, sus respectivos regímenes forales se vieron afectados por la Ley confirmatoria de 25 de octubre de 1839, y, posteriormente, por la Ley de 21 de julio de 1876, que vino a suprimir gran parte de las particularidades forales aun existentes, si bien las tres provincias vascongadas mantuvieron, a partir del RD de 28 de febrero de 1878, que aprueba el primer Concierto Económico, un régimen fiscal propio, interrumpido respecto a Vizcaya y Guipúzcoa por

el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, pero que se mantuvo en la provincia de Alava.- Incluso de tan sucinta exposición se desprende que las peculiaridades forales (del régimen público) de las tres provincias vascongadas han atravesado fases históricas muy distintas, como son la correspondientes al Antiguo Régimen (hasta 1812), la anterior a la Ley de 1839, la posterior hasta la Ley de 1876 y, tras ésta, una etapa de conciertos económicos, bajo las Constituciones de 1876 y 1931, prolongada en el caso de Álava hasta la entrada en vigor de la Ley aprobatoria del Concierto Económico de 13 de mayo de 1981. Se trata por tanto de regímenes forales de variable contenido, sin que sean comparables las peculiaridades existentes bajo la Monarquía del Antiguo Régimen con las que se conservaron en el régimen constitucional, ni tampoco sean, ni mucho menos, homogéneas las características del régimen foral de cada provincia durante la vigencia de las diversas Constituciones de 1812 a nuestros días; y, por otra parte, es obvio que esos regímenes forales sufrieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que introduce”.

Como se aprecia, el Tribunal utiliza como criterio definidor de los territorios forales el mantenimiento de sus propios fueros después de la unificación del Derecho público en los demás reinos y regiones de España, culminada a inicios del siglo XVIII, pero no limita el concepto “fueros” a la peculiar forma de organización de sus poderes públicos, sino que lo extiende “al régimen jurídico propio en otras materias”, alusión ésta última que Miguel Herrero entendió en un primer momento como inclusiva de aquellos territorios donde rigen normas forales de derecho privado a tenor de lo previsto en el art. 13 del Código civil, por lo que aunque la sentencia no saca consecuencia alguna le parece evidente “cuáles serían éstas y de cuánta importancia para la sistemática autonómica del Estado”. Más tarde, el mismo autor vincula el art. 149.1.8 y la DAP de la Constitución, señalando que los derechos civiles forales son derechos históricos...pero solo en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica, de modo que la foralidad civil en Aragón sería foralidad pero no derecho histórico, conclusión que resulta difícil de compartir.

En todo caso, lo anterior da idea de la dificultad de romper toda conexión entre el art. 149.1.8 y la DAP de la Constitución. Quizás por ello, Tomás y Valiente notó, ya en los momentos iniciales, que la primera parte de la DAP “debe ser interpretada en relación con lo que subsista vigente de los derechos históricos de los territorios forales: por ejemplo, quiérese decir

que se amparan y respetan los Derechos civiles forales vigentes o las peculiaridades fiscales y administrativas de Álava y Navarra”.

No obstante, la cuestión ha sido decidida por la STC 88/1993, que examinaremos y comentaremos en su momento, y para la que “el sentido de la DAP no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda de la Constitución), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”. Baste adelantar que la interpretación constitucional es matizable, al haber otras interpretaciones.

- El segundo apartado de la DAP (la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía) “supone un complemento indisoluble del primer apartado, ya que la DAP ha de ser considerada en su conjunto y no únicamente en cuanto reconocimiento y respeto de derechos históricos, sin otra matización”. La actualización supone, por una parte, la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas, aun con una probada tradición, “que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales”. “La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”. La actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. “Pues será de la misma DAP y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia”.

Al instaurar la Constitución una nueva estructura territorial del Estado, aparecen las Comunidades Autónomas como nuevos sujetos públicos a los que otorga un estatus propio, reservando a sus respectivos Estatutos, como normas institucionales básicas, la definición y regulación de su propia organización y de las competencias que asuman. Esta nueva realidad supone una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes: tanto en las competencias estatales como en los territorios forales, cuyos derechos

históricos habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial”; lo que puede suponer que “determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento”.

- La garantía derivada del amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica. Se recuerda la jurisprudencia anterior (STC 123/1984), según la cual “la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias”. Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la historia. Lo que viene a garantizar es “la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su foralidad, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado”.

“La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional”. Lo que se asegura es este núcleo identificable, pues la garantía institucional, al entender del Tribunal Constitucional, desde la sentencia 32/1981, no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Y el Tribunal matiza ahora que esa garantía referida a los territorios forales “si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas), sí alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos”. Y corresponde al proceso de actualización previsto en la DAP precisar cuál es el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos, garantizado por la Constitución.

- Siendo la Ley vasca de Territorios Históricos el objeto del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 76/1988, es fundamental que ésta

identifica al Estatuto de Autonomía “como el elemento más decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere”. El Estatuto es la norma fundacional de la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, de las Instituciones comunes, pero también norma de integración y reestructuración, o actualización de la potestad de autogobierno de los tres territorios históricos, organizando su derecho histórico al autogobierno de modo distinto a como lo venían haciendo: las competencias de raíz histórica que no sean incompatibles con los principios constitucionales pasan a ejercerse en dos niveles diferentes, uno común para toda la Comunidad Autónoma (expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a la nacionalidad vasca), y otro, no centralizado, que se sustenta en los órganos de poder tradicionales de cada uno de los territorios históricos (expresión actualizada del régimen foral, en el sentido requerido por la DAP)).

Ha sido el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco el que ha establecido dos tipos de competencias de los territorios históricos: las exclusivas, que derivan directamente del Estatuto y están especificadas y concretadas en su texto; y aquellas otras competencias que habrán de precisarse a través de la actuación concreta de los poderes de la Comunidad, como son las competencias exclusivas que les sean transferidas y el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, de las materias que el Parlamento Vasco señale. De este modo, resulta por el propio mandato estatutario un núcleo intangible del régimen foral (el contenido mínimo consustancial a la imagen de la foralidad) y otro ámbito expansivo del régimen foral, que surgirá de la posibilidad de transferencia o atribución de competencias adicionales al núcleo mínimo (competencias que pueden derivar del Estatuto de Autonomía, en su caso con intervención del Parlamento mediante, o de los procedimientos previstos en el art. 150.1 y 2 de la Constitución, que en cuanto al último de dichos preceptos no estaban contemplados en su diseño originario para su aplicabilidad a la generalidad de las Comunidades Autónomas).

- Aunque la STC afirmara que la delimitación de las competencias de los territorios históricos podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos, con lo que esa investigación histórica podría facilitar la solución de conflictos competenciales, “no puede admitirse en modo alguno que tal investigación pueda sustituir o desplazar los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que este régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen”.

En definitiva, los ejes sustanciales del tratamiento de los derechos históricos a la luz de la Constitución, configurados por la STC 76/1988, son los siguientes: 1º) el carácter integral de la DAP, resultando el respeto y la actualización como los dos elementos indisociables de la constitucionalización de los derechos históricos, contemplándose la misma en el marco constitucional y estatutario, valorándose, en cuanto al primero su carácter “principal”, que remite el parámetro a los principios constitucionales; 2º) la conceptualización de la DAP como auténtica garantía institucional de un régimen foral, como imagen identificable del régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial en que consiste la foralidad, y no necesariamente de todos y cada uno de los derechos que históricamente le hayan caracterizado, pero sí dotado de un contenido material, como mínimo el “elenco competencial nuclear o básico a la institución misma del régimen foral”, en acertada expresión de Razquin referida a la virtualidad jurídica de la DAP; 3º) el Estatuto de Autonomía es el elemento más decisivo para la actualización de los regímenes forales; y 4º) cualquier investigación histórica sobre anteriores derechos cede ante los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, derivando su fuerza de la Constitución y no directamente de su legitimidad histórica.

La doctrina sentada por la STC 76/1988 fue inmediatamente ratificada por la STC 86/1988, de 3 de mayo, que anula determinados preceptos de dos Decretos Forales de Navarra sobre autorizaciones de transporte público discrecional de mercancías y viajeros por carretera para vehículos con residencia en Navarra, resolviendo sendos conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación y declarando que la titularidad competencial corresponde al Estado. De entrada, la sentencia reitera la conceptualización de la DAP como garantía institucional: la supremacía de la Constitución impide el mantenimiento de situaciones jurídicas incompatibles con los mandatos y principios constitucionales, debiendo adaptarse los derechos históricos al nuevo orden democrático del Estado de las Autonomías; de la DAP no se deriva el amparo y respeto de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica, sino la existencia de un régimen foral que ha de preservarse en sus rasgos organizativos y en su ámbito de poder

Por otra parte, la STC 86/1988 acomete una cierta investigación histórica, llegando a la conclusión de que la Diputación Foral de Navarra no ostentaba históricamente facultades normativas propias de regulación y ordenación de los servicios públicos discrecionales por carretera de mercancías y viajeros, por lo que “las facultades y competencias históricas no contrarían, ni son reducidas, por la distribución de competencias normativas y resultantes de la Constitución y la LORAFNA”. Como correlato, expresa que los preceptos objeto de los conflictos

de competencia vulneran el orden de distribución de competencias constitucionalmente establecido, por corresponder la titularidad de la competencia normativa exclusivamente al Estado. A la vista de ello, la doctrina ha considerado estar en presencia de una competencia mixta, en parte con raíz histórica en la vertiente ejecutiva, y en parte con fundamentación autonómica, en la vertiente normativa.

In fine, la sentencia expresa que la *ratio decidendi* se basa en la necesaria compatibilidad de los derechos históricos con el vigente sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral, lo que evoca pronunciamientos jurisprudenciales de la primera época: los derechos históricos tienen virtualidad pero siempre que no alteren el marco competencial común de las Comunidades Autónomas.

2.6.3 Evolución

El siguiente paso de la evolución jurisprudencial viene significado por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, parcialmente estimatoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento y la Junta de Galicia y el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). En cuanto aquí interesa, los recurrentes consideraban que no pueden tener carácter básico normas que contemplan un régimen excepcional para los Territorios Históricos y el País Vasco (específicamente, apartados 7 a 10 de la Disposición adicional segunda, en relación con los Territorios Históricos y el País Vasco), porque ello sería contrario al propio concepto de bases (según deriva de la STC 1/1982), pero el Tribunal considera que, en el caso de que se trata, hay que tener en cuenta que la excepción “está fundada en la Disposición adicional primera de la Constitución...”. Añade que la LBRL, en su Disposición adicional segunda no ha hecho sino “atender al propio mandato constitucional, preservando la singularidad misma de ese régimen foral en los aspectos organizativos, en unos términos y con un alcance perfectamente compatible con la propia Constitución”.

Por otra parte, la sentencia manifiesta que los recurrentes no pueden pretender que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de régimen local, “dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos”, recordando que según la STC 76/1988 tiene por objeto garantizar “la existencia de un régimen foral, es decir de un régimen

propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, es decir de su foralidad...”, de manera que “la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional”. Y de ahí, concluye el Tribunal que se comprende que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aún frente a los poderes centrales del Estado.

En suma, se reconoce la especificidad jurídica de la DAP, en cuanto atributiva a los regímenes forales de un contenido sustantivo, con un plus competencial respecto del régimen general; dicho de otro modo, los derechos históricos constituyen un título de suficiente potencia y virtualidad jurídicas como para desplazar la aplicación, en un ámbito territorial foral, de normas estatales de carácter básico. Asimismo es destacable que el Tribunal, después de reconocer la identidad de las competencias estatutariamente asumidas por la Comunidad Autónoma del País Vasco y las de Cataluña y Galicia, admite una actualización foral mediante una ley estatal, sin habilitación estatutaria expresa.

Además, y ello es fundamental, se deduce que el marco constitucional y estatutario de la eventual actualización no puede implicar la sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico contenido en la Constitución. Así, para fijar el límite de las competencias históricas no hay que reparar necesariamente en el techo competencial de los arts. 148 y 149 de la Constitución, que puede ser superado por los territorios forales hasta alcanzar el límite máximo de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional, como es el plasmado en el art. 150.2 de la Constitución. Y entonces resulta que el marco constitucional a que se refiere la DAP debe ser entendido en un sentido “principal”, para no dejar en letra muerta el reconocimiento constitucional de la foralidad.

Esta misma idea del *plus* competencial del régimen foral se recoge poco tiempo después por la STC 140/1990, de 20 de septiembre, recaída en un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno de Navarra en relación con el Decreto 236/1984, que aprueba el Reglamento para la elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra. La sentencia, que atribuye la titularidad de la competencia controvertida a la Comunidad Foral de Navarra, parte de la doctrina jurisprudencial ya consolidada: a) necesidad de una lectura conjunta de los dos párrafos de la DAP, de modo que la garantía institucional de régimen foral se vincula a la actualización de los derechos históricos efectuada por el Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución, de modo que “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de los derechos históricos”; b) la actualización

de los derechos históricos de Navarra se ha llevado a cabo mediante la LORAFNA, y su atribución de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico; y c) el concepto de derecho histórico empleado por la DAP y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a “un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado”, la determinación de cuyo contenido puede exigir una investigación histórica.

En el caso concreto, al decir de la sentencia, la apelación al régimen estatutario de los funcionarios en la LORAFNA constituye “una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios”. Esto significa que el Tribunal Constitucional opta por una concepción dinámica de la foralidad, cuya actualización no solo se encuentra ligada a su adaptación al marco constitucional y estatutario sino también a su evolución de acuerdo con el sentir social y las nuevas realidades con las que a lo largo del tiempo debe convivir un régimen foral. Según expresión concreta de la sentencia “lo decisivo es que históricamente se haya ejercido la competencia sobre una “materia” globalmente considerada...”. Lo que significa rechazar la fosilización agónica de la foralidad y permitir su desarrollo evolutivo.

En definitiva, la sentencia asume la virtualidad y los rasgos forales de la LORAFNA, cuyo anclaje en los derechos históricos tiene fuerza jurídica propia, no es un mero *flatus vocis* simbólico.

2.6.4. Consolidación de la jurisprudencia

Las líneas-fuerza de la jurisprudencia constitucional que ha sido resumida con anterioridad se mantienen posteriormente, con ligeras matizaciones pero con continuas idas y venidas sobre la contribución de la historia para escudriñar el sentido de las competencias actualizadas.

Así, la STC 159/1993 (que desestima recurso de inconstitucionalidad interpuesto por senadores del Partido Popular contra artículos de la Ley 4/1992, de Policía del País Vasco, por vulneración de la DAP y del Estatuto de Autonomía al integrar el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Álava a la Ertzaintza, con vaciamiento de su contenido esencial como institución histórica) recuerda la doctrina ya consolidada sobre la garantía institucional de la foralidad (STC 76/1986), que no supone garantizar toda competencia que legítimamente pueda calificarse de histórica, sino la existencia de un régimen foral, régimen propio de

cada territorio histórico de autogobierno territorial o foralidad (STC 123/1984), pero no de todos y cada uno de los concretos derechos que históricamente la hayan caracterizado.. Y es al proceso de actualización previsto en la DAP al que corresponde precisar el contenido concreto que en el nuevo marco constitucional y estatutario se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos.

Lo que supone que, junto a la actualización que la Constitución por sí misma lleva a cabo, es el Estatuto de Autonomía el elemento decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere. Esa actualización que hace posible su integración en la nueva estructura territorial española, se lleva a cabo por dos vías: 1ª) Por un lado, reconociendo de forma genérica la existencia de los regímenes forales; y 2ª) Por otro, concretando y especificando su contenido. La sentencia rechaza que, a la luz del Estatuto de Autonomía, el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales caso por caso; y, remitiendo a la STC 11/1984, asume que la delimitación de las competencias de los territorios históricos podrá exigir una investigación histórica de cuáles sean esos derechos, pero “si esa investigación podría contribuir a facilitar la solución de conflictos competenciales en caso de duda, imprecisión o aparente concurrencia, no resulta en modo alguno admisible que pueda sustituir o desplazar a los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que ese régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen”.

Por otra parte, la STC 148/2006, de 11 de mayo, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra respecto de la disposición adicional primera de la Ley Foral de Presupuestos Generales para el ejercicio de 1997 (en idénticos términos, la STC 195/2006, de 22 de junio, sobre la misma cuestión, pero referida a los Presupuestos de 1999). La *ratio decidendi* es que la cuantificación y la limitación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas no se integran, desde un punto de vista material, en el régimen estatutario de los funcionarios públicos, dado su carácter coyuntural y temporal y su extensión a todo el personal al servicio del sector público, por lo que el punto de conexión competencial se vincula directamente con la fijación de la política económica general por parte del Estado (arts. 149.1.13 y 156 de la Constitución). Por esta razón, el Tribunal no admite una flexibilización en la aplicación del art. 49.1 LORAFNA (competencia exclusiva sobre régimen estatutario de sus funcionarios) ni considera invocable la STC 140/1990, descartando igualmente una flexibilización fundamentada en la autonomía financiera reconocida en la

LORAFNA y relacionada con sus derechos históricos. La sentencia entiende que la autonomía financiera está materialmente limitada por los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles, así como que, aunque los defensores de la ley impugnada aludan genéricamente al carácter histórico de una pretendida autonomía de gasto de mayor nivel que el de las restantes Comunidades Autónomas, el Convenio Económico tiene un contenido esencialmente tributario, sin que en sus diversas versiones vigentes desde la entrada en vigor de la Constitución se hayan previsto normas especiales relativas a su autonomía de gasto.

La sentencia añade que ni el texto del Convenio “ni una investigación histórica sobre las competencias ejercidas de forma continuada por las instituciones forales con el reconocimiento del Estado (criterio reconocido por las SSTC 76/1988 y 140/1990) permiten reconocer a la Comunidad Foral de Navarra mayores ámbitos de autonomía de gasto que a las restantes Comunidades Autónomas”. Recapitulando, la sentencia expresa que “no es posible invocar un derecho histórico por parte de la Comunidad Foral de Navarra para reclamar una vinculación de menor intensidad a los límites retributivos establecidos por el legislador estatal en ejercicio de los arts. 149.1.13 y 156.1...”. Y siendo ello así, “tampoco cabe aducir el límite de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional como fundamento de una vinculación a la esencia de lo básico y no a toda su extensión”.

Finalmente, existen posteriores sentencias que mantienen las mismas vías interpretativas. Así pueden citarse las siguientes:

- La STC 208/2012, de 14 de noviembre, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 23/2001, para la creación de un impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, resume la jurisprudencia constitucional: 1º) los regímenes forales “surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que introduce (STC 76/1988); 2º) lo que garantiza la Constitución es la propia existencia de un régimen foral, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado (SSTC 76/1988, 86/1988 y 214/1989); 3º) de acuerdo con esta doctrina, aplicable tanto a los territorios forales del País Vasco como a la Comunidad Foral de Navarra, el segundo párrafo de la DAP incorpora una precisión, complemento indisociable del primer párrafo; 4º) la soberanía nacional, de la que emanan todos los poderes del Estado, “imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que

resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales..., siendo la Constitución no “el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores (STC 76/1988)”; 5º) la DAP permite que “las comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido, pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria (STC 140/1990...)” y en consecuencia “la asunción mediante la norma estatutaria de una determinada competencia puede suponer el reconocimiento y la actualización de derechos históricos, lo que hace referencia a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado (STC 140/1990), pero sin que dichos derechos puedan considerarse, por sí mismos, títulos competenciales autónomos de los que quepa deducir competencias (STC 123/1984)”. Una vez asumidas las competencias “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos (STC 140/1990)”, de modo que es esta norma, como integrante del bloque de la constitucionalidad (art. 28 LOTC), la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la Comunidad Foral; y 6º) “el hecho de que la competencia asumida estatutariamente tenga constatados antecedentes históricos no puede confundirse con el origen de su reconocimiento a la Comunidad Foral, que tiene lugar sólo como consecuencia de la asunción estatutaria”.

- La STC 173/2014, de 23 de octubre, estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 7/2011, en cuanto a los preceptos que regulan diversos aspectos del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra. Una vez descartado que la LORAFNA atribuya competencias legislativas a Navarra en dicha materia, se plantea si la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ, ha reconocido o no a la Comunidad Foral de Navarra competencias históricas sobre el funcionamiento de carrera al servicio de la Administración de Justicia, al establecer que las disposiciones referidas a dicho personal funcionario se aplicarán en la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el art. 122 y la DAP de la Constitución y en la LORAFNA.

