

LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES: DE LA NEGACIÓN AL RECONOCIMIENTO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: SU SIGNIFICACIÓN JURÍDICA: 1. *La constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales: su valor jurídico y constitucional.* 2. *El significado de la disposición adicional primera: respeto y actualización del régimen foral:* 2.1. La concepción integral de la adicional primera. 2.2. La garantía constitucional comprende el contenido sustantivo o material de la foralidad. 2.3. La actualización foral: el sentido «principal» del marco constitucional y estatutario. 2.4. El «plus» competencial de la foralidad. 3. *La actualización del régimen foral de Navarra en la LORAFNA.*—III. UNA DOCTRINA INSUFICIENTE Y CONTRADICTORIA: LA REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS AL RÉGIMEN COMÚN AUTÓNOMICO: 1. *La infravaloración de los derechos históricos.* 2. *La negación de los derechos históricos como título competencial autónomo.* 3. *La sujeción estricta de los derechos históricos al Título VIII de la Constitución.*—IV. UN AVANCE EN LA COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL: 1. *La STC 76/1988 sobre los derechos históricos vascos:* 1.1. La caracterización dinámica de la foralidad. 1.2. El significado del marco constitucional y estatutario de la actualización foral. 1.3. Los derechos históricos de la disposición adicional primera de la CE como garantía institucional. 2. *La STC 86/1988 sobre el régimen foral de Navarra.*—V. HACIA LA EFECTIVIDAD SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS: 1. *El reconocimiento efectivo del elemento competencial de la foralidad en su dimensión actualizada.* 2. *La STC 214/1989: el respeto de la garantía constitucional de la foralidad por la legislación básica estatal.* 3. *La STC 140/1990: el «plus» competencial del régimen foral:* 3.1. Los términos en que se plantea la cuestión: competencia histórica actualizada «versus» legislación básica estatal. 3.2. La consolidación de la nueva doctrina respetuosa de la foralidad. 3.3. El alcance de la competencia histórica de Navarra sobre el régimen estatutario de los funcionarios: A) La actualización foral como definición en cada momento histórico de la concepción dinámica de la foralidad. B) Los límites de la competencia histórica de Navarra sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos: su especificidad.—VI. LA IRRADIACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA FORALIDAD A UN ESPECÍFICO SISTEMA COMPETENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

Es común ya reconocer la doble novedad que comporta la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española, en cuanto recepción del hecho histórico y como integración, por primera vez en nuestra historia, de los Fueros en la Constitución.

Tan particular disposición, con una fórmula de clara economicidad que motivó su calificación como ambigua y críptica, encierra una norma jurídica de gran alcance no sólo jurídico, sino también político-constitucional. La adicional primera, fruto del compromiso político, aunque sin

lograr el consenso total, generó notables expectativas que el posterior desarrollo estatutario y efectivo de los territorios titulares de derechos históricos ha traducido a la realidad.

Las dificultades de esta adicional, evidenciadas ya en su génesis constituyente, no han dejado de aparecer en la posterior andadura hacia su efectividad, ya que la implantación del reconocimiento constitucional de los derechos históricos ha tropezado con desconocimientos, desconfianzas, recelos y negaciones, que en verdad cuestionaban el carácter mismo de norma jurídica de tal disposición.

El desarrollo estatutario y legislativo de esta disposición constitucional es perceptible y la institución está consolidada, aunque nunca se halle cerrada, por conformarse el régimen foral a modo de ordenamiento jurídico, que, en cuanto tal, está en permanente evolución.

No cabe duda de la dificultad de la exégesis de la adicional primera, en la que se integran o armonizan realidades diferentes, e incluso presentadas en etapas anteriores como opuestas, puesto que los fueros se integran por fin en la Constitución misma, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La Constitución de 1978 reconoce los regímenes forales de los territorios históricos; pero, sentada esa premisa general e indeterminada, resta por fijar el alcance y contenido de esa norma constitucional, si es que realmente es algo más que una expresión retórica o un gesto simbólico carente de consecuencias jurídicas.

El aspecto competencial —al que se ciñe este trabajo— es un banco de prueba de la consistencia de la disposición adicional, un importante ámbito donde debe acreditarse su alcance y contenido, en el que se juega el propio ser o no ser de la adicional en razón a su efectividad práctica.

La respuesta al interrogante de qué son y qué contenido tienen los derechos históricos, o mejor cuál es el contenido del régimen foral en que se plasman aquéllos, puede ofrecerse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución y, por tanto, de la adicional primera.

Una década de jurisprudencia constitucional es, en mi opinión, bastante para reflejar la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de la disposición adicional primera; más aún cuando han sido plurales y variadas las ocasiones en que tal disposición ha surgido en el debate ante dicho Tribunal.

La doctrina constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales puede dividirse en las tres etapas siguientes:

a) La primera etapa, que convencionalmente comprende el período 1980-1987, puede calificarse como una fase inicial y contradictoria en la que el Tribunal Constitucional va a desconocer el hecho diferencial de los derechos históricos, al negar un contenido sustancial y material propio a éstos.

b) La segunda etapa, concentrada en el año 1988, se caracteriza por la formulación por parte del Tribunal Constitucional de una doctrina general sobre la disposición adicional primera, que, aún pretendidamente

conectada con la doctrina de la etapa precedente, rompe con ella al dar una respuesta global y directa a la cuestión del significado efectivo y material del respeto de los regímenes forales por la Constitución. Respuesta que, como veremos más adelante, supondrá un claro progreso en la comprensión de la aludida fórmula constitucional.

c) Y la última etapa, iniciada en 1989 y en la que nos encontramos, partiendo de esa doctrina general sobre los derechos históricos, trata de aplicarla en el campo competencial, reconociendo el contenido material de que están dotados los regímenes forales en el área competencial.