Para abordar la cuestión desde la perspectiva de los derechos históricos de raíz foral, la sentencia recuerda que la expresión “territorios forales”

hace referencia a aquellos territorios integrantes de la Monarquía española a que se refirió ya la STC 76/1986, citando a las Provincias vascongadas y a Navarra. En el nuevo contexto jurídico que supone la Constitución de 1978, su DAP supone que la garantía institucional del régimen foral queda vinculada a la actualización de los derechos históricos, obligada por la necesidad de acomodarlos a los principios y mandatos constitucionales y a la nueva estructura territorial del Estado, con el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. Tras recordar que en el caso de Navarra esa actualización de los derechos históricos se ha llevado a cabo por la LORAFNA, norma institucional básica de dicha Comunidad, equivalente a un Estatuto de Autonomía, la sentencia establece que para que Navarra pudiera ostentar la competencia legislativa controvertida, “con fundamento en un derecho histórico amparado por la disposición adicional primera de la Constitución”, habrían de concurrir tres condiciones: que tal competencia hubiese formado parte históricamente del régimen foral navarro, que hubiese sido asumida en la LORAFNA y que su subsistencia fuese compatible con la Constitución.

Por lo que se refiere a la primera exigencia, desde la STC 140/1990 se identifica el concepto de derecho histórico con un “cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado”. Y aunque es al proceso de actualización previsto en la DAP al que corresponde precisar el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral garantizado por la Constitución, no obstante, “la determinación del contenido de un derecho histórico puede exigir una indagación histórica” (SSTC 11/1984, 86/1988 y 140/1990). En el caso controvertido, desde la creación de la Audiencia de Navarra por el Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812 está sujeta al régimen uniforme de todas las Audiencias en materia de personal, con iguales facultades que todas ellas, por lo que el Tribunal Constitucional concluye que no ha existido un contenido competencial en materia de Administración de Justicia ejercido históricamente por las instituciones forales y que, por el contrario, el nacimiento del régimen foral es posterior a la desaparición de las instituciones bajomedievales de Navarra, como el Consejo Real y la Corte Mayor. En suma, ausencia de anclaje histórico. Pese a lo cual, la sentencia admite que “el Estado autonómico que nace de la Constitución de 1978 es el marco jurídico que ha permitido a Navarra ejercer competencias, de normación reglamentaria y ejecutivas, sobre el personal de la Administración de Justicia de las que

carecía en el régimen foral histórico”, quedando así desvirtuada la primera de las condiciones que la propia sentencia había establecido anteriormente, dando lugar a una posición claramente contradictoria.

La segunda exigencia –que la competencia estuviese reconocida en la LORAFNA, ya que los derechos históricos no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias- es imprescindible, ya que el amparo y respeto que la DAP otorga a los derechos históricos (es decir, las competencias que históricamente hubieran correspondido a las comunidades forales) requiere que “dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria” (SSTC 140/1990 y 208/2012). En el caso objeto de disputa competencial, la LORAFNA, equivalente en todo al Estatuto de Autonomía, no contenía previsión alguna al respecto, ni en la lista de las competencias que ejerce “al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias” (art. 39.1.a) ni en ningún otro precepto (interesa subrayar que según el art. 60.1 LORAFNA: en relación con la Administración de Justicia, exceptuada la jurisdicción militar, corresponde a Navarra el ejercicio de todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado, lo que deja fuera las competencias legislativas). Este pasaje de la STC 173/2014 contiene asimismo una manifestación interesante: “del mismo modo que la DAP de la Constitución no crea sino que reconoce derechos históricos preexistentes, es obvio que tampoco corresponde a la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ, alumbrar ningún derecho histórico”.

Por último, el Tribunal considera que una eventual atribución a las Comunidades Autónomas de competencia legislativa en esta materia pugnaría con la Constitución, dados los límites establecidos en los arts. 149.1.5 (competencia estatal en la materia de Administración de Justicia) y 122.1 de la Constitución (reserva de ley orgánica, debiendo ser la LOPJ la que determine el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia). Esta declaración puede aceptarse, siempre que no fuera la propia LOPJ la que efectuara dicha atribución competencial.

Por otra parte, esta STC 173/2014 es muestra de las contradicciones y ambigüedades que todavía sufre la doctrina jurisprudencial, que pese a invocar la jurisprudencia consolidada, sigue yendo en muchas ocasiones a la solución del caso concreto aunque incurra en contradicciones. Aparte de lo ya señalado al respecto con anterioridad, interesa ahora subrayar cómo

en el año 2014 se sigue derivando una solución del caso controvertido al régimen común ex arts. 148-149 de la Constitución, volviendo a dar primacía al título VIII de la Constitución y ello pese a que es la disposición adicional octava de la propia Ley Orgánica 19/2003, modificadora de la LOPJ, la que efectúa una remisión a los términos contenidos en la DAP de la Constitución.

- La STC 118/2016, de 23 de junio, es interpretativa, en cuanto que considera que los arts. 1 y 2 y la disposición adicional única de la L.O. 1/2010, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (objeto de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno y el Parlamento de la Comunidad Autónoma de la Rioja, y el Consejo de Gobierno y las Cortes de Castilla y León) no son inconstitucionales interpretados en los términos del correspondiente fundamento jurídico de la sentencia, desestimando el recurso en todo lo demás. Las normas objeto del recurso de inconstitucionalidad establecen un nuevo régimen procesal para la impugnación de las normas forales fiscales y para la defensa de la autonomía foral ante la jurisdicción constitucional por parte de las Juntas Generales y las Diputaciones Forales.

La sentencia parte del criterio delimitador de la expresión “territorios forales” que se viene reiterando desde la STC 76/1988 y manifiesta que “de esta manera, una de las peculiaridades que han tenido las provincias vascas a lo largo de la historia (comúnmente conocidas, junto con Navarra, como “territorios históricos” o “territorios forales”), y, por tanto, uno de los “derechos históricos que la disposición adicional primera de la Constitución “ampara y respeta”, aunque, como no podía ser de otra manera, de forma actualizada en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía... es lo que se ha conocido como el “régimen de concierto económico”, que se integra en el núcleo del régimen foral y que se caracteriza por la existencia de “un régimen fiscal propio”, que no hace sino salvaguardar determinadas peculiaridades de su “autogobierno territorial” o de su “foralidad”.

En definitiva, las normas impugnadas atribuyen al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos y de las cuestiones prejudiciales de validez de las normas forales fiscales, garantizadas por la DAP y el Estatuto de Autonomía del País Vasco, “al tratarse de un núcleo competencial exclusivo propio de cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco, en el que ni siquiera el Parlamento Vasco puede entrar”. Como son las Juntas Generales de cada territorio las competentes para establecer y

regular los tributos que nutren la hacienda foral, mediante la aprobación de normas forales que son de naturaleza reglamentaria y por tanto recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal señala que esta situación contrasta abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por tanto, solo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional (y ello por la reducida lista de sujetos que el art. 162 de la Constitución considera legitimados). Considera, por ello, que “las instituciones forales han de operar, sin embargo, con normas que, al carecer de rango de ley, resultan más vulnerables y, por lo tanto, más frágiles, lo que hace consiguientemente más débil la garantía constitucional de la foralidad de los territorios históricos vascos que la de la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de que en ambos casos el fundamento constitucional es el mismo”: la DAP de la Constitución.

De este modo, el Tribunal valora que para el legislador orgánico, según figura en el propio preámbulo de la ley impugnada, “los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional... lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la DAP y el art. 37 del Estatuto de Autonomía Vasco les reserva en exclusiva”.

En cuanto a la nueva disposición adicional quinta que se incorpora a la LOTC, la innovación consiste en que “las normas del Estado con rango de ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada”. Al estudiar la argumentación de los recurrentes, el Tribunal analiza el contenido de la norma impugnada, que garantiza la autonomía foral mediante un nuevo instrumento procesal cuya tramitación y resolución seguirá el procedimiento previsto para los conflictos positivos de competencia, y, tras efectuar una comparación con la autonomía local (garantizada por los arts. 137 y 140 CE) y el instrumento procesal del conflicto en su defensa, incorporado por la LO 7/1999, de modificación de la LOTC, considera que se trata ahora de “un proceso constitucional específicamente dirigido a reforzar la defensa de otra autonomía, la foral, claramente diferenciada de la local, por venir específicamente consagrada, de forma separada por el texto constitucional (DAP)”. Dicha especificidad se manifiesta en que “este nuevo

conflicto solo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada, de modo que no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco”. Consecuentemente, concluye que ningún reproche se le puede hacer al legislador orgánico por el hecho de que, al amparo del art. 161.1.d) C.E., haya procedido a dotar a los derechos históricos que la Constitución “ampara y respeta”, una vez que han sido actualizados en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, de los instrumentos procesales idóneos para su defensa y protección.

Por lo demás, la sentencia aprovecha para efectuar una recapitulación reiterativa sobre diversas características del concepto constitucional “derecho histórico”. A tal efecto, recuerda: 1º) que dicho concepto “apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado” (SSTC 140/1990 y 173/2014); 2º) pero, en cualquier caso, los derechos históricos de los territorios forales “no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias”, pues la DAP establece que la actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (SSTC 123/1984, 94/1985 y 173/2014); 3º) por ello, la DAP permite que las comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido...”pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria” (SSTC 08/2012 y 173/2014); y 4º) coherentemente, es el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco el que previene que “cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco podrán, en el seno del mismo, conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno” (art. 3, en relación con el 24.2). Se trata, así, de una garantía foral “que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto frente a las Instituciones comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado” (STC 76/1988).

En definitiva, lo expuesto pone de manifiesto, para el Tribunal, que “los territorios históricos vascos gozan de una singularidad que se materializa en un ámbito competencial diferente y más amplio del conferido a las provincias de régimen común, que dimana del régimen foral constitucional y

estatutariamente garantizado”. Singularidad para cuya protección “se ha creado el nuevo conflicto en defensa de la autonomía foral como forma de resolver el déficit de protección constitucional de la foralidad vasca que resulta de la falta de reconocimiento a los territorios históricos del País Vasco para defender en vía constitucional su régimen foral frente a eventuales agresiones del legislador estatal”. Va de suyo que este nuevo régimen procesal-constitucional supone avanzar un paso más en el reconocimiento y garantía de los derechos históricos de los territorios forales, cuya sustantividad resulta plenamente reforzada.

2.6.5 Los derechos históricos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña: STC 31/2010.

Si la jurisprudencia analizada hasta este momento resulta monopolizada por pronunciamientos relativos a los derechos históricos de la titularidad de los territorios forales de las provincias vascongadas y de la propia Comunidad Autónoma del País Vasco, así como de la Comunidad Foral de Navarra, es llegado el momento de detenerse ante una trascendental sentencia que examina la ecuación Cataluña-derechos históricos. Se trata de la STC 31/2010, de 28 de junio, en relación con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), parcialmente estimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

En lo que interesa al presente trabajo, el recurso tenía por objeto diversos párrafos del preámbulo (entre ellos: “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat”) y, entre otros muchos preceptos, el art. 5 del Estatuto de Autonomía (“El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la Disposición transitoria Segunda y otros preceptos de la Constitución de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat”).

En relación con el texto del preámbulo, los recurrentes impugnan la utilización del concepto de los “derechos históricos” por considerar constitucionalmente incorrecta su invocación en atención a las siguientes razones: 1ª) se trata de justificar en ellos, aunque sea indirectamente, el Estatuto, cuando es lo cierto

que la autonomía de Cataluña, más allá de las explicaciones históricas, no procede ni material ni formalmente de otra fuente que la Constitución; 2ª) los únicos derechos históricos puestos en valor por la Constitución han sido los de Navarra y los territorios forales vascos, con el alcance y los límites marcados en la primera jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 11/1984, 123/1984 y 76/1988); 3ª) no pudiendo invocarse para Cataluña la disposición adicional primera de la Constitución, también estaría fuera de lugar la mención que en el art. 5 del Estatuto se hace de la disposición transitoria segunda del texto constitucional, que no se refiere a derechos históricos de carácter sustantivo, sino que se limita a dispensar del cumplimiento de determinados requisitos del procedimiento de acceso a la autonomía a los territorios que hubieran plebiscitado un Estatuto en el pasado; y 4ª) los derechos históricos aparecen en el preámbulo en una posición equiparada a la de la misma Constitución en punto a su condición de fundamento del poder autonómico, cuando no en una posición prevalente, como parece cuando se alude al derecho “inalienable” al autogobierno. Finalmente, señalan que el art. 5 ha sido redactado con la conciencia de que los derechos históricos invocados solo dan cabida a la regulación diferenciada del Derecho civil (el art. 149.1.8 CE contempla la única posibilidad de que una Comunidad no foral utilice la historia como fuente de aprovisionamiento de competencias), ya que las restantes especialidades citadas en el art. 5 son de orden cultural, educativo o institucional y tienen su justificación concreta en la Constitución, no en la historia.

Frente a dicha argumentación, recordemos las posiciones de las demás partes comparecidas:

- La Abogacía del Estado, tras exponer la doctrina constitucional que niega la aptitud de los preámbulos y exposiciones de motivos para ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (al carecer de valor normativo, aunque puedan tenerlo interpretativo), alega que según el texto el único fundamento jurídico del autogobierno catalán está en la Constitución, por lo que la apelación política a los derechos históricos del pueblo catalán queda jurídicamente encuadrada en la Constitución, y que siendo cierto que “los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución no comprenden a Cataluña”, de ello no cabría concluir que los preámbulos o el articulado de los Estatutos de otras Comunidades tengan prohibido *el lenguaje de los derechos históricos* y la utilización de este lenguaje no permitiría rebasar los límites constitucionales de la autonomía. En cuanto al art. 5, considera la Abogacía del Estado que el Estatuto cuenta con una legitimación normativa, constitucional, y otra legitimación histórico-política, siendo lo decisivo, a efectos jurídicos, el fundamento constitucional, por lo que, interpretada así, la invocación

de los derechos históricos carecería de aptitud jurídica para violar ningún precepto o principio constitucional; la segunda parte del precepto declara que los derechos históricos han quedado incorporados al Estatuto, que los actualiza, suponiendo esta actualización de lo histórico y secular por la vía estatutaria una afirmación de voluntad constitucional, ya que se viene a potenciar el fundamento normativo-constitucional del Estatuto, desplazando a un plano político la invocación de los derechos históricos y las instituciones seculares; en fin, la cita de preceptos constitucionales sería una muestra más de voluntad constitucional (si los derechos históricos se amparan en el art. 2 CE significa que el fundamento constitucional para su incorporación y actualización es el derecho a la autonomía que comparten todas las nacionalidades y regiones, y entre los “otros preceptos de la Constitución” que no se identifican podrían incluirse los arts. 3.3, 46 o 149.1.8ª, que implícitamente acogen hechos diferenciales lingüísticos, culturales y jurídicos).

- El Gobierno de la Generalitat, remitiendo a la jurisprudencia constitucional que niega a los preámbulos de las leyes valor normativo por lo que no pueden someterse al canon de la constitucionalidad, considera perfectamente constitucional la referencia a los derechos históricos, pues su alcance está limitado por la necesidad de que los mismos encuentren reflejo en la norma suprema y en los mecanismos que la propia Constitución prevé para acceder a la autonomía. Además, las previsiones estatutarias sobre derechos históricos no serían extrañas al ordenamiento constitucional vigente, ya que la DAP se refiere a los derechos históricos como fundamento del autogobierno, sin que esa referencia pueda entenderse limitada, a la luz de los antecedentes parlamentarios del precepto y de lo establecido en la disposición derogatoria segunda de la Constitución, al País Vasco y a Navarra, a lo que añade que la Constitución ha reconocido expresamente la existencia de unos derechos históricos, reconocimiento que no comportaría contradicción con el fundamento constitucional del ordenamiento ni con los Estatutos de Autonomía o con el Derecho autonómico derivado del autogobierno. Por otra parte, encuentra en el art. 143.1 CE el argumento definitivo en pro de la referencia a los derechos históricos, al exigir unas características históricas comunes que vinculen a las provincias que pretendan constituirse en Comunidad Autónoma, una de las cuales serían los Derechos vigentes en algunos territorios en cuanto representativos de un elemento identificador que explica la voluntad de autogobierno. Así, los Estatutos son los únicos instrumentos normativos adecuados para reflejar el pasado normativo-institucional de acuerdo con el proceso constituyente

de 1978, al igual que, por otra parte, son el “instrumento jurídico que ha de permitir la asunción de derechos históricos, siempre que éstos no contradigan los principios del Estado social y democrático de Derecho” (STC 76/1988). Y se alega que en modo alguno se trata de crear una doble legitimidad (una acorde con el principio democrático y otra de raíz historicista), sino de plasmar una constatación histórica asumida por los textos normativos actuales legitimados por el poder constituyente. Por lo que se refiere en concreto al art. 5 del Estatuto, se subraya que los recurrentes obvian la utilización en el precepto del adverbio “también”.

- Para la representación del Parlamento de Cataluña los preámbulos no tienen valor normativo sino solo hermenéutico y el texto aprobado en ningún caso justifica en los derechos históricos el Estatuto, ni siquiera indirectamente, sino que lo fundamenta en lo que la Constitución garantiza y permite, reconociendo que la autonomía de Cataluña sólo procede material y formalmente de la Constitución; la apelación a los derechos históricos se limita a incorporar y actualizar el alcance y configuración especial que la Constitución reservó a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (disposición transitoria segunda CE), en la medida en que sea posible constitucionalmente mantener una regulación diversa y no uniforme cuando en el pasado la hubiera habido y siempre que actualmente no atentara a los principios constitucionales. En síntesis, la invocación de los derechos históricos proporcionaría un fundamento para que las instituciones de las respectivas Comunidades Autónomas mantengan y desarrollen su propia personalidad, más allá de la genérica potestad de autogobierno que comparten con otras Comunidades Autónomas. La singularidad a la que apela Cataluña especificándola en áreas muy concretas (Derecho civil, lengua y cultura y su proyección en el ámbito educativo, sistema institucional de organización) está históricamente justificada y recogida en una tradición jurídica propia, de raigambre política, aún viva y revitalizable en buena parte. El derecho histórico es para el Parlamento de Cataluña “la pervivencia de un sentido del Derecho en la historia”, al haber sido la tradición jurídica catalana históricamente diferente de la conformada en el resto de la península. Así, valora la diferente recepción del Derecho romano y del Derecho del Sacro Imperio, con la modulación de instituciones y regulaciones diversas: el Derecho como garantía de los derechos y limitador del poder absoluto, el pacto entre los ciudadanos libres y el monarca limitado por las leyes, los pactos y los usos de la tierra, la defensa de los derechos encomendada a *sindics* de la Generalitat y a proveedores y visitantes de agravios, etc, for-

marían parte de una tradición jurídico-constitucional diferente y autónoma, lo que significa que Cataluña no alumbró una autonomía *ex novo* en el contexto constitucional, sino que recuperó la Generalitat como institución provisional, como un sistema institucional complejo inclusivo de las instituciones parlamentaria, de gobierno, jurisdiccionales y locales o territoriales propias, con una continuidad histórica clara. Finalmente, la referencia a los derechos históricos en el art. 5 del Estatuto “no constituiría *per se* un título atributivo de competencias, sino una referencia general dotada de una posible virtualidad interpretativa para los poderes públicos”.