El examen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos históricos de la disposición adicional primera de la Constitución va a efectuarse con una óptica general, no limitada a Navarra, sin que esto signifique desconocer la diversidad de origen, naturaleza y contenido de los regímenes forales de cada uno de los territorios históricos. Perspectiva general que obedece a la protección constitucional de tales regímenes en la misma disposición y a la consideración global de ésta por el Tribunal Constitucional que tampoco ignora la diversidad existente.

Previamente, se ofrece un análisis de la disposición adicional primera, determinando su significado, alcance y contenido; con el confesado objetivo de que el ulterior estudio no se limite a la sola constatación de esa doctrina constitucional, sino que comprenda también su ponderación en atención a la posición anticipadamente fijada.

II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: SU SIGNIFICACIÓN JURÍDICA (1)

1. *La constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales: su valor jurídico y constitucional*

La disposición adicional primera de la CE reconoce los derechos históricos, reflejo del secular autogobierno de los territorios forales, y se

(1) Este epígrafe sigue, de modo esquemático, lo expuesto en mi libro *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y Régimen foral de Navarra* (Prólogo de Santiago MUÑOZ-MACHADO), Gobierno de Navarra-Departamento de Presidencia e Interior, Pamplona, 1989, caps. III, IV y —especialmente— V.

Sobre esta disposición sigue sobresaliendo la excelente aportación de Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, Ed. Civitas-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Véase también, sobre los derechos históricos vascos, Ignacio María LOJENDIO IRURE, *La disposición adicional primera de la Constitución española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.

Para una bibliografía amplia sobre esta materia, me remito a mi libro antes citado. No obstante, y con referencia a Navarra, pueden consultarse José Antonio ASIAÍN AYALA, *La Constitución y el régimen foral de Navarra*, en «Revista Jurídica de Navarra», núm. 1, 1986; Jaime Ignacio DEL BURGO TAJADURA, *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra)*, Gobierno de Navarra-Departamento de Presidencia e Interior, Pamplona, 1987, y, de este autor, *Los derechos históricos de Navarra y la doctrina del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Adminis-

conecta con la disposición derogatoria, apartado 2, de la propia Ley Fundamental.

A la indeterminación de los titulares mismos de los derechos históricos, hoy constatados —mediante la interpretación conjunta y sistemática de la adicional primera y la derogatoria, 2— como aquellos territorios que conservaron su foralidad política, las Provincias Vascongadas (Alava, Guipúzcoa y Vizcaya) y Navarra (2), se añade otra dificultad de mayor gravedad y complejidad: la naturaleza de la disposición adicional primera, su carácter jurídico o de mero gesto histórico, su consideración o no como norma jurídica.

La disposición adicional primera es incuestionablemente una norma jurídica, con carácter vinculante y efectividad jurídica directa (3). Como todos los preceptos de la Constitución, la adicional tiene un valor jurídico, que, por ser una adición y reflejar el principio de autogobierno foral, engarza con el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones (artículo 2 CE), fortaleciendo éste, frente al principio de unidad, por el título histórico (4).

Pero la adicional primera no es una norma jurídica más, sino que constituye una disposición de la propia Constitución. De esta ubicación de la garantía de los derechos históricos dentro de la Norma Suprema, de su constitucionalización, se deriva que les alcanza la supremacía normativa predicable de la entera Constitución, con la consiguiente vinculación de los poderes públicos, incluidos el legislador y el Tribunal Constitucional, siendo indisponible y de obligado respeto el régimen foral en su dimensión constitucional.

trativo», núm. 61, 1989; Demetrio LOPERENA ROTA, *Derecho histórico y régimen local de Navarra. Alcance institucional y competencial de la disposición adicional primera de la Constitución española*, Gobierno de Navarra-Departamento de Presidencia e Interior, Pamplona, 1988; Manuel PULIDO QUECEDO, *En torno a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: su sistema de competencias*, en el núm. 99 de esta REVISTA, 1982, págs. 155-199, y FRANCISCO SANCHO REBULLIDA y otros, *El Derecho navarro tras el Amejoramiento del Fuero*, EUNSA, Pamplona, 1985.

(2) Véanse, por todos, T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos...*, cit., pág. 86, y Miguel HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *La titularidad de los derechos históricos vascos*, en «Revista de Estudios Políticos», Nueva Época, núm. 58, 1987.

No es preciso entrar en la problemática, a mi entender hoy resuelta por la STC 76/1988, de 26 de abril, de la titularidad de los derechos históricos vascos en el ámbito interno de la Comunidad Autónoma vasca: si son sólo los territorios históricos titulares de derechos históricos o también, junto a ellos, puede serlo en virtud de una novación subjetiva estatutaria o legal la propia Comunidad, los órganos comunes.

(3) Es un aspecto destacado de modo sobresaliente por T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos...*, cit., pág. 19.

La configuración de la adicional como norma jurídica es ya lugar común en la doctrina.

(4) Cfr. Javier CORCUERA ATIENZA, «Alcance de la constitucionalización de los derechos históricos», en *Jornadas de estudios sobre actualización de los Derechos Históricos Vascos* (San Sebastián, julio 1985), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, pág. 404.

De ahí que, como señalase T. R. FERNÁNDEZ (5), las cuestiones afectantes a los derechos históricos son de índole constitucional, y no meras cuestiones de legalidad ordinaria.

2. *El significado de la disposición adicional primera: respeto y actualización del régimen foral*

2.1. *La concepción integral de la adicional primera.*

Expuesta a grandes trazos la naturaleza jurídica de la adicional primera, dos son los rasgos o aspectos básicos que se concitan en tal disposición y que fueron el nudo gordiano del debate constituyente. La disposición adicional primera implica, al mismo tiempo y de modo indisoluble, dos realidades o momentos: de un lado, el amparo y respeto de los regímenes forales de los territorios históricos; y, de otro, esa garantía opera dentro del marco constitucional, con la consiguiente actualización.