La STC 31/2010 plasma, en primer lugar, una serie de principios generales: los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, al no ser expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución y garantizada por ella...; la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, no admite igual ni superior, sino solo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes; los Estatutos se integran en el ordenamiento bajo la forma de leyes orgánicas, jerárquicamente inferiores a la Constitución y superiores a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; la Constitución no determina expresamente cuál es el contenido posible de un Estatuto de Autonomía, sino solo su contenido necesario, integrado por el *minimum* del art. 147.2 y por las disposiciones que traen causa de mandatos constitucionales específicos; además del contenido constitucionalmente obligado y del constitucionalmente posible en virtud de previsiones constitucionales expresas, los Estatutos pueden tener también un contenido adicional, con fundamento implícito en la función y en la cualidad que la Constitución atribuye a la norma jurídica estatutaria, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma (STS 247/2007); los Estatutos confieren al ordenamiento la diversidad que la Constitución permite y que se verifica en el nivel legislativo, radicando así su primera función constitucional en la diversificación del ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos, todos ellos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al criterio de competencia, siendo el Estatuto respecto de tales sistemas normativos autónomos norma institucional básica y también norma de garantía de la indemnidad del sistema autónomo; asimismo, el Estatuto tiene una función de atribución competencial, que define un ámbito privativo de normación y de ejercicio de poder público por parte de la Comunidad Autónoma y contribuye a perfilar el ámbito de normación y poder propio del Estado; aun desde una concepción maximalista del contenido del Estatuto y su expansibilidad material, hay que reconocer límites de orden cuantitativo (dada su especial rigidez y consecuente

petrificación de su contenido, ha de cohonestarse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos y con la reversibilidad de las decisiones normativas, inherente a los principios democráticos) y límites cualitativos, que definen la diferencia de concepto, naturaleza y cometido que media entre la Constitución y los Estatutos (como los que delimitan los ámbitos inconfundibles del poder constituyente y de los poderes constituidos).

Por otra parte, la STC 31/2010 recuerda que “un preámbulo no tiene valor normativo”, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de “una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de una sentencia” (SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, 173/1998, 116/1999..), pero “carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa”. En suma, se reconoce que los preámbulos, careciendo del valor preceptivo de las normas de Derecho por no prescribir efectos jurídicamente obligados, “tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas”, siendo su destinatario el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que el preámbulo no puede imponer.

En el caso del preámbulo del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña, la sentencia proclama, como evidente, que su condición de interpretación cualificada nunca podrá imponerse a la que “con carácter privativo y excluyente, y con verdadero alcance normativo, solo puede predicarse de la autoridad interpretativa de este Tribunal”, como intérprete supremo de la Constitución y, con ella, de todas las leyes en su contraste con la norma fundamental como condición para el enjuiciamiento de su validez. Los párrafos del preámbulo cuestionados por los recurrentes lo son por referirse a conceptos y categorías que, proyectados después en el articulado, pretenden para el Estatuto un fundamento y un alcance incompatibles con su condición de norma subordinada a la Constitución: los “derechos históricos”, la “nación” y la “ciudadanía”. Y la sentencia remite, para su enjuiciamiento, al momento de analizar jurídicamente los correspondientes preceptos del título preliminar del Estatuto.

En definitiva, la cuestión de fondo estriba en el fundamento del Estatuto, que, para los recurrentes, nunca podría ser ni la nación, el pueblo o los ciudadanos catalanes, ni tampoco los derechos históricos que invoca el Estatuto, sino exclusivamente la Constitución misma, cuyo fundamento es la Nación española, indivisible y única. El Tribunal admite que la utilización de términos tan conceptualmente comprometidos como son los de nación y pueblo o la referencia a los

derechos históricos en el contexto de la invocación de los fundamentos sobre los que se asienta el ordenamiento en su conjunto o alguno de sus sectores puede dar lugar a equívocos y controversias en el orden de la razón política, pero no en el orden de la razón jurídico-constitucional, en el que la voluntad constituyente no deja lugar a dudas sobre el origen y fundamento del orden constituido todo. Al respecto, no admite discusión que los Estatutos de Autonomía, como cualquier norma del ordenamiento español, tienen su fundamento jurídico en la Constitución. No lo discute ni el propio Estatuto de Cataluña, cuyo art. 1 proclama que “Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica”. Ello significa la asunción de todo el universo jurídico creado por la Constitución, “único en el que la Comunidad Autónoma de Cataluña encuentra, en Derecho, su sentido”; y, por ello, supone igualmente que su Estatuto de Autonomía, fundamentado en la Constitución, hace suyo, derivadamente, el fundamento propio que la Constitución proclama para sí, esto es, “la indisoluble unidad de la Nación española” (art. 2 CE), al tiempo que reconoce al pueblo español como titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE). Por dicha razón, sentencia el Tribunal que el único sentido atribuible a la referencia del preámbulo al “derecho inalienable de Cataluña al autogobierno” es el de la afirmación de que tal derecho no puede ser sino el que el art. 2 CE “reconoce y garantiza” a las “nacionalidades y regiones” que integran la Nación española, concluyendo que se trata por tanto de un “derecho constitucional” y “en virtud de esa cualidad, inalienable, esto es, indisponible para los poderes constituidos, y sólo al alcance del poder de revisión constitucional”.

Por lo que se refiere al art. 5 del Estatuto (“el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución...”), para los recurrentes significa recabar para el Estatuto una facultad de actualización de los derechos históricos y, con ella, de asunción competencial por cauces que la Constitución ha reservado a los territorios forales en su disposición adicional primera.

Por su parte, el Tribunal dicta, por mayoría, una sentencia de interpretación conforme a la Constitución: el art. 5 no es inconstitucional “siempre que se interprete en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico de la sentencia”. En ese sentido, el fundamento jurídico 10 de la sentencia comienza por sentar que el art. 5 “sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa”; sin embargo, señala el Tribunal que el

enunciado íntegro del precepto permite descartar dicha interpretación, así como la de que “con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución”. En efecto, los derechos históricos, las instituciones seculares y la tradición jurídica invocados, según la dicción literal del precepto, son “aquéllos de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat”, razón por la que la sentencia considera que “se trata de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales” a que se refiere la DAP. Como fundamentación de dicha conclusión se indica que “se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de Autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico”.

En suma, la sentencia interpreta que lo que hace la segunda parte del art. 5 del EAC no es un reconocimiento de derechos históricos propios de los territorios forales, sino que, más limitadamente, “anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña”. Ello lleva al Tribunal a considerar, como corolario, que solo impropia-mente podría entenderse que los derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno de Cataluña, “pues en su expresado alcance constitucional únicamente pueden explicar la asunción estatutaria de determinadas competencias en el marco de la Constitución, pero nunca el fundamento de la existencia en Derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de su derecho constitucional al autogobierno”. Y por ello concluye que “los derechos, instituciones y tradiciones aludidos en el precepto, lejos de fundamentar en sentido propio el autogobierno de Cataluña, derivan su relevancia constitucional del hecho de su asunción por la Constitución y, desde ella, fundamentan, en términos constitucionales, el sistema institucional y competencial instaurado con el Estatuto de Autonomía”. En otros términos, para el Tribunal el art. 5 EAC no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que la expresión “en los derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la DAP ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución; y, correlativamente, en idénticos términos ha de entenderse la afirmación paralela contenida en el preámbulo del Estatuto.

La STC 31/2010 merece algunas consideraciones críticas, después de constatar que, por su alcance, afecta al Estado autonómico en su conjunto; se ha llegado a decir, así Alberti Rovira, que los Estatutos de Autonomía quedan muy devaluados, perdiendo su capacidad de orientar la futura legislación estatal. La sentencia adolece de cierta brevedad argumentativa, con una caracterización apodíctica, albergando razonamientos que establecen consecuencias como obvias e indiscutibles. Por ejemplo, en la fundamentación jurídica de la interpretación conforme a la Constitución se precisa que los símbolos nacionales de Cataluña solo pueden admitirse como predicados por su condición de símbolos propios de una nacionalidad, naturalmente integrada en la “indisoluble unidad de la Nación española”, al decir del art. 2 CE. Pero el Tribunal desaprovecha la oportunidad de avanzar más en el significado jurídico de nacionalidad y obvia que las nacionalidades, al igual que las regiones, integran la Nación; el silencio es más clamoroso si se tiene en cuenta que diversos Estatutos, entre ellos el de Aragón, han definido como nacionalidad a su respectiva Comunidad Autónoma, constituida en ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE. Acaso, el intérprete constitucional hubiera debido tener más en cuenta el principio de unidad de la Constitución, que exige una exégesis conjunta y coherente, y el principio de armonización, que prescribe técnicas de concordancia, evitando interpretar un precepto o una parte del mismo en perjuicio de otro.

Por lo que atañe, en concreto, al tema de los derechos históricos, la STC reserva dicha categoría en exclusiva para los territorios forales, con apoyo en la DAP, que, no debe olvidarse, el Tribunal en su ya largo periplo jurisprudencial ha reservado, *velis nolis*, para aquellos pueblos de España que mantuvieron sus propios fueros, tras la unificación llevada a cabo por los Decretos de Nueva Planta, durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, y a los que el régimen político anterior había respetado la *iuris continuatio* de su derecho histórico propio, ya fuese de forma total o parcial, y, al menos en teoría, sin carácter de privilegio, lo que iría en contra de los principios constitucionales, sino con carácter abstracto y general. La DAP significa que la Constitución viene a reconocer *de iure* y *de facto* la identidad política e histórica de esas comunidades territoriales, otorgando un valor potencial a su derecho histórico. Lo curioso es que el EAC no invocaba en ningún momento la DAP, cuestión que merece un análisis más detenido.

En efecto, hay que recordar que el texto de la propuesta de proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se sometió al Consejo Consultivo y éste dictaminó con fecha 1 de septiembre de 2005, establecía en su disposición adicional primera, apartado 1, que “se reconocen y se actualizan, mediante el presente Estatuto, tal y como establece el art. 5, los derechos históricos de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por la disposi-

ción adicional primera de la Constitución”, añadiendo en su apartado 2 hasta ocho menciones a diferentes ámbitos especialmente amparados (financiación, organización territorial y régimen local, derecho civil, régimen lingüístico, educación, etc) y disponiendo que los derechos históricos, en la Constitución, amparan y garantizan el régimen singular de las competencias y las atribuciones de la Generalidad en los términos estatutariamente establecidos. Por otra parte, sobre dicho texto se habían formulado, en la tramitación parlamentaria, los votos particulares de supresión números 398 y 399, así como la enmienda de sustitución número 400 (“1. Mediante el presente Estatuto, tal y como se establece en el art. 5, se reconocen y actualizan los derechos históricos de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución. 2. Este reconocimiento y actualización ampara, especialmente, en Derecho civil y en lengua propia”). Pues bien, el dictamen del Consejo Consultivo concluyó la inconstitucionalidad de la disposición adicional primera de la Propuesta de Reforma, así como de la enmienda número 400, por entender que la jurisprudencia constitucional no permite incluir a Cataluña como integrante de los territorios forales que disponen de un régimen foral de derecho público y, además, porque se configura como un título autónomo de atribución de competencias. Correlativamente, el Consejo Consultivo considera constitucionales los votos particulares de supresión de dicha disposición adicional primera de la Propuesta de Reforma números 398 y 399.

No obstante ello, la Propuesta de Reforma presentada por el Parlamento de Cataluña, admitida a trámite por el Congreso de los Diputados mantuvo una Disposición adicional primera, titulada “Reconocimiento y actualización de los derechos históricos”, con el siguiente texto: “La aceptación del régimen de autonomía establecido por el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo catalán a los derechos que, como tal, le correspondan en virtud de su historia, que pueden ser actualizados de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución”.

A lo largo de la tramitación parlamentaria de la Propuesta en las Cortes Generales, el texto de dicha disposición adicional desapareció, al hilo de una enmienda de supresión presentada por el Grupo Parlamentario Socialista: fue suprimida por la Ponencia Conjunta (compuesta por ponentes de la Delegación del Parlamento de Cataluña y ponentes de la Comisión Constitucional del Congreso), y dicha supresión se mantuvo en el dictamen de la Comisión Constitucional, acogiendo la nueva disposición adicional un contenido regulatorio sobre la designación de Senadores. Por su parte, el Senado no introdujo variaciones en el texto remitido por el Congreso, ni por parte de la ponencia conjunta ni en el dictamen emitido por la Comisión General de las Comunidades Autónomas. Es por ello, que en el texto vigente del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el texto del art. 5 no

contiene ninguna referencia a la DAP de la Constitución, y el contenido de la primitiva disposición adicional primera ha desaparecido y con ello la pretendida cobertura de los derechos históricos en la DAP. En fin, como la invocación a los derechos históricos del pueblo catalán no tiene en el EAC la cobertura de la DAP, en contra de lo que sucedía en fases diversas de su tramitación antes de la aprobación de la correspondiente ley orgánica, resulta una tautología argumental: la sentencia proclama que los derechos históricos mencionados por el art. 5 EAC tienen un sentido diferente a los derechos históricos de los territorios forales según la DAP, se refieren a algo distinto, lo cual era evidente puesto que el EAC no invoca en ningún momento la DAP. Pero lo que la sentencia no dice es que las consecuencias jurídicas de los derechos históricos incorporados al Estatuto por su art. 5 sean incompatibles en todo o en parte con los de los territorios forales (Verret). Por otra parte, acaso no resulta inadecuado señalar que en Cataluña la palabra “fuero” suele evocar los conceptos de privilegio, arcaísmo, inmovilismo, etc, habiendo sido el foralismo irrelevante en el ámbito político, y, en el privado, el Derecho civil catalán nunca ha estado contenido en Fueros (el calificativo “foral” se evitó ya en la Compilación de 1960).

En definitiva la STC 31/2010 atribuye al art. 5 EAC un mero valor enunciativo, siendo su eficacia normativa prácticamente nula, lo que incluso haría innecesario un específico fundamento constitucional (el que pretende otorgarle la propia dicción literal del precepto, con no demasiado rigor jurídico). La sentencia, que, por cierto, no invoca jurisprudencia anterior, señala que los derechos históricos ex art. 5 EAC se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado (o en el ámbito del Derecho público, a la especialidad procedimental de acceso a la autonomía ex Disposición transitoria segunda de la Constitución), pero resulta muy arduo considerar que sean de derecho privado la educación, la cultura o el sistema institucional.

Aún más, la sentencia considera que el art. 5 nada tiene que ver con los derechos históricos de los territorios forales, dando por descontado que los territorios forales son algo diferente, si bien no es totalmente rotunda sobre la inaplicabilidad de la DAP a Cataluña. Pero en todo caso, el TC no da razones sobre la no aplicabilidad. Considera obvio que no se aplique a Cataluña la DAP, pero no argumenta discursivamente los motivos ni las razones. Surgen los interrogantes. Ferret Jacas los ha explicitado así: ¿Porque Cataluña no es territorio foral? ¿Es más importante ser territorio foral dentro de un reino que ser un reino independiente? ¿Los derechos históricos son solo los todavía presentes en el siglo XIX con exclusión de los que desaparecieron en el siglo XVIII? Según el autor citado, la sentencia, que parece encontrar evidente que no se aplique a Cataluña la DAP de la Constitución, no argumenta por qué motivos no se aplica.

Finalmente, la doctrina más caracterizada considera que la STC 31/2010 afecta al principio dispositivo, cerrando el camino a la posibilidad de encontrar acomodo a las aspiraciones de autogobierno en el marco de la Constitución (por todos, Muñoz Machado).

2.6.6. Recapitulación acerca de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos

El *excursus* efectuado sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del alcance y la caracterización de los derechos históricos es significativo acerca de los vaivenes experimentados por las sucesivas sentencias, con razonamientos a veces contradictorios y enfocados a la resolución de conflictos concretos. En cualquier caso, se ha pasado de una fase inicial, desconocedora del rango constitucional de los derechos históricos y de la propia DAP y en la que se negaba cualquier componente competencial de la foralidad (los derechos históricos serían como una envoltente simbólica de competencias asumidas por vía del Estatuto de Autonomía, en el marco de los arts. 148 y 149 de la Constitución), a un momento posterior, en el que se dota a la DAP de auténtico valor jurídico-constitucional, del que derivará la validez y vigencia de los derechos históricos. Es más, se ha llegado a afirmar que el techo competencial ex arts. 148 y 149 C.E. puede ser superado hasta alcanzar el límite máximo de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (plasmado en el art. 150.2 C.E.).

La jurisprudencia precisa que lo que se garantiza es la existencia de un régimen foral, como régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno, de su foralidad, pero no de todos y cada uno de los derechos que la hayan caracterizado a lo largo de su historia, aunque debe comprender, como contenido material mínimo, el elenco competencial básico que corresponda a la institución misma del régimen foral.

Del análisis articulado de la jurisprudencia constitucional pueden decantarse otros caracteres de los “derechos históricos”, tal que los siguientes:

- Los regímenes forales surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos de los que representa la Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que establece.
- El concepto derecho histórico “apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la institución foral y reconocido por el Estado”, pero, en cualquier caso, “no

puede considerarse como un título autónoma del que puedan deducirse específicas competencias”, pues su actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

- La soberanía nacional, de la que emanan todos los poderes del Estado, “imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales...”, siendo la Constitución no “el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”.
- Las comunidades forales pueden mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido...”pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria”. Una vez asumidas las competencias, “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos”, siendo esta norma, integrante del bloque de la constitucionalidad, la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la comunidad foral.
- La STC 31/2010, recaída en relación con la reforma del Estatuto de Cataluña niega la virtualidad de los derechos históricos para ser considerados como fundamento del Estatuto, cualificación que solo corresponde a la Constitución, cuyo fundamento es, a su vez, la Nación española, indivisible y única. Esta sentencia, de interpretación conforme a la Constitución, considera que los derechos históricos a que se refiere el art. 5 del Estatuto no son los referidos en la DAP de la Constitución, sino que tienen un sentido distinto, limitándose a anticipar competencias que pudiéramos denominar de refuerzo de la identidad propia, atribuidas a la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Constitución. En definitiva, en el Estatuto de Cataluña la expresión “derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la DAP, que, por otra parte, en ningún momento es citada en el Estatuto reformado.

En definitiva, lo que subyace es la reserva de la categoría de los derechos históricos en exclusiva para los territorios forales, con apoyo en la DAP, circunscritos por la jurisprudencia, que no es argumentativa sino meramente decisoria, a los pueblos que mantuvieron sus propios fueros, tras la unificación llevada a cabo por los Decretos de Nueva Planta, durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral. Es más, sentencias reiteradas, desde la 76/1988 han declarado que “tal fue el caso de

cada una de las Provincias vascongadas y de Navarra”, pero ello tiene explicación lógica: todos los recursos y conflictos competenciales sobre los que se ha pronunciado el Tribunal han tenido como una de sus partes procesales al País Vasco y a Navarra. Sin embargo, el Tribunal nunca se ha pronunciado, ni siquiera colateralmente sobre el caso de Aragón, al que a continuación me refiero *in extenso*.

3. EN PARTICULAR, EL CASO DE ARAGÓN.

3.1. La Disposición Adicional Tercera EAAR: origen e interpretación inicial

Descendiendo de lo general a lo particular, procede ahora examinar la aplicación de los derechos históricos, según el régimen de la Disposición adicional primera (DAP) de la Constitución, a la Comunidad Autónoma de Aragón. En el orden conceptual, se examinará su tratamiento en el Estatuto de Autonomía y la potencialidad que de ello deriva, para centrarse a continuación –apartado 4- en la consideración de las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón para su desarrollo.

La Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAR), aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, prescribe: “La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución”. Posteriormente, esta Disposición Adicional Quinta pasó a ser la Tercera en el texto resultante de la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

El origen mediato de la norma se encuentra en una enmienda de adición propuesta por el Partido Aragonés Regionalista en la Asamblea Mixta de parlamentarios y diputados provinciales, con ocasión de la elaboración del anteproyecto de Estatuto, y rechazada por la misma (con solo cuatro votos a favor) tras la oposición formulada en nombre de la ponencia por el representante de Unión de Centro Democrático Sr. Merino y Hernández, (por cuanto nadie renuncia a su historia...y para renunciar a algo hay que manifestarlo expresamente...). Por su parte, el origen inmediato trae causa de una enmienda, la número 31, presentada por el diputado Gómez de las Rocas con ocasión de la tramitación en el Congreso de los Diputados del proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón, como nueva

disposición adicional, con el mismo texto que pasó a la versión definitiva, tras haber sido asumida por la Ponencia y aprobada por unanimidad en la Comisión Constitucional, y con un solo voto en contra y tres abstenciones en el Pleno del Congreso, y por unanimidad, posteriormente, en el Senado. Según la motivación explicitada en la propia enmienda, “se trata de garantizar, reiterando la fórmula empleada en el Estatuto Vasco, los resultados de un examen en profundidad y, por ello, con el exigible detenimiento, de los derechos históricos de Aragón, suprimidos por el Decreto de Nueva Planta y otras disposiciones”.

El propio enmendante volvió a justificar con posterioridad a la aprobación del Estatuto la inspiración en el Estatuto Vasco “porque concurría la misma razón, aunque de mayor calado, en el caso aragonés”, indicando que “se trataba de una reserva significativa en pro del Derecho aragonés abolido por los Decretos de Nueva Planta y a fin de recuperar de aquel ordenamiento lo que siguiera siendo conforme con el interés de Aragón y fuera susceptible de actualizar”.

La única diferencia entre el texto del País Vasco y el de Aragón es que éste remite a la DAP de la Constitución, mientras que el Estatuto del País Vasco lo hace a “lo que establezca el ordenamiento jurídico”, expresión que acaso pudiera interpretarse como una puerta abierta extramuros del marco constitucional.

En uno de los primeros comentarios efectuados al EAAR, el profesor Fatás Cabeza interpretó en 1985 que la previsión estatutaria que nos ocupa se explica “por el deseo de los legisladores de no dejarse evadir competencia ninguna que, teniendo raíz histórica, no hubiese quedado expresamente consignada en el cuerpo del Estatuto de Autonomía”, añadiendo que los derechos históricos del pueblo aragonés no tienen actualmente sentido en su literalidad y resultan de total inaplicación por norma general. No obstante lo dicho, señaló que “como expresión de una voluntad política y cautelar es... una disposición que puede entenderse, aunque el legislador estatutario procuró recoger, nominalmente, las instituciones jurídico-políticas recuperables en el cuerpo del Estatuto” (como el Justicia de Aragón, en una interpretación conforme con el espíritu contemporáneo...). Asimismo consideraba que cabía interpretar la fórmula como una suave reivindicación (conciencia de la tenuidad de su vigor...) del “espíritu pactista”, tan a menudo proclamado para el sistema institucional y político del antiguo Reino de Aragón y que hoy no estorba habida cuenta de la DAP y su amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales, “denominación esta última en la que, sin esfuerzo condenable, puede entenderse como incluido a Aragón”. Considera, finalmente, que la formulación positiva atiende a “no privar a los aragoneses de algún beneficio que, ocasionalmente, pudiera derivárseles de su tradición y entendimiento secular de la relación jurídico-política con el Estado”,

aun matizando que, no obstante ello, “es fórmula que, por su naturaleza, permanece en la vaguedad y, en rigor, es de difícil articulación con el sistema jurídico general”.

Análoga vía interpretativa sigue Pemán Gavín, al reflexionar sobre los derechos históricos y el Estado de las Autonomías, a propósito de la Propuesta de nuevo Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña. De su opinión cabe destacar dos aspectos: por una parte, que el texto de la DAP queda muy abierto en la literalidad de sus términos, muy ambiguos y casi enigmáticos, aunque su alcance se ha precisado por la consideración de los antecedentes parlamentarios de su aparición y la interpretación del Tribunal Constitucional; y, por otra, que la Disposición Adicional Quinta del EAAr “carece de consecuencias concretas y operativas en el articulado del Estatuto”, tratándose de una manifestación de valor meramente simbólico y de nulos efectos prácticos, si bien “acaso pueda entenderse como una tímida manifestación de un sentimiento aragonés de agravio por no haber sido tratada la Comunidad como nacionalidad histórica, así como también como una cautela ante eventuales interpretaciones futuras más generosas de la DAP de la Constitución”. Este autor señala, finalmente, que el Tribunal Constitucional ha negado la proyección de la cláusula contenida en la DAP en el ámbito de la foralidad civil al enjuiciar la constitucionalidad de la ley aragonesa 3/1988, sobre equiparación de los hijos adoptivos, considerando que su sentido no es “garantizar u ordenar el régimen constitucional de dicha foralidad civil, sino permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional de algunas de las peculiaridades jurídico públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”.

Por su parte, Embid Irujo ha destacado en diversas ocasiones la singularidad de los rasgos diferenciadores de Aragón, reflejada en determinados preceptos estatutarios. Así ocurre con esta denominada cláusula de foralidad, que, a su decir, “supone una permanente posibilidad de apertura a formas diversas de organización y competencias cuya activación, es cierto, no se ha intentado en ningún momento”; al igual que la admisión del término “nacionalidad” (“Aragón, en expresión de su unidad e identidad históricas como nacionalidad...”), introducida en la reforma estatutaria operada por la L.O. 5/1996 y completada en la posterior reforma aprobada por la L.O. 5/2007 (según el art. 1, “Aragón, nacionalidad histórica, ejerce su autogobierno de acuerdo con el presente Estatuto, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a toda nacionalidad”), e incluso la previsión normativa de una forma de financiación singularizada y diferente (el acuerdo bilateral de financiación a que se refiere el art. 48 del Estatuto, tras la reforma de 1996 y posteriormente, tras la reforma de 2007, el art. 108, bajo el epígrafe de “Acuerdo bilateral económi-

co-financiero con el Estado”). En definitiva, el EAAR marca, para el autor citado, “un camino teórico de posibilidades cuya concreción será probablemente mucho más dificultosa que lo fue la adopción de los principios generales reseñados”, pero no cabe duda de que son signos auténticamente singularizadores del EAAR y, aún más, “perfectamente congruentes con una determinada forma de evolución histórica que hace creíbles esos preceptos en el contexto de nuestro Estatuto”. No obstante lo anterior, en trabajo posterior el profesor Embid matiza que el Tribunal Constitucional mantiene de siempre una concepción estricta y limitada acerca de la foralidad, que se ha vuelto a reiterar en la STC 31/2010, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, negando que dicha Comunidad Autónoma esté contemplada en la DAP de la Constitución.

En fin, Tudela Aranda en su trabajo sobre la DAP y los nuevos Estatutos de Autonomía (La historia como legitimación de la autonomía) apunta que “el historicismo estatutario estaría ganando la partida a la racionalidad constitucional” y, en el caso aragonés, se inclina por considerar que una cláusula de este tipo, recogida a través de una disposición adicional, era más una reparación simbólica que una norma con trascendencia jurídica efectiva en cuanto a la ordenación territorial del Estado, si bien durante el proceso de revisión del Estado autonómico, en la última fase de reformas estatutarias, la interpretación historicista ha ido ganando adeptos como instrumento que permite conseguir un mayor grado de autonomía. Por lo que se refiere a la controvertida Disposición adicional del EAAR, califica de lánguida su vida, sin que haya jugado un papel destacado en el plano político, lo que explica por “la conciencia sobre su falta de conexión con un régimen foral público previo”, aunque se trate de una Comunidad Autónoma que ha tenido una fuerte conciencia reivindicativa desde el inicio del proceso autonómico.

Por ello, el autor citado se sorprende de la falta de utilización del precepto tanto con ocasión de la reforma de 1996 (incluso, previamente, en el Dictamen parlamentario sobre la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés, aprobado por todos los grupos parlamentarios en el año 2004, sólo se mencionan en una ocasión los derechos históricos, para vincularlos con la concreción del modelo propio de financiación ya previsto en el art. 48 EAAR tras la reforma de 1996), como, especialmente, con la reforma de 2007, que mantiene el texto de la Disposición Adicional Tercera, “sin llegar a contemplar su vinculación con precepto alguno del Estatuto, ni en el orden competencial ni en lo relativo al sistema de financiación”.

También ha estudiado la actual Disposición Adicional Tercera del EAAR el profesor Sáiz Arnáiz, señalando de entrada las dificultades interpretativas planteadas por la expresión “derechos que como tal hubieran podido corresponder” y la admisión como titular de los mismos del “pueblo aragonés”, en lugar de los

respectivos “territorios forales”, expresiones ambas que reiteran el texto de la Disposición Adicional del Estatuto del País Vasco. En todo caso, la Disposición referida a Aragón remite expresamente a su actualización de acuerdo con la DAP de la Constitución, con lo que se despeja la duda: ambas se refieren a idéntico concepto de “derechos históricos”.

Sobre el fondo del asunto, Sáiz trae a colación, en primer lugar, la opinión de diversos comentaristas del EAAr, coincidentes, a su juicio, en la falta de utilidad o trascendencia de la Disposición Adicional Quinta (Merino Hernández, Fatás Cabeza, Pemán Gavín), bastando aquí con remitirnos a todo lo expuesto *supra*. Por otra parte, anota que el Estatuto de Aragón, ni el originario ni ninguna de sus reformas posteriores, “no refleja en ningún momento en su articulado su condición de marco para la actualización de derecho histórico alguno, al contrario de lo que hacen el Estatuto Vasco y el Amejoramiento Navarro”, por lo que, en el estado actual, no puede afirmarse que “se haya comportado como corresponde hacerlo a las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas que se nutren de la DAP de la Constitución”, sin que tampoco se tomara en consideración en los trabajos desarrollados en el seno parlamentario sobre la profundización y el desarrollo del autogobierno aragonés como posible cauce para la asunción de nuevas competencias, ni, finalmente, el legislador autonómico se haya referido al ejercer sus competencias en ámbitos materiales concretos a los derechos históricos (aunque ello es seguramente, indica el autor, porque se lo impide el silencio estatutario). Finalmente, considera que, tras la última reforma de 2007, tampoco el EAAr “se comporta como vehículo para la actualización de pretendidos derechos históricos ausentes en todo caso de su contenido”.

El argumento expresado no tiene, en mi opinión, ninguna fuerza sobre la cuestión controvertida: es precisamente porque Aragón no ha intentado la actualización general de su régimen foral, en su marco estatutario, por lo que el legislador orgánico estatal se ha cuidado de advertir que ello no implica la renuncia de Aragón a sus derechos históricos ex DAP. Debe repararse en que la DAP contempla el marco en que ha de llevarse a cabo la actualización general, pero matiza que ello es “en su caso”, es decir, que se trata de una facultad dispositiva, quedando a la decisión de la Comunidad Autónoma el acogerse o no a dicho régimen y actualizarlo o no. Finalmente, el hecho de que la última reforma estatutaria, llevada a cabo en 2007, no se haya aprovechado para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos, y que sin embargo se mantenga incólume el texto de la Disposición Adicional Tercera EAAr es bien expresivo de que el significado de ésta no es inane, pues en ese caso hubiera sido suprimida; y al no haber desaparecido ello indica que se mantiene abierta la posibilidad inclusiva de Aragón como territorio foral titular de derechos históricos pendientes de actualización.

3.2 ¿Qué sentido tiene, entonces, la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Aragón?

Ante todo, ha de precisarse que es una verdadera norma jurídica, que contiene un mandato preceptivo, directo y vinculante, por lo que hablar de su valor meramente simbólico y de nulos efectos prácticos supone desconocer su naturaleza y su significado real. En segundo lugar, hay que destacar su engarce con la DAP de la Constitución, de la que también en los momentos iniciales se negó cualquier otro valor que no fuera el puramente simbólico o retórico (Alzaga), llegando a calificar su contenido de político como opuesto a jurídico (Corcuera). Frente a ello, prevalece el carácter normativo de la Constitución toda, siendo la Constitución no solo una norma sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*, con preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma (García de Enterría).

Por su parte, la DAP tiene dos párrafos, siendo “la cabecera del grupo normativo la garantía de los Derechos Históricos” (Herrero) y dependiendo el segundo párrafo del primero, por lo que la actualización general, en su caso, a través del Estatuto de Autonomía o norma orgánica de idéntico significado (Amejoramiento del Fuero) y posteriores leyes generales o sectoriales de desarrollo se basa o trae su razón de ser del primer párrafo de la DAP. Y dicha norma es asimismo la que permite interpretar correctamente las Disposiciones adicionales, tanto del Estatuto del País Vasco como del Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, a cuyo tenor “la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto” (“del régimen establecido en la presente Ley Orgánica”, en el caso de Navarra) “no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia” (“renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra”), “que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico” (“cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el art. 71”, para Navarra). En definitiva, al salvaguardar otros derechos derivados de la historia, tales disposiciones adicionales solo se comprenden partiendo de la DAP, declarando implícitamente inconclusa la actualización llevada a cabo por el Estatuto de Autonomía o la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

Va de suyo que ningún comentarista doctrinal de las disposiciones adicionales del Estatuto Vasco o del Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra ha considerado en ningún momento que su valor es meramente simbólico, carente de fuerza normativa práctica. En concreto, Bartolomé Clavero considera, que, en

el caso vasco, no cierra el proceso constituyente, sino que lo deja abierto; y José Antonio Razquin Lizarraga interpreta la adicional navarra como preservación del carácter jurídico-político de los derechos históricos, llevando aneja la irrenunciabilidad de la personalidad política de Navarra y de su propia potencialidad, dejando abierto el proceso de determinación de los derechos históricos. Por su parte, Miguel Herrero sostiene la conexión entre la DAP y la Disposición Adicional del Estatuto vasco, y en el mismo sentido, Lucas Verdú; desde otra posición, que encuentro difícil de compartir, T.R. Fernández defiende la inexistencia de parentesco, desde un punto de vista técnico-jurídico, entre la DAP y tales disposiciones adicionales estatutarias (aquella “contiene un mandato en sentido propio, que implica la incorporación a la trama constitucional de un complejo institucional típico y diferenciable como tal”, mientras éstas “son simples reservas de derechos, sin contenido normativo alguno”, limitándose a invocar el *historische staatsrecht* a fin de dejarlo a salvo en su presunta integridad de cara a un nuevo momento constituyente).

Por lo que se refiere a la Disposición Adicional Tercera del EAAr, ya se ha constatado con anterioridad que su aprobación por las Cortes Generales, a través de la aceptación de una enmienda que no oculta su inspiración en el Estatuto del País Vasco, pretende garantizar los resultados de un examen profundo de los derechos históricos de Aragón en orden, en su caso, a su actualización. Su incorporación a la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Aragón presupone la consideración de Aragón como territorio foral. De no ser así, carecería de sentido dicha Disposición adicional, hipótesis que ha de rechazarse por conducir al absurdo. Es el propio legislador estatal orgánico el que recoge la conexión entre los eventuales derechos históricos de Aragón y los mecanismos de actualización que contempla la DAP, que expresamente se invoca. En otros términos, hay que evitar el examen aislado de las normas, que, por una parte, las desvitaliza (en la realidad, ninguna norma opera aisladamente), y, por otra, les hace perder su propia significación jurídica. Ahí radica precisamente el acierto de la vinculación, incluso textual, de la Disposición Adicional Tercera EAAr a la DAP. Por otra parte, resulta clave considerar que ambas se integran en el denominado bloque de la constitucionalidad, parámetro que comprende las disposiciones normativas complementarias de la Constitución, categoría que incluye naturalmente los Estatutos de Autonomía, según resulta del art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El hecho de que tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía regulen esta materia en el seno de sendas disposiciones adicionales se compadece con la naturaleza propia de éstas, por cuanto el contenido propio de una disposición adicional es la regulación de regímenes especiales, dispensas, reservas de apli-

cación, excepciones y remisiones a otras leyes. Es evidente que la DAP ampara y respeta el régimen de la foralidad, en calidad de régimen especial y excepcional; e igualmente es obvio que las disposiciones adicionales de los Estatutos de Autonomía que son objeto de referencia constituyen una reserva excepcional de derechos, con carácter cautelar, en favor de los correspondientes territorios forales, incluido Aragón.

3.3. Aragón, ¿territorio foral? *In principio erat fuerum*

Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear consiste en verificar la posible identificación de Aragón como territorio foral, desde el supuesto de que, por su naturaleza, los derechos históricos afirman la identidad de un hecho diferencial, sin necesitar siquiera un contenido material concreto, ya que la invocación de los derechos históricos no pretende revitalizar viejas competencias ajenas a la sociedad contemporánea. Es más, como ha señalado perspicazmente Miguel Herrero, en el Antiguo Régimen, el fuero no identificaba tanto lo excepcional frente a lo general, sino más bien lo propio frente a lo ajeno, llegándose incluso a una generalización de privilegios para afirmar la común diferencia; por ello, el reconocimiento regio de la foralidad apuntaba esencialmente a la personalidad diferenciada y separada del territorio foral, como comunidad política, más que a un determinado acervo normativo e institucional.

In principio erat fuerum. La regulación basada en el fuero, término clásico de dudoso origen, se ha identificado con la disposición de origen consuetudinario, que representa una ventaja para el que lo disfruta, frente al sometido a cualquier otro tipo de regulación (Lalinde). Siguiendo a este fundamental autor, la foralidad burguesa, en consideración a los habitantes de las ciudades, con actividad preponderantemente artesana y mercantil, tiene su centro en la villa real de Jaca, elevada a rango de ciudad por Sancho Ramírez. Este Fuero de Jaca (que Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat califica de luminaria, un ámbito de seguridad y protección, un marco de derechos y de libertades...) se expande por territorios limítrofes, y es mejorado con otras franquicias, siendo interpretado y completado por expertos foristas. Tras la confirmación del ordenamiento de Jaca por Alfonso II, en 1187, el Fuero se extiende a la montaña (el primitivo Aragón) y a la tierra nueva, nutriendo también al fuero de Huesca. Con la libertad de testar la foralidad jacetana alcanzó su mayor extensión, marcando identificativamente al derecho civil aragonés. Por otra parte, la primitiva foralidad jacetana burguesa evoluciona posteriormente hacia una foralidad militar, inspirada por la expansión territorial a costa de los musulmanes, con un papel preponderante de los “infanzones”, y vinculada a Sobrarbe y al territorio de España. El mérito de la “escuela de Jaca”

es haber adaptado la foralidad primitiva a una sociedad dominada por el estamento militar. Por otra parte, aparece una foralidad “de extremadura”, en tierras fronterizas con los sarracenos, destacando los fueros de Calatayud, Daroca y, especialmente, Teruel-Albarracín, todos en el siglo XII, con atribución del mayor protagonismo a la comunidad, representada por el concejo.

El profesor Lalinde subraya la acción legitimadora consuetudinaria del “fuero de la tierra” o “fuero de Aragón”, como se le empieza a señalar, tanto por parte del Rey como en las recopilaciones privadas de comienzos del siglo XIII. Todo está ya a punto para que “los fueros de Aragón” sean una realidad. Este paso supone su definición, como vía de salida de la incertidumbre, pese a los esfuerzos de los foristas; y necesita contar con el concurso del “Derecho”, el conocimiento científico de las leyes romanas y canónicas (según la terminología del momento, la definición se hace por vía erudita o “dreyturerá”), que solo se utilizan instrumentalmente, para contribuir a su formulación. Esa compilación de los Fueros de Aragón es la publicada en Huesca, en 1247, de la que no se conoce cuál es su versión original y existen dudas historiográficas por su coexistencia con la conocida como “Vidal Mayor”, escrita en latín por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas y de la que solo se conoce su posible versión romance.

Morales Arrizabalaga se ha esforzado también por escudriñar la naturaleza foral del antiguo Reino de Aragón, donde desde el siglo XIV se consolidó la expresión “Fuero de Aragón”, inicialmente referida a un depósito o fondo preciso de regulaciones, al que acuden el Rey y las Cortes para elaborar las leyes o fueros de Cortes (existe el Fuero, y el Rey, junto con las Cortes, lo formula y verbaliza ajustándolo a cada situación y momento, así como el Justicia convierte en regla concreta esos principios regulatorios genéricos a través de las decisiones contenidas en las Observancias). Y a su vez, desde el siglo XV, el pacto entre el Rey y el Reino es la fórmula más acertada en el proceso de averiguación del contenido de la regulación que inspira el Fuero de Aragón.

Durante esos siglos XIV y XV el Fuero crece con fuerza, en una corriente nacionalista de “indigenismo foral” (Lalinde), impulsada por el infanzón, que arrastra a los demás, limitándose los foristas a detectar el contraste entre el Fuero y el Derecho que ellos cultivan en el Estudio General, en busca de su conciliación y acercamiento. De aquí surge una de las fuentes más importantes y originales del Derecho aragonés, la “observancia” (*quod servatur*), siempre subordinada al fuero, y que se empareja con el “uso”, y ambos acaban recopilados al final del período (“compilación” de usos, observancias y actos de corte, encargada por las Cortes de Teruel en 1428 al Justicia Martín Díez de Aux, que en 1437 ya ha preparado). A lo largo de los siglos XVI y XVII se desenvuelve un período con-

servador, en el que se van sucediendo recopilaciones consecutivas. A finales del siglo XVI se había producido la generalización del fuero en el Reino de Aragón, extendiéndose a Teruel, Albarracín y sus comunidades. La colección cronológica se transforma en una colección sistemática, eliminando los fueros temporales caducados, los invalidados y los no usados o derogados. La recopilación del Fuero, seguida de la edición de la Observancia, aparece en 1552, tras un impulso inicial de Carlos I, continuado por su hijo Felipe I – II de Castilla- (Cortes de Monzón de 1547), siendo reeditada en 1624 y 1667.