Respeto y actualización son, por tanto, dos caras de la misma moneda. Ambas se funden en un mismo momento, sin que admitan su separación.

No cabe, por ello, duda de que la respuesta al interrogante de cuál sea el contenido de los derechos históricos, qué significado sustantivo encierran los sintagmas «derechos históricos» o «régimen foral» a partir del texto constitucional que los formula, pasa por una interpretación integral de la adicional primera o, en cualquier caso, por la conjunción de foralidad y unidad como ha sido una constante en el Derecho navarro.

2.2. *La garantía constitucional comprende el contenido sustantivo o material de la foralidad.*

Dejando de lado aspectos más generales, necesitados todavía de reflexión y profundización, y aproximándonos en una perspectiva más práctica al ámbito competencial, debe comenzarse afirmando que la disposición adicional primera, dado su carácter normativo, ha de tener obligadamente un contenido sustantivo, un alcance material a desentrañar y definir.

No es admisible una configuración hueca o vacía de contenido de la disposición adicional primera, puesto que ello supone la negación de su innegable naturaleza normativa, su relegación a proposición simbólica o retórica.

La categorización de la adicional primera como garantía institucional de la foralidad, cuyo máximo exponente es el profesor T. R. FERNÁNDEZ, supuso un importante avance en la configuración de los derechos históricos en un triple sentido: 1) Dota a los derechos históricos de un contenido material; 2) La tesis de la garantía institucional aporta seguridad jurí-

(5) *Los derechos...*, cit., págs. 85-86.

dica, al cerrar el paso a una investigación histórica y casuística de cuáles sean esos derechos; y 3) Aborda de lleno la espinosa cuestión de la relación entre los derechos históricos y la Constitución, entendiéndose que ésta asume el régimen foral ya depurado y ajustado a los parámetros constitucionales (6).

Tomando impulso desde esa formidable construcción doctrinal, es posible progresar en la fijación de la naturaleza y contenido de los derechos históricos, poniendo el acento en su positivación por la propia Constitución como régimen foral.

La Constitución ha reconocido y garantizado el régimen foral en sentido ordinamental (7), respeta el derecho foral vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, que queda garantizado por la Norma Suprema.

Nuestra Ley Fundamental no se limita a reconocer el hecho diferencial de la foralidad ni los elementos que constituyen su núcleo duro e irreducible que permite su reconocibilidad en un momento histórico determinado. Ampara y respeta también el contenido sustantivo de los regímenes forales en sentido dinámico, tomando como referencia el caso de Alava y Navarra, cuya foralidad no puede ser reducida (8).

De ahí que, como he señalado en otro lugar con referencia específica y limitada a Navarra (9), la garantía constitucional del régimen foral establecida por la disposición adicional primera tiene un triple contenido sustantivo:

a) El respeto de los caracteres que configuran el régimen foral del territorio histórico.

b) La garantía del régimen foral en sentido institucional, como ordenamiento jurídico.

c) El reconocimiento de los elementos que conforman el propio régimen foral: una organización peculiar, un específico sistema de relaciones con el Estado y un sistema competencial singular.

Pero no basta con afirmar este evidente respeto del régimen foral vigente en cuanto a la naturaleza y contenido (10), sino que surge de inmediato el problema de la interpretación de la disposición adicional primera dentro del propio marco constitucional en que tal norma se integra (11).

(6) *Los derechos...*, cit., págs. 79-113.

(7) Cfr. ASIAÍN AYALA, *op. cit.*, págs. 17-21.

(8) Así lo apunta T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos...*, cit., págs. 96-97.

(9) *Fundamentos...*, cit., págs. 361-362.

(10) Como indica T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos...*, cit., pág. 230: «Ya desde las propias Constituyentes quedó claro que en ningún caso podía sufrir perjuicio o mengua alguna el nivel de autonomía de que venían disfrutando Alava y Navarra.»

(11) HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *op. cit.*, págs. 204-205, alude a las distintas exégesis que de la expresión «marco» se realizaron en el proceso constituyente.

2.3. *La actualización foral: el sentido «principal» del marco constitucional y estatutario*

El nudo gordiano de todo debate foral vuelve a repetirse, aunque en términos distintos, pues hoy nos encontramos ante una Constitución de corte autonómico. Este no es otro que el de la relación de Constitución y Fueros, el modo de integración de los regímenes forales en la Constitución, en fin, el significado del marco constitucional en que se realiza la garantía de la foralidad, con su consiguiente actualización.

La cuestión nuclear se mantiene constante en la historia del régimen foral: la dependencia y relación de la foralidad con la Constitución (12).

Esta compleja y siempre polémica cuestión debe resolverse a la luz del criterio de armonización e integración de los conceptos de Fueros y Constitución, que, presente en el debate constituyente y plasmado de forma sintética en la fórmula constitucional de la adicional primera, debe presidir su interpretación, desterrando posiciones extremas que adopten presupuestos unilaterales anclados en uno de aquellos conceptos con exclusión del otro.

La armonía lograda en la adicional primera ha de irradiar todo desarrollo, aplicación e interpretación de la misma, so pena de violentar el delicado equilibrio condensado en ella. De ahí que la definición del alcance y del contenido del régimen foral haya de efectuarse a la luz de la Constitución; pero al tiempo la interpretación de ésta exige tener en cuenta los derechos históricos.

La propia Constitución recoge este planteamiento, al consignar como vertientes indisolubles de la garantía de la foralidad, el respeto y la actualización.