Se ha constatado por Morales que la expresión “foral” contrapuesta a “derecho” se utiliza en Aragón a partir de las crisis forales de 1591 (los “sucesos” de Aragón, con el enfrentamiento de Felipe II a la fuerza institucional del Reino, representado por el Justicia Mayor y la Diputación General de las Cortes), y durante el siglo XVII es frecuente que obras jurídicas y escritos de alegaciones argumenten su análisis tanto con relación al Derecho como al Fuero (usualmente con la expresión “jurídico y foral”), combinación no utilizada en el siglo XVII fuera del ámbito aragonés. No hay que olvidar que, pese a todo, la fuerza histórica de los fueros aragoneses siguió actuando en la Europa del pensamiento crítico y en la España de los reinos como signo y símbolo de libertad foral (Coronas González).

Fuero y Derecho forman dos sistemas distintos que conviven contrastados en Aragón, como desde hace tiempo señalara el profesor Lalinde, y actualiza después Delgado Echeverría: no hubo recepción política ni técnica del Derecho común (romano y canónico), que en Aragón no se consideró tal, con un decidido rechazo político, que no impidió su penetración doctrinal, un “romanismo instrumental” que trata de poner el *ius* al servicio del Fuero (desde la perspectiva del *ius* y los juristas, los fueros no dejan de ser privilegios y excepciones, una especie de Derecho consuetudinario tolerado, de interpretación restrictiva; desde el punto de vista del Fuero y los foristas, el Derecho carece de fuerza de obligar, pero resulta útil, desempeñando el papel de una especie de teoría general). Para Lalinde, “el Derecho común es un instrumento técnico que sirve a los juristas para entenderse, pero que es compatible con el repudio de la vigencia de su contenido”.

A principios del s. XVIII se produce el derrumbamiento del fuero, inicialmente respetado por Felipe IV (V de España) cuando accede al trono (el Rey juró los Fueros del Reino de Aragón el 17 de septiembre de 1701, en la iglesia mayor de San Salvador, de Zaragoza, comprometiéndose en buena fe real a guardar y observar los Fueros hechos en Corte General de Pedro IV en Zaragoza en 1348, y los demás Fueros y Actos de Cortes, Privilegios, Donaciones y Libertades otorgados en Cortes Generales por predecesores del Rey, y los otros Fueros,

Observancias, usos y costumbres del Reino y sus lugares...”), pero tras el alineamiento de Aragón con el resto de la Corona, especialmente con Cataluña, a favor del archiduque Carlos de Austria, el Rey, como consecuencia de su victoria en Almansa, a través de un Decreto, y una posterior Cédula complementaria, deroga los fueros de Aragón y Valencia en 1707, reduciendo dichos territorios a las leyes y gobierno de Castilla.

Concretamente, el Decreto de 29 de junio de 1707, “considerando aver perdido los Reinos de Aragón i de Valencia y todos sus habitadores por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron..” y sobre la base de que al Rey toca “el dominio absoluto de los referidos Reinos de Aragón i Valencia... i considerando también que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición i derogación de leyes... he juzgado por conveniente abolir i derogar enteramente... todos los referidos fueros, privilegios, práctica i costumbre..., siendo mi voluntad que estos Reinos de Aragón i Valencia se reduzcan a las Leyes de Castilla...”. Asimismo resuelve que la Audiencia de Ministros... que he mandado se forme para Aragón, se gobierne y maneje en todo i por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada...”. Para el profesor José Antonio Escudero la idea de suprimir la organización jurídica y política de los territorios de la Corona de Aragón le fue inspirada al Rey Felipe V por su abuelo Luis XIV, a través de su embajador Amelot; sin que pueda decirse que el Consejo de Aragón hiciera una defensa tajante de los fueros, al haber sido renovado tras la escisión entre los partidarios de Felipe V y los del Archiduque. El autor indicado considera, en todo caso, no haberse producido una rebelión general, aparte de que en la contienda sucesoria Aragón no había adoptado una postura unívoca y homogénea, habiendo mantenido la lealtad al nuevo Rey los estratos superiores (buena parte de la alta nobleza y algunas importantes villas aragonesas, así como el estamento eclesiástico y una buena parte de las comunidades religiosas).

Es sabido que en el interior del Reino de Aragón se produjo una gran división, provocando el exilio de los aragoneses austracistas, destacando como principal teórico el conde Juan Amor de Soria, objeto de estudio por Ernest Lluch. E incluso entre las filas proborbónicas, el arzobispo de Zaragoza D. Antonio Ibáñez de la Riva se refiere al “desconsuelo que ha causado a los aragoneses la extinción de las libertades, privilegios y estilos con que han sido criados... ha causado algún resentimiento a estos naturales acostumbrados a vivir con la libertad de sus fueros...”.

Tras la reacción provocada por el Decreto, por su radicalismo, y la supresión del Consejo de Aragón (Decreto de 15 de julio de 1707), el 29 de julio de 1707

el Rey aprueba un nuevo Decreto, aclaratorio y rectificatorio del primero, concediendo “la manutención de todos sus privilegios, essenciones, fanquezas i libertades concedidas por los señores reyes mis antecessores o por otro justo título adquiridas, de que mandaré expedir nuevas confirmaciones a favor de los lugares, casas, familias i personas de cuya fidelidad estoy enterado...”, “no entendiéndose esto en quanto al modo de gobierno, leyes y fueros de dichos Reinos... porque en el modo de governarse los Reinos i pueblos no debe aver diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes a todos...”.

Tras la ocupación de Zaragoza en 1710 el Rey promulga el 3 de abril de 1711 un Real Decreto, estableciendo el gobierno del antiguo Reino a través de la Real Audiencia; pero mientras la Sala de lo Criminal ha de juzgar “según la costumbre y leyes de Castilla”, se permite que la Sala de lo Civil lo haga “según las leyes municipales de este Reyno de Aragón”, tan solo en cuanto a los litigios entre particulares (a lo que debió ayudar que gran parte de Aragón le había permanecido leal, así como la actitud moderada del Conde de Frigiliana, Presidente del Consejo de Aragón, y sin olvidar el informe de 16 de febrero de 1710, elaborado por Diego Franco de Villalba, que concilia el modelo normativo foral y la supervivencia de las instituciones centrales del Reino con la autoridad soberana del Rey Felipe V). Este establecimiento del Fuero en el aspecto civil tuvo un carácter decisionista, excluyendo la vía del pacto, basado únicamente en la voluntad del monarca.

Por otra parte, la recepción política del Derecho público castellano se acompaña del anquilosamiento del ordenamiento civil: desaparecidas las Cortes, se frustra la posible evolución pactada del fuero, y, además, el Rey de España renuncia a legislar como Rey de Aragón. El resultado es que las disposiciones para el gobierno de Aragón se recogen en la Novísima Recopilación de España, bajo la rúbrica de “fueros provinciales”. Y desaparecida también la figura del Justicia, no cabe renovación de la “observancia” (si bien era ya irrealizable desde la recopilación de 1437). Mientras tanto, se inicia un proceso de conversión del forista, que va dejando de ser un colaborador en la función creadora del ordenamiento y en la conciliación entre fuero y derecho, pasando a ser un foralista, que opera con el fuero como materia inerte, como un producto histórico, propio del pasado.

Simultáneamente, el mantenimiento de la voluntad fuerista en Aragón en los siglos XVIII y XIX fue relevante, lo que explica el hecho sorprendente de que en 1808 se celebraran unas Cortes de Aragón según el estilo anulado por Felipe V en 1707, implicando la existencia de un recuerdo popular y doctrinal mantenido con vida en Aragón durante cien años. Dejó escrito Lluçh que “hasta la oleada unitarista del nacionalismo español de finales del s. XIX, esta conciencia fuerista

aragonesa se mantuvo gracias al naciente liberalismo”, explicando que tanto en Aragón, como en Cataluña y el País vasco, el carlismo no fue defensor de primera hora del fuerismo: en los territorios donde existían los fueros o donde fueron derogados, la reivindicación por el regreso o por el mantenimiento de los fueros fue obra de los liberales e incluso de los progresistas.

Se puede traer a colación aquí la única reivindicación política concreta de la tradición aragonesa que tuvo lugar en el siglo XVIII, la “Representación de los diputados de las ciudades de Zaragoza, Valencia, Barcelona y Palma de Mallorca”, presentada en 1760 al Rey Carlos III en nombre de los antiguos territorios de la Corona de Aragón. Allí explican que desean que “en el feliz reinado de Vuestra Magestad sean felices los reynos de la Corona de Aragón”, que desde principios de siglo “se habían gobernado con las leyes de Castilla y no por la que tenían como propias”, dirigiendo sus acusaciones contra los cargos de segundo nivel y recordando que no eran uniformes las leyes de los cuatro reinos. El documento contenía una propuesta de cambios, con dos aspectos destacados: la reforma de la estructura política de los municipios y la representación proporcional en los altos cargos de los naturales de la Corona de Aragón. Años después, el conde de Aranda trabajó por la consecución de dichos objetivos.

En cualquier caso, parece ser cierto que tras siglo y medio desde la derogación de los fueros permanecía un hálito de la Corona de Aragón. Así se deduce de la obra de Francisco Torres Villagas “Cartografía hispano-científica, o sea, los mapas españoles en que se representa a España en todas sus diferentes fases” (1852), en uno de cuyos mapas se distinguía la España “uniforme o puramente constitucional”, la “foral (las provincias exentas, las vascongadas y Navarra, que conservan su régimen especial), la “colonial” y la España “incorporada o asimilada”, que comprende “las once provincias de la Corona de Aragón todavía diferentes en el modo de contribuir y en algunos puntos del derecho privado”. Y un momento postrero de la vigencia de la Corona como idea política fue el llamado pacto de Tortosa (18 de mayo de 1869), firmado entre los republicanos federales aragoneses, catalanes, mallorquines y valencianos, con el objetivo de defender la Revolución de 1868 y reclamar el estilo político de la antigua Corona de Aragón con su peculiar organización política.

Tras un largo período de desuso, la expresión “foral” reaparece en forma de “derecho foral” en el último tercio del siglo XIX. Concretamente, se utiliza en el marco de la Historia del Derecho Civil (en 1862 se dotan cátedras de Historia y Elementos del derecho civil español común y foral; y la expresión aparece en algunas obras doctrinales, recibiendo desde 1870 el impulso fundamental de su utilización por Abella).

Por otra parte, la expresión “territorios forales” en la doctrina administrativista es deudora del profesor Tomás Ramón Fernández, decisivo en el desarrollo doctrinal de los derechos históricos ex Constitución de 1978, y cuyas construcciones han penetrado la jurisprudencia constitucional. Asimismo sostiene Morales que la expresión constitucional “territorios forales” no es completamente nueva, pudiendo considerarse equivalente a “territorios aforados”, término utilizado por la doctrina a finales del siglo XIX en el contexto del derecho privado.

En todo caso, siempre que se ha utilizado la expresión “foral” para contraponer un régimen especial a otro general ha incluido de un modo natural a Aragón. Y en la doctrina aragonesa, en los siglos XVI y XVII, se utiliza en exposiciones que con posterioridad se han distinguido como de derecho público y de derecho privado, pero que entonces presentaban fundidos ambos elementos. En la parte final del siglo XIX se recupera una contraposición semejante, aplicada en el ámbito del derecho privado, especialmente civil (entre los territorios aforados destacan Aragón, Cataluña y Navarra, mientras que Vizcaya se suele integrar en el grupo de “otros territorios aforados”, a diferencia de Álava y Guipúzcoa, donde no se trazó un régimen foral alternativo al general castellano). En definitiva, Morales critica la reserva del término “territorio foral”, según la jurisprudencia constitucional, derivada de la opinión doctrinal de T.R. Fernández, para una pretendida foralidad de derecho público, por carecer de suficiente base histórica, así como la negación de dicho carácter para Aragón, por contraria a la práctica y la doctrina anteriores a 1985.

En efecto, la jurisprudencia constitucional, en una evolución generosamente progresiva, ha aceptado como constitucionalizadas posiciones privilegiadas de algunos territorios históricos en la segunda mitad del siglo XIX, admitiéndolos como entidad jurídico-constitucional histórica y se niegan otras. Y posteriormente se va consolidando de facto una constitucionalidad propia, que se termina justificando como una especie de régimen constitucional preconstitucional.

3.4. STC 88/1993. Foralidad civil vs. Foralidad jurídico-pública

El profesor Delgado Echeverría, al estudiar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho Civil, desde la consideración concreta de la STC 88/1993, de 12 de marzo, desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley aragonesa 3/1988, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, analiza el rechazo por la sentencia de la aplicación al caso de la Disposición Adicional ahora Quinta del EAAR, invocada “no insensatamente” por el representante de las Cortes de Ara-

gón, así como por el de la Diputación General de Aragón A este respecto, el autor citado advierte que no es fácil precisar el sentido de esta Disposición, coincidente con la Adicional del Estatuto Vasco (salvo por su referencia explícita a la DAP de la Constitución), pero “suponiendo –como hay que suponer- que algo signifique, excluir su relevancia para el Derecho civil aragonés sitúa las cosas en una posición muy difícil”. Añade que dando por bueno lo que el TC dice sobre ella (esto es, que la DAP se referiría exclusivamente a “algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la nación”), como quiera que al promulgarse la Constitución Aragón no ostentaba ninguna peculiaridad jurídico-pública, el único sentido de la Disposición Adicional del EAAr sería entender que remite a peculiaridades de Derecho público no vigentes desde hace siglos.

Pero la STC 88/1993 exige más atención. En la fundamentación jurídica de la sentencia se expresa que ni la DAP ni la Disposición adicional (conexa) del EAAr han de ser tomadas “ahora” en consideración, “no ya solo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos” (SSTC 123/1984, 94/1985 y 76/1988), sino “sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la DAP C.E. no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”. La primera de las razones indicadas es, a mi juicio, absolutamente insustancial puesto que las partes comparecidas en el proceso para defender la constitucionalidad de la ley aragonesa recurrida no invocaban dichas Disposiciones como origen directo de la atribución competencial, ya que éste papel venía desempeñado por el art. 35.1.4 del EAAr y la competencia exclusiva de Aragón para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado. Es decir, que no concurría el presupuesto básico de la argumentación, consistente en un hipotético valor de los derechos históricos como título autónomo para generar competencias específicas no incorporadas a los Estatutos. En el presente *casus* se invoca una competencia asumida por el Estatuto de Autonomía. Sobra, pues, la explicación complementaria.

En cuanto a la segunda de las razones por las que la sentencia rechaza la aplicación de la DAP de la Constitución y de la Disposición Adicional Quinta del EAAr, basada en que la DAP no tiene por objeto “garantizar u ordenar el régimen

constitucional de la foralidad civil”, hay que considerar que, de un modo implícito, está admitiendo que, con apoyo en la DAP y la adicional estatutaria, Aragón podría ser considerado como territorio foral titular de eventuales derechos históricos, ya que, de no estimarlo así el Tribunal, lo hubiera argumentado a mayor abundamiento para despejar la aplicabilidad de la DAP.

Por lo demás, debe notarse que la STC 88/1993 ni siquiera intenta argumentar la inexistencia de nexo entre la DAP y el art. 149.1.8 de la Constitución. Excluye el juego de la DAP para “garantizar el régimen constitucional de la foralidad civil”, concepto que puede contemplarse hoy como correlativo al de la garantía institucional de la foralidad, o de los derechos históricos de los territorios forales, consagrada doctrinalmente y recogida por la jurisprudencia constitucional. Pero, ¿es seguro que la competencia del País Vasco y de Navarra sobre Derecho Civil no tiene nada que ver con la DAP? El legislador vasco, en la exposición de motivos de la Ley 3/1992, del Derecho civil foral del País Vasco, posteriormente derogada por la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, ya indicaba que el derecho a elaborar su propia legislación lo poseyó Bizkaia en todo tiempo y solo desapareció con la decadencia del régimen foral, estando en vigor dicha legislación foral hasta la Compilación de 1959, limitadora en muchos aspectos, a lo que añade que “el derecho a recuperarla en su sentido tradicional debemos considerarlo como un derecho histórico amparado en la Constitución...”. En cuanto a Navarra, el art. 48 de la LORAFNA, que le atribuye competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral se entiende necesariamente conectado con el art. 2, en cuanto dispone que “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 1º de su Disposición adicional primera”.

En definitiva, cabe sostener que los “derechos históricos” y los “Derechos civiles forales o especiales” son dos aspectos que en el régimen constitucional “permiten o implican una diversidad de competencias posibles para las distintas Comunidades Autónomas”, según la tesis admitida por el profesor Delgado, siendo ambos casos manifestaciones de un mismo fenómeno, el de penetración de la historia en el texto constitucional. Consecuentemente, sólo los territorios forales podían ser titulares de competencias históricas, debidamente actualizadas según la DAP, por encima de los límites de las materias que el art. 149 C.E. reserva exclusivamente al Estado; y sólo las Comunidades Autónomas en que existía Derecho civil foral o especial pueden tener competencias legislativas específicamente sobre Derecho civil.

No sobra reparar en que el art. 12 del viejo Código Civil de 1889 preveía la subsistencia provisional de los derechos forales de las provincias y territorios, disponiendo que “lo conservarán por ahora en toda su integridad”; no hay que olvidar que la meta era la elaboración de un Código civil general, considerándose los derechos forales subsistentes mera materia prima a codificar, primero en Apéndices y después en Compilaciones, según el criterio del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, de 1946. Pero una vez culminada la fase compiladora, la reforma del Título Preliminar del Código Civil, de 1973-1974, introdujo, en la nueva redacción del art. 13, “el pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes...”. Y a este designio parece responder el constituyente de 1978, al prever en el art. 149.1.8ª la competencia de las Comunidades Autónomas para “la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, restableciéndose la dinámica histórica de dichos derechos, que pueden desarrollarse por el correspondiente legislador autonómico, mediante una acción legislativa que propicie su crecimiento orgánico, según reconoció ya, intuitiva y anticipadamente, el Congreso de Jurisconsultos (sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución) de Zaragoza, de 1981. Finalmente, es interesante reseñar el paralelismo en la estructura normativa del art. 13 Cc con el texto de la DAP: pleno respeto, a los derechos especiales o forales, en las provincias o territorios en que estén vigentes... para el art. 13; la DAP proporciona amparo y respeto, a los derechos históricos, de los territorios forales....

También Herrero ha utilizado la vinculación existente entre el art. 149.1.8ª y la DAP, llegando a la solución sorprendente de que los derechos civiles forales son derechos históricos... en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica (atributo que vendría dado por la inclusión en el ámbito de la Disposición Transitoria segunda de la Constitución), y así la foralidad civil en Aragón sería foralidad pero no derecho histórico, conclusión evidentemente muy ardua para ser compartida. En efecto, una cosa es el establecimiento, en régimen transitorio, de un determinado modo de acceso a la autonomía plena y de un procedimiento específico para ello, el marcado por el art. 151 C.E., y otra cosa muy distinta es que por ese mero dato circunstancial (haber plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía, posibilidad que quedó frustrada en el año 1936) se distinga, a los efectos del art. 149.1.8ª, en cuanto al alcance de la foralidad civil y su enlace, en ámbito interpretativo, con la DAP. Tal categoría de Comunidad histórica carece del pretendido apoyo constitucional; esa categoría formal depende de la propia historia, y, en todo caso, la identidad histórica de Aragón aparece ya reflejada desde la aprobación inicial de su Estatuto de Autonomía en 1982, siendo tras la reforma de 1996

cuando se sanciona su categoría de nacionalidad (de acuerdo con la distinción fijada en las previsiones del art. 2 C.E.), hasta llegar a su proclamación vigente como “nacionalidad histórica”, tras la reforma introducida por la L.O. 5/2007., título constitucional de la mejor condición. De ello resulta el carácter artificioso de la distinción intentada entre diversos titulares de la foralidad civil.

Es cierto que la STC 76/1988 ya afirmaba que la DAP se refería tanto a “una peculiar forma de organización de los poderes públicos” como a un régimen jurídico propio en otras materias”, en alusión que puede entenderse dirigida a las materias de derecho privado a las que se refiere el art. 149.1.8ª C.E.. Pero es igualmente cierto que en la posterior STC 88/1993 el Tribunal invirtió su posición afirmando que el sentido de la DAP no es el de “garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8ª y en la Disposición adicional segunda), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional...de algunas peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”. En definitiva, doctrina oscilante que exige profundizar en la cuestión planteada, sin preterir, siguiendo de nuevo a Herrero, que el art. 149.1.8ª no es solo una norma competencial, sino una garantía institucional de la foralidad, siendo sostenidas ambas funciones por la misma finalidad de tutela del hecho diferencial que la foralidad supone, proyectando su protección frente al Estado (son los territorios forales los administradores de su propio patrimonio jurídico, a sus respectivas Comunidades Autónomas compete esa labor de conservación, modificación y desarrollo...), pero también frente a los propios legisladores autonómicos (que pueden desarrollar el derecho foral, pero no destruirlo; pueden adaptarlo a las nuevas situaciones sociales y económicas y actualizarlo, pero no renunciar a él).

Herrero cita, *pro domo sua*, la propia doctrina legal del Consejo de Estado que ha interpretado el art. 149.1.8ª a la luz de la DAP, subrayando que si este último precepto declara el respeto y protección que la Constitución dispensa a los derechos históricos en general de los territorios forales, ese respeto y amparo se especifica respecto de los derechos civiles forales, en cuanto derechos históricos, en el art. 149.1.8ª. Lo desconcertante es que esa doctrina la ha mantenido con respecto a legislación civil de desarrollo en Galicia y en Cataluña, pero no aparece en dictámenes relativos a legislación aragonesa y balear. La doctrina legal se expone ampliamente en el dictamen correspondiente al expediente 1537, aprobado el 27 de mayo de 1993, relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco. El dictamen invoca, entre los preceptos relacionados con el caso, la DAP y la Disposición adicional del

Estatuto de Autonomía, y alude al carácter preponderantemente histórico de los derechos forales, cuyo desarrollo autonómico se encuentra limitado no solo por la distribución competencial *ratione materiae* sino también por el respeto a la identidad histórica del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma. Y, en concreto, al analizar la determinación del ámbito territorial del Derecho Foral del País Vasco y la problemática derivada de la dualidad normativa, la común y la foral (aplicables, respectivamente, al “Infanzonado o Tierra Llana” y a la parte no aforada de las villas y la ciudad de Bilbao), considera el Consejo de Estado que la solución adoptada, esto es, la posibilidad de opción de los correspondientes municipios a favor de la aplicación del Fuero Civil en todo su término tiene su apoyo histórico en la Escritura de Unión y Concordia de 11 de septiembre de 1630, habiendo mantenido dicho criterio una prolongada vigencia temporal. En definitiva, el Consejo de Estado es de dictamen “que no existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno”. No obstante lo anterior, el dictamen de referencia también recoge, pese a la contradicción que supone con su tesis, el sentir jurisprudencial derivado de la STC 88/1993, que es contraria a la aplicabilidad de la DAP en esta materia.

Pero, además, es reseñable que la sentencia 88/1993 parece que hace operar a la historia indefinidamente en el tiempo, a través del reparto de competencias sobre legislación civil según la Constitución y los Estatutos de Autonomía (allí donde existan derechos civiles forales o especiales) en un sentido más intensivo y foralista que el que el mismo Tribunal Constitucional acepta para el juego de la DAP. Mientras la jurisprudencia ha dado un sentido “autonomista” a un precepto tan foralista e historicista como la DAP, sin embargo en la interpretación del art. 149.1.8ª parte de la garantía de la foralidad civil, bajo la premisa de colocar las competencias autonómicas bajo la dependencia indefinida de los datos históricos.

4. LA PRETENDIDA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN.

4.1. Proposición de ley del PAR (9 diciembre 2010)

Ya se ha efectuado con anterioridad el análisis de la disposición estatutaria referida a los derechos históricos de Aragón, que admite su actualización de acuerdo con lo que establece la DAP de la Constitución. Ahora se trata de examinar el siguiente paso, concretamente las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre tal materia y su resultado. Previamente, cabe recordar que el sentido jurídico de la actualización a que se refiere la DAP y el EAAR no

es preponderantemente su puesta al día o *aggiornamento*, su modernización, por lo que “no se trata ni de restablecer lo que, fuera o no, ya no es, ni de tratar de reconstruir el tracto históricamente interrumpido y dar a luz lo que pudiera haber sido” (Miguel Herrero). No se trata de una actualización cronológica, sino ontológica, transitando de la potencia al acto, haciendo efectivos y realizando unos principios potenciales que se derivan de la afirmación existencial de una identidad propia, por lo que la esencia de la actualización pasa por la profundización en el reconocimiento, interno y externo, de esa identidad. En fin, esa actualización debe transcurrir en el marco constitucional, de modo que los derechos históricos no sean factor de disgregación sino que, por el contrario, cimienten la integración en España como Nación, dando plena virtualidad al esquema incluido en el art. 2 de la Constitución.

En primer lugar, hay que citar la proposición de ley presentada por el Grupo parlamentario del Partido Aragonés, con fecha 9 de diciembre de 2010, sometida a debate y votación a efectos de su toma en consideración en sesiones celebradas los días 24 y 25 de febrero de 2011, habiendo obtenido 41 votos a favor y 24 en contra. La cercanía de esta fecha con la disolución de las Cortes y la celebración de elecciones autonómicas en el mes de mayo de 2011 hizo que la iniciativa legislativa caducara finalmente. El texto de la proposición partía del hecho de que Aragón “toma su historia como referencia para su desarrollo como Comunidad Autónoma y, concretamente, como comunidad histórica de base foral”, por legitimidad histórica y por disposición de su Estatuto de Autonomía. El objetivo de la actualización de los derechos históricos de Aragón es “afirmar y proteger la identidad aragonesa”, “decantando la esencia regulatoria de su identidad constitucional histórica, eliminando cualquier reminiscencia de un régimen señorial incompatible con nuestro actual sistema constitucional democrático”, con adaptación al nuevo entorno social..., según se expresaba en su exposición de motivos.

Tras la expresión de unos principios generales (definición de Aragón como nacionalidad histórica de origen foral, participación en la constitución de una España unida sin renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos actualizados de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución, definición conceptual descriptiva de los derechos históricos con expresión abstracta de su significado y alcance, enumeración de los instrumentos de actualización, vías para ostentar la condición política de aragoneses...), la proposición de ley se estructura en tres títulos:

- Uno dedicado a las instituciones históricas principales y más representativas de la forma de gobierno de Aragón (el Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes, la Diputación General y su Presidente, el Justicia, las demarcacio-

nes territoriales históricas...), regidas en su actuación, según se proclama, “por el principio de la supremacía del Derecho”.

- Otro, titulado “Aragón y su derecho”: el Derecho foral como denominación tradicional del Derecho aragonés; establecimiento de unos principios de interpretación del Derecho aragonés con fundamento en los antecedentes históricos y en el Estatuto; se propugna la recopilación por materias de toda la legislación aragonesa vigente, formando un único Cuerpo de Leyes Generales, que se acompañará del desarrollo de un Cuerpo de Reglamentos Generales de Aragón.
- Finalmente, un Título dedicado a “la cultura jurídica y política histórica de Aragón”, que se considera formando parte de su patrimonio inmaterial, con la máxima protección que dicha condición le proporciona, bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de Aragón; asimismo se dispone la creación de la Academia Aragonesa de la Historia.
- Las disposiciones finales de la proposición de ley, aparte de señalar la fecha de su entrada en vigor y el régimen de nombramiento de los primeros académicos de la Historia, establecen que su reforma o derogación exigirán el informe previo del Justicia en defensa y garantía de los derechos históricos del pueblo aragonés; por otra parte se encomienda a las Cortes, al Presidente de Aragón, al Justicia y al Gobierno el desarrollo de la actualización de los derechos históricos a través de sus respectivos poderes, así como su defensa.

4.2. Proposición de ley del PP-PAR (10 julio 2014)

La segunda de las iniciativas legislativas fue la proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón presentada por los grupos parlamentarios del Partido Popular y del Partido Aragonés con fecha 10 de julio de 2014, tomada en consideración, con 59 votos a favor y 4 abstenciones, en sesión plenaria celebrada el 2 de octubre de 2014. El texto de la proposición de ley presenta una notoria similitud con el presentado por el grupo del partido Aragonés en el año 2010.

En efecto, la exposición de motivos es idéntica, salvo dos modificaciones: una, de adición, por cuanto al final de su apartado V se incorpora un párrafo referido a la institución del Maestre Racional y sus funciones, de las que es heredera –se señala expresamente- la actual Cámara de Cuentas de Aragón; la otra, de supresión del apartado VIII de la exposición de motivos de la proposición

presentada en 2010 (en el que se expresaba la fecha simbólica de su entrada en vigor, coincidente con el 300 aniversario de la culminación en 1711 del proceso de reforma de los Reales Decretos de Nueva Planta de Aragón; y se contenía una alusión a la recuperación mediante dicha ley, y en el actual contexto constitucional y estatutario, de la dimensión normativa perdida de la identidad aragonesa).

Por lo que se refiere al texto articulado, es idéntica su estructura, dividida en cinco títulos (Principios generales, Instituciones tradicionales y principio de supremacía del Derecho, Aragón y su Derecho, y la cultura jurídica y política histórica de Aragón), incrementando el número de artículos de 20 a 23. Las únicas novedades del texto son las referencias a “las barras aragonesas”, a la Cámara de Cuentas, y a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Asimismo se incorpora una Disposición adicional única, declarando de interés general, a efectos expropiatorios, los bienes y archivos integrantes del patrimonio cultural e histórico del Reino de Aragón, así como los bienes artísticos que integran el patrimonio histórico-cultural de Aragón que hayan salido de su territorio sin un título válido de propiedad.

En la tramitación de la proposición de ley que nos ocupa se presentó una enmienda a la totalidad con texto alternativo por el grupo parlamentario Chunta Aragonesista, que fue rechazada en sesión plenaria de las Cortes celebrada el 27 de noviembre de 2014, que se pronunció con 8 votos a favor de la enmienda y 55 en contra.

Disueltas las Cortes con la convocatoria electoral de mayo de 2015, caducó la iniciativa legislativa presentada en julio de 2014. Ello justifica que no se profundice aquí y ahora en el análisis jurídico de dicha proposición de ley.

4.3. Proposición de ley de CHA (14 diciembre 2016). Ley 8/2018, de las Cortes de Aragón.

Y llegamos así a la última iniciativa, que, finalmente, se ha convertido en ley. Se trata de la proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón presentada, con fecha 14 de diciembre de 2016, por el portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en representación de Chunta Aragonesista, cuyo texto coincide exactamente con el de la enmienda a la totalidad con texto alternativo presentada en la legislatura anterior, salvo la desaparición de un artículo dedicado al himno de Aragón.

La proposición de ley fue tomada en consideración por el Pleno de las Cortes en sesión de fecha 15 de junio de 2017, con 41 votos a favor y 25 en contra. Tras

los trámites del Informe de la Ponencia (con fecha 15 de mayo de 2018) y del Dictamen de la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario (28 de mayo de 2018), la proposición de ley fue aprobada por el pleno de las Cortes en sesión celebrada el 28 de junio de 2018, con los votos a favor de los diputados pertenecientes a los grupos de Chunta Aragonesista, Partido Socialista, Podemos, Partido Aragonés e Izquierda Unida, y la oposición del Partido Popular y de Ciudadanos. El texto aprobado fue promulgado por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón como Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, publicada en el Boletín Oficial de Aragón correspondiente al día 10 de julio de 2018.

La mera lectura del Preámbulo, cuyas abundantes referencias históricas excluyo de mi consideración (Doctores tiene la Historia...), pone bien de manifiesto el espíritu que anida en la ley: "...es preciso dar un nuevo impulso al proceso de construcción de nuestro autogobierno, a fin de que Aragón, mediante la actualización de los derechos históricos de su pueblo, amparados y respetados por la Constitución, acceda al máximo nivel de autogobierno", "el objetivo de una ley de actualización de los derechos históricos es tratar de afirmar y proteger la identidad aragonesa", "actualización significa decantar la esencia regulatoria de esa identidad constitucional histórica de Aragón...", "también es adaptación de esa raíz regulatoria a un nuevo entorno social, receptivo y abierto a otras culturas, religiones y etnias...", "Aragón, mediante la presente ley, proclama su condición de territorio foral por legitimidad histórica y porque lo dispone su Estatuto de Autonomía...", "Aragón queda situado en el lugar que, como nacionalidad histórica, le corresponde por su pasado foral dentro del Estado español y la Unión Europea..."

Expresiones como las que acaban de citarse explicitan que la motivación y los objetivos pretendidos para la ley exceden de los límites de una ley autonómica ordinaria, situándose su significado más bien como la encarnadura de unos elementos que corresponden al contenido prototípico de la norma institucional básica de una Comunidad Autónoma, función que constitucionalmente corresponde al Estatuto de Autonomía, que forma parte integrante del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico español. En efecto, en el frontispicio de la Ley 8/2018, concretamente en su art. 1, apartado 2, se establece que la participación de Aragón "en el proceso histórico de construcción de España" no ha supuesto la renuncia a sus derechos históricos, lo que no es sino la reformulación del precepto contenido en la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, que señalaba más simple y directamente, y también con mayor acierto técnico-jurídico, que "la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia...", vinculación

más correcta dada la inserción de la adicional en el texto precisamente del propio Estatuto de Autonomía.

A continuación, el art. 1.2 de la Ley califica como legítima la actualización de esos derechos históricos “de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución y según se prevé en la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón”, lo que no deja duda sobre la cobertura constitucional que se pretende para la nueva norma legal. Llegados a este punto resulta forzoso recordar la doctrina jurisprudencial, partiendo de los fundamentales pronunciamientos contenidos en la STC 76/1988, que, como se ha examinado con anterioridad, identifica, con apoyo argumentativo en el propio texto de la DAP, al Estatuto de Autonomía “como el elemento más decisivo de actualización” de los regímenes forales, siendo posteriormente reiterada dicha doctrina. *Sensu contrario*, una ley ordinaria, como es el caso ahora contemplado, no sería el instrumento normativo idóneo para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos. Y esa conclusión resulta tanto más consistente cuando se repara en la peculiaridad del caso de Aragón, donde la única alusión estatutaria a sus derechos históricos eventuales se encuentra en una disposición adicional interpretativa de que el régimen estatutario de autonomía aprobado en la correspondiente ley orgánica no implica renuncia de los derechos que al pueblo aragonés le hubieran podido corresponder en virtud de su historia. *Ergo*, cualquier recuperación y actualización de tales derechos deberá ser acogida y sancionada en el Estatuto de Autonomía, dada su configuración constitucional como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, y ello tanto mediante el reconocimiento genérico de su régimen foral como a través de la determinación y especificación de su contenido fundamental. Como el vigente Estatuto de Autonomía no desempeña dicha función, resulta indispensable la interposición de una reforma estatutaria para incorporar el reconocimiento y la actualización de los derechos históricos, sin que tal objetivo pueda llevarse a cabo directamente a través de una ley ordinaria como la Ley 8/2018.

Por otra parte, el art. 1.1 de la Ley define Aragón como una nacionalidad histórica (calificación estatutariamente reconocida tras la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo por la L.O. 5/2007, de 20 de abril), “de naturaleza foral, cuya identidad jurídica, así como la voluntad colectiva de su pueblo de querer ser, se han mantenido de manera ininterrumpida desde su nacimiento”. Esta última expresión presenta el eco del Congreso pro Estatuto de Autonomía, celebrado en Caspe (1 a 3 de mayo de 1936), en el que se aprobaron entre otras bases, plasmadas de inmediato en un anteproyecto de Estatuto que ya no pudo tramitarse en las Cortes, la que afirmaba que “la personalidad de Aragón queda definida por el hecho histórico y la actualidad de querer ser”. Pero una cosa es

calificar a Aragón como “nacionalidad histórica”, en consonancia con la dicción del Estatuto tras su última reforma, pese a que dicha categorización no figura constitucionalmente reconocida, y otra muy distinta variar su denominación oficial, con alteración de la que recoge el EAAr (entre cuyo contenido debe figurar por mandato constitucional “la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica”: art. 147.2.a) de la Constitución), disponiendo el art. 1.3 de la Ley que todas las Administraciones públicas aragonesas deberán respetar dicha condición y utilizar en sus normas y documentos oficiales la denominación “Aragón, nacionalidad histórica”.

Por lo que se refiere a la calificación de “foral”, puede interpretarse como un signo para reforzar la aplicabilidad a Aragón de la DAP de la Constitución, que restringe su ámbito a los derechos históricos de los territorios forales, pero es obvio que lo decisivo para ello no es la denominación unilateralmente plasmada en una ley autonómica, eso no basta si dicha cualificación no responde a un sustrato real, a una esencia histórica y extranormativa que, si puede predicarse de Aragón, no obstante exigiría también previamente una plasmación o reconocimiento formal en el Estatuto de Autonomía, respetando el procedimiento de reforma del Estatuto y con la aprobación sucesiva de las Cortes de Aragón y de las Cortes Generales mediante ley orgánica. No obstante ello, hay que recordar una vez más que el propio texto de la Disposición Adicional Tercera del EAAr, al que ningún reparo opuso el legislador orgánico estatal, presupone la consideración de Aragón como territorio foral, ya que de no ser así carecería de sentido dicha disposición adicional, sin que quepa aquí refugiarse en la doctrina jurisprudencial (STC 31/2010), cuando artificiosamente crea una categoría de derechos históricos no identificable con los derechos históricos de los territorios forales recogidos en la DAP, ya que el propio EAAr establece la conexión directa entre los eventuales derechos históricos de Aragón y su posible actualización al amparo de la DAP.

El art. 2 de la Ley de actualización regula la titularidad y el contenido de los derechos históricos. Es un precepto cuestionable jurídicamente. De entrada, respetando la redacción de la Disposición Adicional Tercera EAAr, residencia los derechos históricos en el pueblo aragonés, del que, añade, “emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón”, contrariando por mutilación la expresión que figura en el art. 1.2 EAAr: “los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón emanan del pueblo aragonés y de la Constitución”. Seguidamente, el art. 2.2 de la Ley relaciona el contenido y efectos de tales derechos históricos, caracterizados por su heterogeneidad y en ocasiones falta de engarce histórico, pese a la recepción estatutaria de algunos de ellos: junto a la expresión de la voluntad del pueblo aragonés de mantener y reafirmar su identidad política, institucional

y jurídica (que es tanto como remitir al art. 1 EAAr: ejercicio de autogobierno de Aragón de acuerdo con el Estatuto, ostentando por su historia una identidad propia...), alude al reconocimiento de una posición singular en relación con el Derecho foral, la historia, la cultura, las lenguas..., coincidiendo así en buena medida con los mandatos de los arts. 2.3, 7 y 32 del Estatuto; de la garantía de una relación Aragón-Estado regida por los principios de autonomía, bilateralidad y lealtad institucional mutua (ya el art. 88 EAAr basa tales relaciones en los principios de lealtad institucional, coordinación y ayuda mutua y el art. 90 regula la Comisión Bilateral de Cooperación, mientras el art. 108 prevé un acuerdo bilateral económico-financiero a formalizar y revisar en la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros como órgano bilateral de relación...) pasa al derecho de Aragón a acceder al más alto grado de autogobierno y como mínimo el reconocido a cualquier otra nacionalidad, derecho insólito y de imposible exigibilidad jurídica; de la garantía de los derechos políticos y sociales de los aragoneses como expresión de los principios “tradicionales” de libertad, justicia social, igualdad, respeto a la diversidad y pacto, al fundamento del derecho de Aragón al autogobierno político y a la autonomía financiera...; finalmente, considera derecho histórico el respeto por los símbolos, nombres y denominaciones originales de las instituciones políticas y jurídicas del antiguo Reino de Aragón y su defensa frente a errores, deformaciones o manipulaciones de la historia o de la realidad..., debiendo repararse en que su primera parte se supone ya incorporado a la regulación estatutaria, mientras que la última no se identifica tanto como derecho histórico cuanto como defensa de los signos y manifestaciones de identidad histórica.