Partiendo de la naturaleza normativa de la disposición adicional primera, que imposibilita su consideración superflua y le dota de un contenido material, aflora sin dificultad la conclusión de que los derechos históricos existen y operan dentro del marco constitucional, entendiendo éste como los principios esenciales de la Constitución.

El régimen foral es respetado dentro del marco de la Constitución como una sujeción «principal» a ésta, sin que esté sujeto a toda la Constitución (13), puesto que uno de sus preceptos, que debe jugar en su interpretación sistemática, es la propia adicional primera, que receptiona el derecho foral, y ello ha de tener algún significado.

La configuración del marco constitucional en sentido «principal», por más que sus contornos requieran de ulterior fijación, obedece a que está en juego el propio ser, la existencia misma de la foralidad. El respeto del

(12) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 21.

(13) Una interpretación «principal» del marco de la Constitución y la no sujeción a toda ella (o a todo su Título VIII) se apunta por Bartolomé CLAVERO, «Del principio de salvedad del Derecho Histórico Vasco», en *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho Civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, págs. 177 y ss., y LOPERENA ROTA, *Derecho...*, cit., págs. 31-38.

ordenamiento foral añadido por y dentro de la Constitución comporta un *plus* a las determinaciones constitucionales referidas al sistema autonómico. En otro caso, la foralidad perdería su sustantividad e identidad, para ser reducida a meras singularidades autonómicas dentro del régimen general caracterizado por la diversidad.

Esta interpretación de «marco» constitucional está en línea con la tradición foral, y se identifica con el concepto de «unidad constitucional». De ahí que el límite del régimen foral está constituido por la «unidad constitucional», concepto dinámico que habrá de concretarse estáticamente en cada momento histórico a la luz de la Constitución vigente (14).

Proyectando estas consideraciones a la vertiente competencial o autonómica, el régimen foral no se sujeta a todos y cada uno de los preceptos del Título VIII de la Constitución; sino a los principios estructurales del sistema autonómico, reflejados en su artículo 2 y en el capítulo I del Título VIII, esto es, los principios de unidad, solidaridad, igualdad, libre circulación de personas y bienes y territorialidad.

2.4. El «plus» competencial de la foralidad.

¿Cuál es, por tanto, el techo competencial de la foralidad? Si, como hemos afirmado, la adicional primera otorga un *plus* o adición sobre el régimen autonómico general, el techo competencial del régimen foral no está constituido por la combinación de los artículos 148 y 149 de la Constitución, máximo techo estatutario para las Comunidades de autonomía plena; sino que, en virtud del régimen foral, los territorios forales pueden superar en sus competencias históricas ese techo, hasta alcanzar el máximo techo autonómico que es la unidad constitucional, criterio plasmado en el artículo 150.2 de la Constitución (15).

De ahí que, junto a las competencias institucionales o autonómicas del régimen general o común, los territorios forales ostenten competencias históricas o forales, que, superando el techo estatutario, tienen como límite la unidad constitucional.

La cuestión más espinosa estriba en determinar si las «bases» o la «legislación básica» del Estado constituyen en todo caso y necesariamente parte de la unidad constitucional, siendo por ello un límite a la foralidad.

Las bases o la legislación básica estatal, según he indicado en otro lugar (16), no siempre son expresión de la unidad constitucional, puesto que en otro caso instituciones como el convenio o concierto económico y

(14) Sobre la unidad constitucional y su concreción actual, me remito a mi libro *Fundamentos...*, cit., págs. 367-374, y a la bibliografía que, con referencia a Navarra, allí se cita.

(15) No puede olvidarse la génesis de este precepto y su conexión con el planteamiento foral en las constituyentes. Véase Tomás QUADRA SALCEDO, *La Ley en la Constitución: las Leyes Orgánicas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 24, 1980, págs. 53-56.

(16) Cfr. *Fundamentos...*, cit., págs. 376-379.

el régimen local peculiar, serían cercenadas por la uniformidad propia de tal ejercicio competencial del Estado.

En definitiva, el régimen foral implica un *plus* competencial (17), que puede superar el límite negativo de la legislación básica o de las bases fijadas por el Estado, hasta el límite de la unidad constitucional en el sentido diseñado en el artículo 150.2 de la CE, sin perjuicio de otras limitaciones constitucionales que conforman ese concepto tradicional (18).

3. *La actualización del régimen foral de Navarra en la LORAFNA*

La falta de fe en el profundo sentido de la disposición adicional primera hacía pensar, como ha señalado LOPERENA ROTA, «que cualquier Comunidad Autónoma, por las vías ordinarias, lograría cotas muy superiores de autogobierno a la que Navarra conserva desde el final de la I Guerra Carlista» (19).

Sin embargo, Navarra se distanció de ese general entendimiento al adoptar como punto de partida y habilitación para la nueva andadura autonómica, la disposición adicional primera de la CE (20). La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), impregnada de connotaciones forales, sin perjuicio de acoger las posibilidades derivadas del sistema autonómico general, no renunció a la foralidad, sino que, partiendo de ésta, aunó competencias autonómicas y competencias históricas, con el convencimiento de que, en muchos casos, estas últimas seguían siendo un *plus* sobre el modelo común.

El Amejoramiento del Fuero, aún atemperándose a los principios generales de delimitación competencial, explicita las competencias históricas que, en virtud de su régimen foral, corresponden a Navarra. El Amejoramiento adopta como techo competencial la «unidad constitucional» y garantiza «todas aquellas facultades y competencias propias del Régimen Foral de Navarra» (artículos 2 y 3); por lo que «corresponden a Navarra todas aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias» (artículo 39.1.a), cuya determinación actualizada realiza la propia Ley Orgánica.