En definitiva, como fácilmente se aprecia, se ha optado por una consideración cerrada de distintas categorías de derechos históricos, desde la base de una abstracción que intenta extraer de la identidad del pasado histórico de Aragón unos conceptos esenciales, olvidando a veces que deben ser acordes con el modelo estructural de la vigente Constitución. Más que por una definición o enumeración, se ha optado por una caracterización de la quintaesencia de tales derechos, limitando en demasía el alcance de la nueva regulación, que se acomoda en un terreno “principal” y por lo tanto vacío de auténtico contenido normativo exigible jurídicamente.

El art. 3 de la ley 8/2018 contiene, en primer lugar, una deformación y desvirtuación de la Disposición Adicional Tercera EAAr, constituyendo una conculcación de su mandato estricto y una reconversión: se pasa de que la aceptación del régimen de autonomía ex Estatuto no implica renuncia a los derechos que le hubieran podido corresponder al pueblo aragonés en virtud de su historia, a que dicha aceptación suponga la necesidad de proteger, actualizar, poner en valor y desarrollar esos derechos, lo que viene a constituir *expressis verbis* el objeto de

dicha Ley. Y sobre esa inversión se construye el montaje estructural del nuevo texto legal.

A continuación fija los objetivos de la actualización (“impulsar y desarrollar los principios propios del Estado social y democrático de Derecho, así como el cumplimiento de los derechos y libertades de los aragoneses, y se llevará a cabo atendiendo a la realidad social, cultural, económica y política del momento actual”) y sus instrumentos (“mediante ley, actos y convenios, entre otros, en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía”). Se trata de una regulación sustancialmente superflua y reiterativa, que va de suyo, al existir otras normas específicas del ordenamiento jurídico que ya lo prescriben, empezando por la DAP de la Constitución y la Disposición Adicional Tercera del EAAr; carece de auténtico contenido innovador del ordenamiento jurídico, aludiendo a principios contenidos en la Constitución y en el Estatuto, de obligado acatamiento por ello, o a reglas de adaptación a la realidad del momento, implícitas asimismo en cualquier proceso de actualización. En cuanto a los instrumentos de la actualización, no tiene especial sentido limitarlos y restringirlos, especialmente cuando dicho régimen podría modificarse con posterior norma del mismo rango legal, y tiene escasa coherencia con el propio título de la ley, que es de actualización de los derechos históricos de Aragón, salvo que se entendiera que dicha actualización se defiere a momentos futuros.

Siguiendo con el análisis de las disposiciones generales de la Ley 8/2018, el art. 4 proclama que los derechos histórico del pueblo aragonés “son anteriores a la Constitución española y al Estatuto de Autonomía, que los amparan y respetan, así como a la legislación emanada de la Unión Europea...”, y “al no emanar de ellos, han de ser respetados por las reformas que puedan afectar a esas normas”, añadiendo que “los derechos históricos no prescriben por falta de uso, ejercicio o reclamación”. Esta caracterización de los derechos históricos aragoneses, dejando aparte su natural precedencia histórica desde un punto de vista cronológico, choca con la jurisprudencia constitucional, que, naturalmente, proclama el carácter de norma suprema de la Constitución, expresando, como hemos visto en su momento, que “la Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”, dado que “será de la Disposición adicional primera de la constitución y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez o vigencia”, debiendo además, por ello, ser objeto de actualización en el marco de la Constitución, con arreglo a los principios constitucionales, y del Estatuto de Autonomía. En definitiva, los derechos

históricos, allí donde existen derivan en la actualidad su relevancia constitucional del hecho de su asunción por la Constitución, “y, desde ella, fundamentan, en términos constitucionales, el sistema institucional y competencial instaurado con el Estatuto de Autonomía”. Y algo semejante cabe concluir respecto del derecho comunitario, en cuya aplicación priman los principios del efecto directo y de primacía de dicho derecho comunitario, habida cuenta de la cláusula de apertura a la integración europea contenida en el art. 93 de la Constitución.

Finalmente, dentro de este apartado, el art. 5 invoca, con arreglo a la tradición foral aragonesa, el pacto como base de la convivencia social y política y fundamento de los derechos históricos, refiriéndose, como manifestación de ello, en su apartado 2.b), a que las decisiones relevantes que afecten a Aragón (y así, las que afecten a competencias exclusivas de Aragón, a los derechos y libertades de los aragoneses y aquéllas a las que una norma autonómica con rango de ley otorgue dicho carácter) no podrán ser adoptadas unilateralmente por las instituciones del Estado o por entidades supraestatales, sino que deberán ser negociadas con los representantes de la Comunidad Autónoma a través de los órganos e instrumentos de relación bilateral instituidos al efecto, especialmente los previstos en el Estatuto de Autonomía. A este respecto no resulta necesario formular un discurso argumentativo de mayor calado para sospechar que la regulación de que se trata constituye un evidente exceso de una norma legal autonómica para regular aspectos que interfieren en el ejercicio de competencias propias de otras instancias de poder político, especialmente el Estado y las organizaciones internacionales o supranacionales.

Existen, por otra parte, determinados preceptos de la Ley 8/2018, cuya redacción supone una alteración de preceptos estatutarios, lo que constituye una modificación inadecuada e improcedente del propio Estatuto. Así, puede citarse el caso de los siguientes artículos:

- El art. 7, en cuanto atribuye la condición política de aragonés no sólo a los referidos en el art. 4 EAAR sino también a los ciudadanos españoles con vecindad civil aragonesa, aunque residan fuera de Aragón, siempre que lo soliciten de acuerdo con lo dispuesto en la ley, incurriendo en un exceso de las disposiciones estatutarias, con las contradicciones ínsitas entre la utilización de la vecindad administrativa (art. 4 EAAR: condición política de aragonés)) y la vecindad civil (art. 9.2 EAAR: eficacia personal del Derecho Foral de Aragón), sin que sea posible utilizar discrecionalmente uno u otro criterio a los efectos que se pretendan. Ciertamente, el art. 4.1.a) EAAR atribuye la condición política de aragonés a los ciudadanos españoles que...o cumplan los requisitos “que la legislación aplicable pueda

establecer”, pero ésta ha de ser la estatal porque en otro caso se producirían conflictos interautonómicos.

- El art. 9, que modifica ligeramente la redacción del art. 2 EAAr al definir el territorio de la Comunidad Autónoma.
- El art. 10.1, sobre la bandera de Aragón, alterando el art. 3 EAAr, al disponer que “podrá figurar en el centro el escudo de Aragón”, frente a la fórmula estatutaria, que es preceptiva (“figurará”). Igualmente es cuestionable el lugar preferente asignado a dicha bandera en el exterior de todos los edificios públicos civiles en el territorio de la Comunidad, que olvida la regulación estatal contenida en la Ley 39/1981, sobre uso de la bandera de España y de otras banderas y enseñas.
- El art. 11.1, sobre el escudo de Aragón, eliminando la descripción del art. 3 EAAr (“rematado por la corona correspondiente”).
- El art. 14 impone a la Diputación General de Aragón velar “por el uso preferente de las denominaciones históricas de las instituciones aragonesas de autogobierno”, entrando así en conflicto con las denominaciones oficiales según el Estatuto de Autonomía.
- También el art. 17, sobre “la Presidencia de Aragón” colisiona con la regulación estatutaria, entrando a regular materias que no guardan conexión material con los derechos históricos y respecto a las que debe prevalecer el Estatuto de Autonomía. Otro tanto cabe predicar de los arts. 18 y 19 de la Ley.
- El art. 26, sobre el Archivo de la Corona de Aragón, altera el texto de la Disposición Adicional Primera del Estatuto de Autonomía, pudiendo considerarse que, al menos en parte, invade la competencia estatal.
- El art. 32 establece como principios de interpretación del Derecho aragonés, con fundamento en los antecedentes históricos de Aragón y en el Estatuto, los siguientes: a) los títulos competenciales, en cuanto normas amparadas por un pacto, se interpretarán en el sentido más favorable a la autonomía de Aragón; b) las instituciones de Aragón evitarán aplicaciones literales de la norma que supongan fraude de Estatuto; y c) en la interpretación de las normas se tendrá en cuenta el sentido histórico de las palabras. No queda claro el marco estatutario en que pueda apoyarse este precepto, y, en cuanto al primero de los criterios interpretativos, su ajuste al marco constitucional. Además, en puridad, el segundo de los citados no es propiamente un criterio interpretativo sino un elemento en la aplicación

de las normas jurídicas, homologable al criterio aplicativo que se contiene en el Título preliminar del Código Civil al regular el fraude de ley en su art. 6.4. Y en cuanto al tercero de los criterios también resulta incompleto, al imponer el sentido histórico de las palabras en la labor interpretativa, elemento que, en todo caso, se utilizará, pero junto a los demás elementos interpretativos a que se refiere el art. 3 del Código Civil. En definitiva, todo ello conduce a concluir que el legislador aragonés ha desconocido que según el art. 149.1.8ª de la Constitución es competencia exclusiva estatal, en materia de legislación civil y sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, “en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas...”.

En fin, los capítulos IV y V de la Ley 8/2018, se refieren a otros aspectos relacionados con el patrimonio político e histórico de Aragón, y a Aragón y su Derecho, pero una vez expuestos los aspectos sustanciales que permiten cuestionar jurídicamente dicho texto legal y remitiendo a trabajos doctrinales más específicos sobre la materia (aparte de valoraciones efectuadas en colaboraciones periodísticas por expertos profesores universitarios, con la significativa y destacada intervención del profesor Fatás Cabeza, es reseñable la aportación, crítica desde el rigor jurídico, del profesor Ángel Garcés Sanagustín, que analiza la ley bajo el expresivo título “Derecho e Historia: del fuero al contrafuero”), no me parece oportuno extender más estas consideraciones, abusando de su paciencia. Lo mismo puede decirse respecto de las Disposiciones adicionales y finales, aunque alguna de ellas produzca perplejidad, como la solicitud de la derogación de los decretos de abolición foral o la entrada en vigor de la ley en fecha anterior a la de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.

En el momento de la redacción de esta intervención, diputados integrantes del Grupo parlamentario Popular en el Congreso han procedido a recurrir la Ley 8/2018 ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado ha acordado iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con dicha Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón, designando un grupo de trabajo para proponer a la Comisión la solución que proceda, y comunicar el acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos contemplados en el art. 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (alargamiento hasta nueve meses del plazo de interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad). Finalmente, ante la falta de acuerdo en el ámbito de la indicada Comisión Bilateral, el Consejo de Ministros, ha aprobado, mediante acuerdo adoptado en su reunión del día 8 de febrero de 2019, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de los arts. 1.1; 1.2; 2.1;

2.2 apdos. d) y e) (en el último caso exclusivamente respecto de la mención al “pacto”); 3; 4; 5.1; 5.2.b); 7.1.c); 9; 10.1; 13; 14 a 22; 25; 26.1, 2 y 3; 27; 32.a); 33.5; disposición adicional segunda, disposición adicional tercera y disposición final tercera de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Lo anterior significa que el Tribunal Constitucional acabará pronunciándose sobre la constitucionalidad de la Ley 8/2018, y, de paso, sobre la de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, siquiera sea bajo el formato de una interpretación conforme a la Constitución, lo que puede considerarse como una secuela perjudicial derivada de la promulgación de dicha Ley, ya que hasta el momento presente no existía ningún pronunciamiento jurisdiccional del Alto Tribunal sobre la referida disposición adicional.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL

Como conclusión del presente trabajo, pueden resumirse algunas ideas básicas. La primera versa sobre la realidad jurídico-constitucional de los derechos históricos, reconocida en la DAP de la Constitución, aunque formulada con notable vaguedad sobre sus sujetos titulares y el perfil de su contenido y efectos. La parquedad expresiva de la Constitución ha tenido que ser completada e interpretada por el Tribunal Constitucional, que ha establecido, no sin contradicciones, una serie de principios a través de una senda evolutiva, en la que el objeto de la controversia jurisdiccional siempre ha tenido que ver con posicionamientos relativos a la Comunidad Autónoma del País Vasco, a sus Territorios Históricos o a la Comunidad Foral de Navarra. Posteriormente, el Tribunal se pronunció sobre el juego de los derechos históricos en el reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña, con una sentencia de interpretación conforme con la Constitución, que deja sin responder diversos interrogantes y sin razonar suficientemente su conclusión de que tales derechos históricos nada tienen que ver con los que son “materia prima” de la DAP.

En segundo lugar, esta intervención ha tenido por objeto examinar la posición de Aragón en el tema de los derechos históricos, con el análisis del fundamento y el significado de la Disposición Adicional Quinta (posteriormente, la Tercera) de su Estatuto de Autonomía. El contenido y la trascendencia jurídica de dicha disposición han sido, en términos generales, devaluados o desdeñados por la doctrina científica que se ha ocupado de la misma, a la que he intentado contrarrestar de un modo razonado. Y a este respecto se ha realizado un esfuerzo para encontrar su fuerza jurídica y su anclaje en el edificio constitucional, aun

reconociendo que la jurisprudencia constitucional se viene cerrando en esta materia a cualquier posibilidad de reconocer el carácter de territorio foral a los que no contaran con dicha calificación tras los Decretos de Nueva Planta del Rey Felipe V. Es cierto que, parafraseando al Presidente del Tribunal Supremo norteamericano Charles Evans Hughes, “el título VIII de la Constitución, y toda ella en suma, es lo que el Tribunal Constitucional dice que es”, pero es igualmente cierto que en un futuro la jurisprudencia constitucional puede mutar en atención a las circunstancias concurrentes.

En este sentido, cabría aquí formular algunos interrogantes. ¿Por qué el Tribunal Constitucional establece un determinado encuadramiento temporal a la hora de definir los derechos históricos de los territorios forales? ¿Cuál es el canon constitucional utilizado para llegar a esa conclusión por parte de una jurisprudencia relativamente temprana, sin duda influida por los trabajos doctrinales preparatorios de la Ley de Territorios Históricos? Y, si no existe ese canon, ¿cabe que en algún momento pudiera modificarse el límite jurisdiccionalmente señalado por el supremo intérprete constitucional? ¿Puede deducirse del texto constitucional que exista un momento determinado para acotar la consideración de un territorio como foral? ¿Es que Aragón no puede ser considerado como territorio foral? ¿No hubo históricamente en Aragón un régimen foral completo, público y privado, más antiguo, general, reconocible, consolidado y menos subordinado que el de las provincias vascongadas? ¿Acaso puede el Tribunal Constitucional legislar a través de sus sentencias, al modo de la interpretación de Carl Schmitt? Y, en concreto, hacerlo además en el plano normativo del bloque de la constitucionalidad, especialmente en relación con los denominados “compromisos dilatorios”? ¿No resulta sorprendente que en ninguna de sus sentencias sobre el asunto el Tribunal haya detenido su atención en el tenor de la Disposición Adicional Tercera EAAR?

En tercer lugar, defendiendo la reserva de la potencialidad de los derechos históricos contenida en la reiteradamente citada disposición adicional, cualquier actualización de tales derechos históricos ha de ceñirse a los principios rectores dispuestos en la DAP de la Constitución, a la que remite la adicional estatutaria. Pues bien, la pretendida actualización llevada a cabo a través de la Ley 8/2018, de las Cortes de Aragón, no cumple con los parámetros mínimos exigibles a dicha delicada labor jurídica. De nuevo aquí, es prioritaria y decisiva la invocación de la jurisprudencia constitucional, que ya desde la temprana STC 76/1988, identifica, con apoyo en el propio texto de la DAP, al Estatuto de Autonomía como “el elemento más decisivo de actualización de los regímenes forales”. Y la Ley 8/2018 ha querido utilizar un atajo para alcanzar el fin pretendido, lo que por sí solo permite cuestionar su constitucionalidad, al resultar inexcusable una reforma estatutaria para ello. Pero hay más, en el articulado de la Ley florecen preceptos

que mediatizan mandatos de la propia Constitución y que, por otra parte, introducen alteraciones en normas del propio Estatuto de Autonomía, en perjuicio de su validez jurídica. Finalmente, la Ley, en su conglomerado pretendidamente regulador de aspectos muy diversos y variados, presenta también, quizás por la suma de todas las razones apuntadas con anterioridad, una factura técnica defectuosa, olvidando con ello que una norma jurídica, y más si se trata de una norma trascendental en atención a los valores cuya consecución se propugna, debe tener un nivel de precisión y perfección, no solo lógica sino también lingüísticamente, en su formulación como norma aislada y en su función como pieza del conjunto normativo en el que se integra.

Por último, cabe expresar que el juego que pueda dar en el futuro la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, reconocida su constitucionalidad y fuerza normativa, y actuadas en su caso las potencialidades que encierra, conforme a la Constitución y al propio Estatuto, no es inseparable, en último término, de las vicisitudes que, en hipótesis, pueden afectar a la organización territorial de España, incluso a través de una eventual reforma de la Constitución (en clave de profundización federal, como técnica de reequilibrio entre unidad y autonomía...?), en la que deberá respetarse la identidad propia de Aragón, parte constitutiva y constituyente de España.

Por lo demás, como ha dicho el Rey Felipe VI, en acto institucional con ocasión del 40 aniversario de la Constitución: “Una vocación integradora (la de la Constitución) que no supone uniformidad, ni significa olvidar o suprimir la diversidad territorial, ni negar la pluralidad, sino asumir y reconocer a todas ellas en una realidad nacional común en la que caben diferentes modos de pensar, de comprender y de sentir. Una España, en fin, que es de todos, construida por todos, y sentida y compartida por todos”. En definitiva, ello significa conjugar el respeto a la existencia de una nación común y a la diversidad que la conforma y enriquece.

He dicho.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A CARGO DEL

Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno

Compañeros académicos,

Señoras y señores.

Me resulta muy grato asumir la tarea de contestar, en nombre de la corporación, el discurso de ingreso de Don Juan Antonio García Toledo y con ello darle la bienvenida como nuevo académico de número.

Quisiera comenzar mis palabras resaltando el honor que supone para mí intervenir en este acto y lo feliz que me siento cumpliendo el encargo que se me ha confiado.

Mi relación con Juan Antonio García Toledo se remonta a muchos años atrás y puedo dar fiel testimonio de su gran calidad humana y profesional y de los muchos merecimientos que adornan su persona.

Trabajador infatigable, cordialísimo y elegante en el trato, tuve la inmensa suerte de compartir con él momentos inolvidables y muchos proyectos e ilusiones en la etapa precursora de la autonomía aragonesa. Entonces lo descubrí como jurista: escuchaba con atención, preguntaba con curiosidad, respondía juiciosamente y guardaba silencio con discreción cuando había que hacerlo, con la conciencia de que la verdadera meta que se debe pretender en la vida es la de tratar siempre de ayudar a los demás y la de conocerse mejor a uno mismo.

Con el transcurso de los años he podido confirmar aquellas primeras impresiones: Juan Antonio García Toledo ha hecho gala en cada circunstancia de su vida profesional, tanto en la labor desarrollada en las instituciones públicas como en la empresa privada, de una insobornable vocación de entrega, dedicación y servicio. Todo ello envuelto en su amor e interés por Aragón y Zaragoza, la ciudad que le vio nacer un 17 de diciembre de 1950.

Y he de decir que en esta brillante y ya larga trayectoria ha contado siempre con el inestimable apoyo de Marimí, su mujer, aquí presente, quien le ha proporcionado el valor de lo auténtico y el gran regalo de la serenidad, la simpatía y el ánimo constantes. Sería injusto no subrayarlo públicamente.

La tradición académica exige que mis palabras de contestación se ajusten a un esquema expositivo diferenciado. En la primera parte, debe hacerse una breve sinopsis de la biografía y méritos del beneficiario. En la segunda, una glosa, igualmente breve, de la entraña de su discurso.

La envergadura intelectual de Juan Antonio García Toledo es incuestionable. Tras cursar el Bachillerato en el Colegio del Salvador, de los P. P. Jesuitas, realizó los estudios de Derecho en la Universidad de Zaragoza, licenciándose, con Premio Extraordinario, en el año 1972. Por su expediente universitario recibió el Premio Nacional D. José Calvo Sotelo y los Premios de la Academia General Militar y del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

En junio de 1976, a los 25 años de edad, ingresó por oposición en el Cuerpo de Abogados del Estado, siendo destinado a la Delegación de Hacienda y Tribunales de Lérida, en cuya Facultad de Derecho fue Profesor Encargado de la asignatura de Derecho Civil durante los cursos académicos 1978 a 1982, ambos inclusive.

En enero de 1982 se incorpora, en comisión de servicio, a la Diputación General de Aragón, siendo nombrado Jefe de la Asesoría Jurídica (desde 1987, Director General de los Servicios Jurídicos), con participación activa en la organización de la Comunidad Autónoma y colaborando en los pasos iniciales de las Cortes de Aragón como primer Letrado Mayor en funciones.

Como Director General de los Servicios Jurídicos, intervino en asuntos relacionados con la preparación de proyectos de ley sobre materias institucionales y de régimen administrativo, la estructura de la Administración Autonómica y la defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma ante diversas instancias jurisdiccionales, especialmente el Tribunal Constitucional (en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia).

Fue, asimismo, miembro de la Comisión Mixta de Transferencias de la Administración General del Estado a la Diputación General de Aragón y Secretario de la Comisión Asesora sobre el Derecho Civil Aragonés, creada por Decreto 24/1984, que trabajó principalmente sobre el anteproyecto de ley de adopción e integración de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en el ordenamiento jurídico aragonés.

En marzo de 1990 solicita la excedencia voluntaria como Abogado del Estado, incorporándose de inmediato a la Caja de Ahorros de la Inmaculada, entidad en la que ha desempeñado la Dirección del Servicio Jurídico, habiendo sido nombrado sucesivamente Subdirector (1992), Subdirector General (2006) y Director General Adjunto (2008), hasta su prejubilación en noviembre de 2011.

Desde su constitución, hasta diciembre de 2012 fue Secretario del Consejo de Administración del Banco Grupo Cajatres, S. A.

Particular significación merece su nombramiento como Presidente de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, desde enero de 1996, siendo reelegido en 1999, en 2002 y en 2005. Tras la aprobación de la Ley 1/2009, del Consejo Consultivo de Aragón (en sustitución de la Comisión Jurídica Asesora), fue nombrado Presidente del mismo, puesto ejercido hasta el mes de julio de 2013.

Entre sus publicaciones cabe destacar “El Delegado del Gobierno”, en las actas de las I Jornadas sobre Administración Autonómica (Diputación General de Aragón, 1982), “La Administración Consultiva. Especial referencia a la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón”, en la obra colectiva *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas* (El Justicia de Aragón, 2001) y “Semblanza de D. José Lorente Sanz”, en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2002). Además, su participación en el equipo redactor del Libro Blanco sobre las repercusiones en Aragón de la integración de España en la Comunidad Económica Europea (Diputación General de Aragón, 1985).

Ha desempeñado el cargo de consejero o secretario de diversas sociedades mercantiles y pronunciado innumerables conferencias sobre temas relacionados principalmente con el Derecho Civil Aragonés, el Derecho Administrativo y el Derecho de las Comunidades Autónomas.

Después de la lectura de tan espléndido *cursus honorum*, comprenderán ustedes que nadie mejor que Don Juan Antonio García Toledo para abordar un asunto tan complejo y controvertido como es el de los derechos históricos y su específica relación con la Constitución española y nuestra tierra aragonesa.

No es fácil precisar la naturaleza de estos “*Derechos Históricos*” reconocidos y amparados por la Constitución, determinar su significado o concretar su marcado carácter identitario y hay que admitir que los esfuerzos realizados hasta ahora por los exégetas del texto constitucional para lograr tales propósitos han dado escasos resultados.

Digamos, como punto de partida, que las constituciones políticas resultan incomprensibles si ignoramos la realidad en la que están insertas. Esta realidad opera como contrapunto de la fría normatividad y se compone de principios, valores y referencias sobre la libertad, la igualdad, la dignidad de las personas, la seguridad jurídica y el pluralismo político, se inspira en planteamientos culturales e ideológicos y en concepciones del mundo y de la existencia, en postulados

socioeconómicos y, en el caso de la Constitución española de 1978, recibe el influjo historicista, como se evidencia en el Título II que regula la Corona y, muy especialmente, en su Disposición Adicional Primera, que “*ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*”, precisando que su actualización habrá de llevarse a cabo “*en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*”.

La apreciación de las fuentes estimativas extralegales en la doctrina del método jurídico tiene en el estudio de “*Derechos Históricos*” un paradigma incuestionable. La polémica entre el formalismo y el antiformalismo del Derecho, -que tuvo su apogeo en la década de los sesenta del pasado siglo-, subyace en cuantos juristas se han aproximado a dicho estudio.

La consecuencia de identificar la juridicidad con la positividad ha supuesto muchas veces la reducción del horizonte mental del jurista a un conjunto de enunciados meramente normativos, asumiendo un cierto fetichismo legal, a tenor del cual la tarea del estudioso, investigador o aplicador del Derecho comienza y termina en la letra impresa de las normas y las leyes.

Como antídoto a este riesgo, cabe apelar a la valiosa contribución que ofrecen los valores éticos y las enseñanzas filosóficas, históricas, psicológicas, sociológicas y económicas correctamente impartidas y enfocadas para, de este modo, insertar el Derecho en el entorno del que nace y para el que nace. Esta superación de la idea del Derecho como un cuerpo de reglas dotado de autonomía, plenitud y sistematicidad, autosuficiente respecto del sistema social, es la tarea que recorre toda la producción científica de dos grandes juristas alemanes: Rudolf Smend (1882-1975) y su discípulo Peter Häberle (1934).

Los planteamientos de estos dos doctrinarios sobre la dimensión simbólico-material del Estado constitucional y las constituciones europeas como fuente de consenso emocional, a través de los símbolos, banderas e himnos nacionales, lengua, ceremonias oficiales, el territorio y referencias históricas diversas, han tenido un insoslayable ascendente sobre la doctrina española.

Para Smend, el Estado contemporáneo no es simplemente una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, “*cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos*”, tal y como postulan los partidarios de un concepto jurídico del Estado puramente normativo. Si queremos que el Estado despliegue con eficacia sus cometidos -nos dice- no puede desvincularse del conjunto de valores que son interiorizados y compartidos por los ciudadanos, que tienen su correspondencia en los símbolos estatales que materializan el contenido axiológico del Estado, y hacen sencillo

su conocimiento, y también con determinadas invocaciones religiosas, culturales e históricas que suelen plasmarse en los preámbulos de algunas constituciones. Como ha precisado Pablo Lucas Verdú, la teoría de la integración de Smend “*sirve para amortiguar la administrativización del Derecho constitucional*”.

Häberle, por su parte, señala cómo dentro de los textos constitucionales resulta posible reconocer aspectos que tienen que ver con esa vertiente del ser humano como ser racional en la que se apoya el Estado constitucional: sin ir más lejos, el principio de separación de poderes, los derechos fundamentales como derechos de los demás o la creación y garantía del Derecho Constitucional y del Estado de Derecho. Pero, al mismo tiempo, no faltan en las constituciones esos otros elementos que “*tocan a la estructura emocional que también tienen los seres humanos*”, y que “*pueden clasificarse como cláusulas de reconocimiento, simbólicas y de valores fundamentales*”.

Por consiguiente, entre los preceptos llamados a captar la condición humana desde el lado de los sentimientos y fidelidades hemos de incluir los artículos de las constituciones relativos a las monarquías, el idioma, la bandera y otros símbolos políticos y, en el caso español, su Disposición Adicional Primera que da carta de naturaleza a los derechos históricos de los territorios forales.

En este contexto, y teniendo en cuenta que, como exponen Smend y Häberle, las normas constitucionales requieren una interpretación en clave cultural, espiritual e integradora, Juan Antonio García Toledo nos ha ofrecido en su discurso una apretada y equilibrada síntesis de la génesis, ámbito y alcance de tal Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978, abordando tres aspectos: el significado que le atribuyen algunos de los tratadistas y estudiosos más relevantes en la materia, la inestable jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal Constitucional y la posición de Aragón con respecto a la misma, puesta a su vez en relación con la Disposición Adicional Tercera de su Estatuto de Autonomía.

Entre los juristas españoles existen, resumidamente, tres posicionamientos respecto a los “*Derechos históricos*” reconocidos por la Constitución. Una abiertamente crítica, que incluso sugiere la inconstitucionalidad de la propia Disposición Adicional Primera, enfrentando la *legitimidad democrática o racional* a la *legitimidad histórica*, de modo que los derechos históricos serían una categoría incompatible con el orden material de valores que la Constitución reconoce. Otra centrada o moderada, liderada por Miguel Herrero de Miñón, que sostiene que los derechos históricos son derechos previos a la armazón constitucional pero cuyo desarrollo debe hacerse en todo caso en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en conexión con el artículo 149.1.8 de la propia Carta Magna, que trata de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos

civiles, forales o especiales por aquellas comunidades autónomas donde existan. Y una tercera expansiva o maximalista, vinculada a las ideologías nacionalistas, vasca y catalana principalmente, cuyos promotores tratan de consolidar la idea de que las autonomías vasca, navarra y catalana tienen un fundamento distinto a las demás, por encima del poder constituyente esto es, diferente a la voluntad y soberanía del pueblo español.

García Toledo se muestra más próximo a la posición intermedia y nos recuerda cómo uno de los más destacados esfuerzos dogmáticos para desentrañar la noción de “*Derechos históricos*” se debe, precisamente, a Miguel Herrero de Miñón.

Herrero ha dedicado reflexiones muy perspicaces a la foralidad en el Estado constitucional, a los derechos forales como signos identificatorios de determinadas Comunidades Autónomas y a la recuperación de una plenitud foral debidamente actualizada. Su tesis es que los “*Derechos históricos*” remiten a una identidad política, anterior a la propia Constitución, no a un haber competencial. De ello no debe, sin embargo, desprenderse que la fuerza de obligar de tales derechos derive de una coyuntura puramente histórica; bien al contrario, la legitimidad de esos derechos dimanaría de la propia norma suprema que los ampara y reconoce.

Ahora bien, la Disposición adicional primera se refiere a los “*Derechos históricos*” de los territorios forales, pero no los relaciona nominalmente. Tampoco establece límite temporal alguno para la consideración de la foralidad, aunque es forzoso reconocer que entre las posiciones doctrinales que se han ocupado del asunto son muy mayoritarias las que limitan su ámbito a las tres provincias vascas y a Navarra.

En cualquier caso, tras escuchar los abundantes y dispares testimonios de los tratadistas y exégetas de la Constitución sobre los Derechos históricos y sus diferentes tomas de postura, -que García Toledo ha resumido admirablemente-, podemos llegar a dos conclusiones. Primera, que los “*Derechos Históricos*” no tienen sencillo acomodo en una concepción lógico-racional-normativa de nuestra Carta Magna. Segunda, que para medir el verdadero alcance de esta cláusula constitucional no nos queda más remedio que elevar nuestra mirada hacia el Tribunal Constitucional para que, como intérprete supremo de la Constitución, nos arroje un poco de luz sobre el asunto.

García Toledo ha examinado con minuciosidad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que puede considerarse insuficiente y, en algunos aspectos, contradictoria.

Así, en su sentencia 11/1984, el juez de la Constitución, tras apuntar que las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, son necesariamente distintas, señalaba que: *“Los territorios forales son titulares de “derechos Históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de los dispuesto por la Disposición Adicional primera de la Constitución”*. Y de ello el Tribunal Constitucional concluye que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos, mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía.

En su sentencia 123/1984, el Tribunal matiza su doctrina, pues si en la anterior sentencia se inclinaba por la tesis de que los derechos históricos pueden derivar unas determinadas competencias cuya concreción exige de una específica investigación histórica, ahora el alto tribunal es rotundo al significar que la idea de *“Derechos históricos”* de las comunidades y territorios forales no puede considerarse como un título autónomo del que puedan invocarse competencias específicas.

Por su parte, en la sentencia 76/1988, dictada en el recurso de inconstitucionalidad presentado frente a determinados artículos de la Ley 27/1983, del Parlamento Vasco, de Territorios Históricos, el Alto Tribunal dejó claro que no es la Historia sino el Poder Constituyente el que otorga vigencia a los mencionados derechos: *«La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones ‘históricas’ anteriores»*.

El siguiente paso de la evolución jurisprudencial viene significado por la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, que reconoce la especificidad jurídica de la Disposición Adicional, en cuanto atributiva a los regímenes forales de un contenido sustantivo, con un plus competencial respecto del régimen general, de modo que los *“Derechos históricos”* constituyen un título de suficiente potencia y virtualidad jurídicas como para desplazar la aplicación, en un ámbito territorial foral, de normas estatales de carácter básico. Pero en su sentencia 140/1990 el Tribunal Constitucional retornó a su primera jurisprudencia, entendiendo de nuevo que el concepto de *“Derecho histórico”* apela a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la institución foral y reconocido por el Estado.

El Tribunal afirma, por tanto, que el fundamento de la validez de los derechos históricos reside en la propia Adicional Primera y no en su legitimidad histórica pero, como Juan Antonio García Toledo ha subrayado con agudeza en su intervención, el constituyente no estaba obligado a reconocer la categoría de “*Derechos históricos*” y, puesto que sí lo hizo, tales derechos históricos se fundamentan también en la legitimidad democrática de la Constitución. De este modo, el Tribunal Constitucional reconoce, por una parte, la vigencia del principio de legitimidad histórica en el marco constitucional y, por otra, la supremacía normativa de la Constitución, con lo cual el dilema de fondo sigue sin resolverse del todo.

Tras toda esta titubeante jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a los derechos históricos de los territorios forales de la Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra, García Toledo presta atención también a la sentencia 31/2010 de 28 de junio que dictó el Tribunal Constitucional en relación con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que examina la ecuación Cataluña-derechos históricos y que niega la virtualidad de los derechos históricos para ser considerados como fundamento del Estatuto, cualificación que solo corresponde a la Constitución.

En definitiva, las líneas básicas del tratamiento de los “*Derechos históricos*” en la Constitución, según el parecer del Tribunal Constitucional, podrían reconducirse a dos: la conceptualización de la Disposición Adicional Primera como cláusula de garantía constitucional del régimen foral propio de cada territorio histórico y el carácter preferente de los Estatutos de Autonomía como herramientas para la actualización de los regímenes forales, regímenes que obtienen su fuerza jurídica de la Constitución y no directamente de su legitimidad histórica.

Cabe advertir que el Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado, ni siquiera *obiter dicta*, sobre el caso de Aragón, asunto al que García Toledo dedica la tercera parte de su discurso y, siendo este en su conjunto muy meritorio, nos parece que constituye su aportación más valiosa, teniendo en cuenta que el nuevo académico ha tenido el valor de adentrarse por caminos hasta ahora prácticamente inexplorados por la doctrina.

Lo primero que destaca García Toledo es que, aun admitiendo, como ya se ha dicho, que el constituyente pensara que los titulares de los derechos históricos amparados por la Constitución eran únicamente las Provincias Vascas y Navarra, nada impide que la categoría conceptual “Derechos históricos de los territorios forales” pueda ampliarse a otros espacios geográficos que pudieran compartir su caracterización.

Sobre esta premisa, García Toledo pone en valor el tenor de la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón, -aprobado por Ley Orgá-

nica 8/1982, de 10 de agosto, luego Disposición Adicional Tercera en el texto resultante de la reforma del Estatuto llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre-, destacando que nos encontramos ante una verdadera norma jurídica, que contiene un mandato preceptivo, directo y vinculante, no meramente simbólico, y que su incorporación a la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Aragón implica, sin duda alguna, la consideración de Aragón como territorio foral.

En efecto, siempre que se ha utilizado la expresión “*foral*” para contraponer un régimen especial a otro general se ha incluido de un modo natural y pacífico a Aragón. Los juristas más acreditados, historiadores o civilistas, han subrayado desde tiempos remotos las singularidades de las instituciones regnícolas. En nuestros días, los profesores José Antonio Escudero y Jesús Delgado Echeverría, han dejado escritas reflexiones muy atinadas sobre el impacto de los Decretos de Nueva Planta y la formación y desarrollo del Derecho civil aragonés.

Además, Juan Antonio García Toledo enfatiza el acierto de que la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Aragón anude la actualización de los derechos que al pueblo aragonés “*le hubieran podido corresponder en virtud de su historia*” a la Disposición Adicional Primera de la Constitución y sostiene, a mi juicio de manera muy razonada, que los “*Derechos históricos*” de esta Disposición y los “*Derechos civiles forales o especiales*” a los que se refiere el art. 149.1.8ª de la Constitución son manifestaciones de un mismo fenómeno, el de penetración de la historia en el texto constitucional.

Se distancia en este punto de Herrero de Miñón, que considera que los derechos civiles forales son derechos históricos únicamente en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica (y así la foralidad civil en Aragón será foralidad pero no derecho histórico), conclusión muy forzada, difícilmente asumible.

En el tramo final de su discurso Juan Antonio García Toledo ha escudriñado con ojo crítico las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre la cuestión que estamos examinando, en particular la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Nuestro ponente de esta tarde llega a unas muy importantes conclusiones que, se esté en acuerdo o desacuerdo con ellas, bien merecen la atención de nuestros políticos y gobernantes. La Ley 8/2018 no es el instrumento normativo idóneo -nos dice- para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos aragoneses. O dicho de otro modo, resultaría indispensable el impulso de una reforma estatutaria para incorporar el reconocimiento y la actualización de los derechos

históricos, sin que tal objetivo pueda llevarse a cabo directamente a través de una ley ordinaria como la Ley 8/2018.

Tras un detenido análisis de su preámbulo y articulado, García Toledo llega al convencimiento de que la caracterización de los derechos históricos aragoneses que hace la Ley colisiona con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha reseñado, con la legalidad ordinaria, como es el artículo que dispone la exhibición de la bandera de Aragón con carácter preferente, o con determinados preceptos estatutarios, lo que constituye una alteración improcedente del propio Estatuto aragonés. La noción de sentimiento jurídico, con ser relevante, no podemos exagerarla sin correr el riesgo de quebrantar el principio de seguridad jurídica.

Como es sabido, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ha recurrido la Ley 8/2018 ante el Tribunal Constitucional y, con posterioridad, el Gobierno de España ha acordado asimismo la interposición de recurso de inconstitucionalidad en relación con gran parte del contenido del referido texto legal, lo que significa que el intérprete supremo de la Carta Magna acabará pronunciándose sobre su constitucionalidad y, casi seguro, sobre la de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón. No hay mal que por bien no venga y confiamos que de este modo se ponga fin a la actual sensación de incertidumbre que sobrevuela sobre algunos aspectos de la foralidad aragonesa.

La foralidad ha ofrecido históricamente una gran elasticidad para reconstruir grandes espacios en los que poder entablar cómodamente relaciones humanas y jurídicas, coexistiendo, sin escollos insalvables, con la frecuente cerrazón de las estructuras estatales. Como muy bien señala Juan Antonio García Toledo, para que los derechos históricos desempeñen el juego constitucionalmente previsto, es necesario un proceso de actualización que sintonice bien con la naturaleza de la foralidad, caracterizada por las notas de flexibilidad y adaptación a las circunstancias cambiantes de cada tiempo, viviendo sucesivas transformaciones de sus instituciones, de sus competencias y de sus diversos regímenes políticos y administrativos.

Sin embargo, no puede ignorarse que el historicismo ha sido reforzado en algunos Estatutos de Autonomía con cláusulas de dudoso encaje constitucional. No han faltado tampoco ocasiones para la instrumentalización política del Derecho Civil como elemento identitario. Y la apelación a los “*Derechos históricos*” no debiera ser excusa para reclamar o exigir nuevas y continuas «actualizaciones» que permitan en cada nueva legislatura alejar la «foralidad» del régimen autonómico general. Constitucionalismo y foralidad, normatividad e historicidad, son realidades que pueden y deben conciliarse.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

Las razonables y ponderadas propuestas de Juan Antonio García Toledo nos dejan, al menos a mí me lo parece, bastante confortados. Su discurso constituye una auténtica guía de orientación para conducir las legítimas aspiraciones “foralistas” de los aragoneses por senderos transitables en los que prime el sentido común, el respeto a nuestra historia y la lealtad constitucional.

En nombre de la corporación, doy mi más sincera enhorabuena al nuevo académico, en la certeza de que seguirá aportándonos en el futuro trabajos tan sugerentes y meritorios como el que hemos tenido el placer de escuchar esta tarde.