Este entendimiento de la disposición adicional primera como *plus* competencial en virtud de la foralidad, ha terminado por triunfar, desde

(17) En sentido coincidente, LOPERENA ROTA, *Derecho...*, cit., pág. 34.

(18) En este sentido, afirma Demetrio LOPERENA ROTA, *Autonomía foral y competencias sobre Administración Municipal en Navarra*, en «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 240, 1988, pág. 1654, que «la Disposición adicional primera no contiene, en tanto cláusula excepcional, salvedad alguna del derecho foral, como mínimo, para aquello que incluso a las propias Cortes Generales les ha sido vedado porque resulta inconstitucional».

(19) *Autonomía...*, cit., pág. 1651.

(20) Sobre la interpretación que de la adicional realiza la LORAFNA, véase mi libro *Fundamentos...*, cit., págs. 479-485.

el momento en que determinadas leyes del Estado han establecido cláusulas específicas de salvaguarda del régimen foral, incluso frente a normas básicas (21).

En fin, la LORAFNA ha desarrollado las virtualidades jurídicas que encierra la disposición adicional primera de la CE, cumpliendo al tiempo el mandato de actualización foral.

De este modo, podemos pasar a examinar la doctrina constitucional sobre la disposición adicional primera, y sobre los textos jurídicos en que se actualizan los regímenes forales.

III. UNA DOCTRINA INSUFICIENTE Y CONTRADICTORIA: LA REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS AL RÉGIMEN COMÚN AUTONÓMICO

Ante la dificultad de la cuestión de los derechos históricos de los territorios forales, el Tribunal Constitucional abordó la interpretación de la disposición adicional primera mediante una aproximación cautelosa que trataba de reconducir la foralidad al modelo autonómico general.

La primera etapa de la doctrina constitucional puede calificarse de insuficiente y contradictoria (22). Insuficiente porque el Tribunal no da respuesta al interrogante del concepto, significado y contenido de los derechos históricos, sino que rehúye tanto realizar formulaciones generales al respecto, como la cuestión misma bien ignorándola, bien subsumiéndola en el régimen común autonómico. Y contradictoria, toda vez que el Tribunal, en una aproximación casuística a los derechos históricos, incurre en contradicciones que ulteriormente habrá de salvar.

La primera doctrina constitucional, cuyos aspectos concretos seguidamente veremos, se caracteriza por la aplicación de un criterio finalista manifestado en dos aspectos: de un lado, su premisa no es otra que la desconfianza hacia la disposición adicional primera, cuya virtualidad escapa y supera el régimen general de las autonomías; y, de otro, su con-

(21) Véanse en este sentido las salvedades a las competencias históricas o forales de Navarra contenidas en la disposición adicional 14.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública («BOE» núm. 185, de 3 de agosto de 1984); en la disposición adicional 3.ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local («BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985); en la disposición adicional de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable («BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1987), y en la disposición adicional 3.ª de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras («BOE» núm. 182, de 30 de julio de 1988).

Como reconoce LOPERENA ROTA, *Autonomía...*, cit., págs. 1651-1652, «el tiempo no ha dado la razón a este convencimiento generalizado (liquidación de la foralidad por superación autonómica) y hay algunas leyes que desarrollan y determinan lo básico reservado al Estado que necesitan, al igual que antes de la Constitución, de cláusulas especiales para salvaguardar competencias forales que sin quebranto soportó éste. Lo hoy determinado como básico en algunas áreas siempre ha sido regulado por Navarra. La virtualidad jurídica excepcional de la Disposición adicional primera se presenta así de forma evidente».

(22) Así lo indica HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *La titularidad...*, cit., págs. 195-196.

clusión tiende a la reducción de los regímenes forales al texto del sistema autonómico general diseñado en el Título VIII de la Constitución.

1. *La infravaloración de los derechos históricos*

La STC 11/1984, de 2 de febrero (23), resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno de la Nación contra una emisión de deuda pública acordada por el Gobierno Vasco. Este último esgrime un planteamiento foralista, tratando de deducir el contenido y los límites de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de emisión de deuda pública a partir de las atribuciones que en tal materia corresponden históricamente a los territorios forales.

El Tribunal Constitucional responde (FJ 4) que «es ocioso pretender basar tales competencias (de la Comunidad Autónoma) en los derechos históricos de unos entes distintos, los territorios forales»; y, sobre todo, desconoce el rango o nivel constitucional de los derechos históricos, al configurarlos en el proceso constitucional como una cuestión prejudicial y concluir afirmando (FJ 3) que:

«Tampoco puede ser objeto del presente proceso determinar la extensión de las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales de Alava, Guipúzcoa y del Señorío de Vizcaya por el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906, ni si entre tales facultades se incluían las referentes a su endeudamiento, ni tampoco si el contenido del régimen de concierto económico se extiende, en relación con los territorios históricos, a aspectos financieros no tributarios o a la materia concreta de endeudamiento. *Son todas ellas cuestiones de mera legalidad, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.*»

Tan sorprendente negación del valor constitucional de la disposición adicional primera fue refutada certeramente por el profesor T. R. FERNÁNDEZ, para quien no se puede «desconocer que es la propia Constitución la que formalmente proclama su amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales y que esa declaración, si algo significa, es que, a partir de ahora, tales derechos, cualesquiera que puedan ser de acuerdo con las fuentes históricas en las que tengan su origen y rango, existen porque la Constitución lo ha querido y tienen la fuerza de obligar que la Constitución les presta» (24). Los derechos históricos «tienen su soporte y garantía, *erga omnes*, en la propia Constitución. La disposición adicional primera de ésta los ha constitucionalizado» (25). De ahí el rango

(23) «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 1984, Ponente: Rubio Llorente.

(24) *Los derechos...*, cit., págs. 86-87.

(25) *Ibidem*, pág. 86.

constitucional de los derechos históricos, por primera vez en nuestra historia (26).

La precedente doctrina constitucional fue objeto de rectificación en la STC 94/1985, de 29 de julio, caso Escudo de Navarra (27), que, como argumento fundamentador, sienta el criterio opuesto.

El carácter constitucional de los derechos históricos justifica, para el Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de la previsión específica para Navarra contenida en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (28).

2. *La negación de los derechos históricos como título competencial autónomo*

La STC 11/1984, de 2 de febrero, a pesar de negar el rango constitucional de los derechos históricos, pareció reconocer el contenido competencial de éstos como fuente de la que nacen las competencias de los territorios forales.

La dicotomía de las fuentes competenciales, el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma y los derechos históricos reconocidos en la disposición adicional primera para los territorios forales, permite entrever que para estos últimos tal disposición habilita unas determinadas competencias, otorga un elenco de atribuciones en virtud de un título específico como es el histórico distinto del autonómico general. Aparece un contenido material de competencias, aún sin definir, que los territorios forales ostentan en virtud de su régimen foral, que se separa de las competencias de las Comunidades Autónomas, tanto en su origen como en su fundamento y contenido.

De ahí que el Tribunal señale que «la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales “derechos”» (FJ 4).

De este modo, el *plus* competencial que históricamente han conservado los territorios forales sobre el régimen común, es reconocido por la

(26) *Ibidem*, pág. 85.

(27) «BOE» núm. 194, de 14 de agosto de 1985, Ponente: Begué Cantón.

(28) Dice así el FJ 2 de la STC 94/1985:

«El reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales —entre los que se encuentra indiscutiblemente Navarra— y de su régimen foral, contenidos en la disposición adicional primera de la Constitución; el mantenimiento, en el apartado 2 de la disposición derogatoria de la misma, de la vigencia en Navarra de la Ley de 25 de octubre de 1839 que confirmó sus Fueros, y la promulgación del Real Decreto 121/1979, de 26 de enero, sobre elecciones locales y ordenación de las Instituciones Forales de Navarra —que inicia el proceso de reintegración y mejoramiento de su régimen foral—, avala suficientemente la previsión singular contenida en la disposición transitoria 5.ª de la LOTC. Por otra parte, la aplicación a Navarra del régimen propio de los entes preautonómicos o de los entes locales no encuentra fundamento alguno en la Constitución.»

adicional primera, al amparar y reconocer los regímenes forales sin merma de contenido y naturaleza.

Esta postura, con inocuo resultado para el proceso en que se formula, parece abrir una brecha en el techo competencial estatutario, que pronto es cerrada a cal y canto por el Tribunal Constitucional, que pasa a negar que los derechos históricos constituyan un título competencial autónomo de competencias.

La STC 123/1984, de 18 de diciembre (29), dictada en el conflicto de competencias planteado por el Gobierno de la Nación frente al Decreto del Gobierno Vasco de creación de los Centros de Coordinación Operativa, niega a los derechos históricos de la adicional primera su condición de fuente de las competencias de los territorios forales, al declarar (FJ 3) que:

«Debemos, pues, situarnos en el marco del artículo 149.1.29, señalando, porque a lo largo del debate el tema se ha discutido ampliamente, que *la idea de derechos históricos* de las comunidades y territorios forales, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, *no puede considerarse como un título autónomo, del que puedan deducirse específicas competencias*, pues la propia disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen general se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, por donde el problema retorna a su anterior planteamiento en torno del artículo 149.1.29 de la Constitución.»

Esta doctrina se reitera por la STC 94/1985, de 29 de julio, caso Escudo de Navarra, que señala (FJ 6) que:

«Pero, como ha señalado este Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de diciembre de 1984 (conflicto positivo de competencia núm. 568/1983), *los derechos históricos* de las Comunidades y Territorios Forales a que alude la mencionada disposición *no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias*, pues la propia Constitución establece que la actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Por ello la cuestión de fondo controvertida en el presente proceso viene a centrarse, en definitiva, en el análisis del contenido competencial del artículo 4.2 de la Constitución.»

La doctrina transcrita implica la negación de la especialidad o potencialidad de los derechos históricos de la disposición adicional primera

(29) «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1985; Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León.

como título competencial, con el consiguiente desconocimiento de la virtualidad jurídica de dicha adicional, que queda despojada de cualquier contenido material y reducida a proposición simbólica o semántica carente de cualquier valor normativo.

Ello pone de manifiesto la existencia de una cierta contradicción entre el recurso a la investigación histórica para determinar los derechos históricos de los territorios forales y la obligada actualización foral a que se refiere el párrafo segundo de la propia adicional primera.

Sin perjuicio de la inseguridad jurídica que comporta la utilización de un método analítico propio de esta investigación histórica (30), para el Tribunal Constitucional la validez y eficacia de los derechos históricos deriva no tanto del genérico e indefinido reconocimiento constitucional y del propio régimen foral, sino de la actualización o adaptación foral llevada a cabo en el doble marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Actualización foral en la que insiste reiteradamente el Tribunal (SSTC 123/1984 y 94/1985).

El mandato constitucional de actualización foral no significa, sin embargo, la desnaturalización de los derechos históricos, la negación del contenido material o sustantivo propio de los regímenes forales. Al contrario, el propio término de actualización revela la existencia previa de un contenido material al que se refiere la adaptación, el régimen foral, uno de cuyos elementos es precisamente un sistema competencial peculiar.

Pero lo destacable de que los derechos históricos no puedan considerarse como título competencial autónomo no es tan sólo la negación de la virtualidad jurídica directa e inmediata de la propia disposición adicional, sino que con ello se reconducen los regímenes forales de modo estricto y absoluto al modelo autonómico general, a la literalidad del Título VIII de la Constitución (31).

3. *La sujeción estricta de los derechos históricos al Título VIII de la Constitución*

Como hemos indicado, lo que late realmente en la aludida doctrina constitucional de esta primera etapa es la racionalización desustanciali-

(30) Como ha puesto de manifiesto el profesor T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos...*, cit., págs. 88-92.

Ha de advertirse del peligro de la investigación histórica, ante la insuficiencia y dificultad de la prueba motivada por el hecho de que la desconexión entre la norma y la praxis foral ha sido moneda común en la historia foral. De ello es muestra la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 (Aranzadi 4594), cuyo fallo no entramos a considerar, que declara que «es claro el principio de respeto y amparo a las instituciones histórico-forales, pero es necesario acreditar el contenido de sus competencias y ello, por lo que al caso concreto objeto de autos se refiere, no ha tenido lugar».

(31) De ahí que no podamos compartir el criterio de Miguel HERRERO R. DE MIÑÓN, *Concepto y función de los derechos históricos (Disposición Adicional Primera de la Constitución)*, en «Revista de las Cortes Generales», núm. 15, 1988, pág. 26, de que «es una falsa polémica discutir si los derechos históricos son o no un título competencial distinto de los previstos en el Título VIII de la Constitución».

zadora de los derechos históricos, que dejan de tener un valor material y competencial, por cuanto que toda competencia, aun en su origen de carácter histórico, se reconduce a los títulos competenciales de los artículos 148 y 149 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se adscribe a la tesis de que el sistema autonómico del Título VIII es netamente superior a la especialidad autonómica que comportaban los regímenes forales; por lo que carece de sentido, por falta de virtualidad práctica, la justificación competencial en la disposición adicional primera. Toda competencia, bien institucional o bien histórica o foral, tendrá al fin y al cabo su justificación en alguno de los títulos competenciales asumidos estatutariamente con base en los artículos 148 y 149 de la Constitución.

Esta posición se advierte claramente en la STC 123/1984 en la que el Tribunal Constitucional, tras negar la configuración de la adicional primera como título competencial, devuelve el problema competencial suscitado al marco del artículo 149.1.29 de la Constitución. Esto es, con raíz histórica o no, toda competencia se sitúa en el marco estricto del Título VIII de la Constitución, por lo que la actualización foral comportará la reducción de los derechos históricos que, en su caso, se verán menguados hasta el techo estatutario de los artículos 148 y 149 de la Constitución.

La sujeción estricta a las previsiones del Título VIII supone el entendimiento del marco constitucional y estatutario no en el sentido «principal» a que más arriba hemos aludido, sino su exégesis estricta y excluyente de la naturaleza de la adicional primera como norma jurídica y disposición constitucional.

La reconducción de los regímenes forales a la prevalencia estricta y absoluta de los dictados del Título VIII de la Constitución se reitera en la STC 16/1984, de 6 de febrero, caso Presidente de la Diputación Foral de Navarra (32), y, especialmente, desde la perspectiva competencial, en la STC 94/1985.

Esta última STC, referida a Navarra, enfoca nuevamente la actualización foral como una negación de la foralidad misma, de su componente competencial, para reconducir la cuestión debatida al Título VIII de la Constitución y desde ahí a un concreto precepto constitucional (cfr. FJ 6).

De este modo se reduce a la nada el sentido de la disposición adicional primera de la Constitución. Los derechos históricos, el régimen foral, constituirán —a lo más— una especialidad competencial a actualizar en el marco autonómico general de las listas de los artículos 148 y 149, que también operan estrictamente para los derechos históricos.

Así lo confirma la afirmación de la STC 94/1985 (FJ 6) de 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 disposición adicional primera de la Norma Fundamental».

(32) «BOE» núm. 59, de 9 de marzo de 1984, Ponente: Díez de Velasco.

Con ello los derechos históricos se reconvierten 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 artículos 148 y 149 de la Constitución.

La precedente crítica se confirma con un rápido repaso a los supuestos conocidos por el Tribunal Constitucional en los que podía incidir el reconocimiento de derechos históricos. Pues bien, en tales casos se aprecia una doble actuación:

a) De un lado, en algunos supuestos en los que la competencia ejercitada pudiera tener una conexión foral, no se ha alegado la adicional primera ni la misma ha sido mentada por la sentencia constitucional. Competencias tales como el transporte (STC 37/1981, de 16 de noviembre), la función pública local (STC 85/1983, de 25 de octubre), medidas urgentes en materia local afectantes a los transportes y tributos locales (STC 179/1985, de 19 de diciembre), la Hacienda pública vasca (STC 14/1986, de 31 de enero), no se ponen en relación con el título histórico, remitiéndose a las listas de los artículos 148 y 149 de la Constitución y a los preceptos estatutarios que no llevan a cabo explícitamente una actualización foral que refuerce la competencia estatutaria (33).

b) Y, de otro, casos en los que la alegación de la disposición adicional primera como justificación de unas concretas funciones amparadas en el título histórico, no obtiene tan siquiera respuesta por parte del Tribunal Constitucional, que reconduce la competencia al modelo autonómico general. En este sentido, la STC 6/1982, de 22 de febrero, sobre la alta inspección en materia de enseñanza no universitaria (FJ 2), equipara sin más la competencia vasca en la materia basada estatutariamente en la adicional primera a la asumida por las Comunidades del mismo nivel sin esa especialidad; y las SSTC 57/1982, de 27 de julio y 25/1983, de 7 de abril, sobre la función pública local, a pesar de la alegación del Gobierno Vasco de la adicional primera, nada dicen de la misma, aplicando el sistema de delimitación competencial general en una materia de honda raigambre foral.

Así, pues, negro se presenta el horizonte de la foralidad, cercenada a simple especialidad subsumible dentro de los listados competenciales del Título VIII de la Constitución, sin fuerza alguna de obligar al legislador estatal en el ejercicio de competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1 de la Norma Fundamental.

Los derechos históricos, el régimen foral, queda al albur del juego político, en el que la última palabra la tiene el Estado, que mediante el ejercicio de las potestades legislativas amparadas en distintos títulos competenciales del artículo 149.1 puede borrar y liquidar aquellas com-

(33) Se trata, en todas las SSTC citadas, de procesos constitucionales trabados entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

petencias forales que no hubieran desaparecido por confusión con competencias estatutarias.

Pero este aparente final de la foralidad —presagiado por la comentada doctrina constitucional— difiere de la propia realidad, en la que las especialidades forales al margen del régimen autonómico común se conservan y actualizan de manera pujante, como es el caso del concierto económico, especialidad en virtud del título histórico al modelo general de financiación autonómica, excepción a la homogeneidad básica establecida por el Estado (34).

IV. UN AVANCE EN LA COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

1. *La STC 76/1988 sobre los derechos históricos vascos*

La insuficiente y contradictoria doctrina constitucional de la etapa anterior exigía su revisión mediante una construcción de alcance general que aportara una interpretación global de la disposición adicional primera de la Constitución.

Las aportaciones doctrinales a la comprensión de los derechos históricos, singularmente el libro del profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ sobre los derechos históricos vascos, proporcionaban ya unas bases bastante sólidas para el análisis general de la adicional primera, para la rectificación de la primera etapa con una nueva comprensión de los derechos históricos que dotase de algún valor jurídico y constitucional a la mencionada disposición constitucional.

Esta doctrina general se formula en la STC 76/1988, de 26 de abril, sobre la Ley Vasca de territorios históricos (35), que supone un giro radical sobre la posición anterior. Es una pieza capital para la interpretación de los derechos históricos, para el entendimiento del alcance y significado de la disposición adicional primera de la Constitución. A partir de ella aparece la dimensión jurídico-constitucional de la adicional primera, con sus importantes repercusiones prácticas, también en el terreno competencial.

(34) Véanse las salvedades al concierto vasco y al convenio navarro establecidas, respectivamente, en las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas («BOE» núm. 236, de 1 de octubre de 1980). El concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco se aprobó por Ley 12/1981, de 13 de mayo («BOE» núm. 127, de 28 de mayo de 1981), y se adaptó al Impuesto sobre el Valor Añadido por Ley 49/1985, de 27 de diciembre («BOE» núm. 312, de 30 de diciembre).

Ténganse en cuenta las salvedades a las especialidades forales contenidas en otras leyes estatales, parcialmente referidas en la nota 21.

(35) «BOE» núm. 125, de 25 de mayo de 1988, Ponente: López Guerra.

1.1. *La caracterización dinámica de la foralidad.*

La STC 76/1988, acogiendo la configuración dinámica de la foralidad formulada por T. R. FERNÁNDEZ (36), entiende la disposición adicional primera con carácter integral. Respeto y actualización son dos elementos indisociables de la constitucionalización de los derechos históricos.

En este sentido, esta sentencia constitucional (FJ 3) declara que:

«Es evidente que esta precisión supone un complemento indisoluble del primer párrafo de la Disposición adicional primera CE, *que ha de ser considerada en su conjunto*, y no únicamente en cuanto a reconocimiento y respeto de derechos históricos, sin otra matización. En efecto, la actualización que se prevé resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución.»

El mandato de actualización foral ha de realizarse en el doble marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

1.2. *El significado del marco constitucional y estatutario de la actualización foral*

Se explicita el significado del marco de la Constitución, en el sentido siguiente (FJ 3):

«Primeramente, desde la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (artículo 9), y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (artículo 1.2. CE) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resultan 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. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquéllos

(36) *Los derechos...*, cit., pág. 45.

que contradigan los *principios constitucionales*. Pues será de la misma Disposición adicional primera CE, y no de su legitimidad histórica, de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.»

Se expresa así el principio de constitucionalidad, la primacía de la Constitución; pero no en cualquier forma, sino con una meditada redacción, ya que el efecto derogatorio de la Constitución se expresa con referencia a los «*principios constitucionales*.»

Sin embargo, a renglón seguido, parece persistir en la doctrina constitucional una concepción estricta y absoluta del marco de los Estatutos de Autonomía, cercenadora del contenido de la foralidad, según se deriva de la siguiente declaración del FJ 3:

«La actualización, por tanto, como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) *que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse*, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquéllos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento.»

De ahí que más adelante pueda afirmarse (FJ 5) que «... es el Estatuto de Autonomía 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».

Ahora bien, este segundo cuadro de referencia debe ponerse en conexión con la configuración de los derechos históricos de la disposición adicional primera como garantía institucional que, a continuación, realiza el Tribunal Constitucional.

1.3. *Los derechos históricos de la disposición adicional primera de la CE como garantía institucional.*

La capital aportación de esta STC estriba en la categorización de la adicional primera como garantía institucional, en los términos siguientes (FJ 4):

«De la consideración de la Disposición adicional primera CE en su totalidad, en relación con los mandatos constitucionales y la nueva estructura territorial que la Constitución prevé, se deriva que la garantía o, literalmente, el 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 legítimamen-

te calificarse de histórica; como este Tribunal declaraba en su STC 123/1984, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 3.º, 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. Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera CE, *lo que se 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 le 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.* Es este núcleo identificable lo que se asegura, siendo, pues, a este último aplicables los términos de nuestra STC 32/1981, de 28 de julio, cuando declaraba que, por definición, la garantía institucional 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 (fundamento jurídico 3.º). Todo ello en el bien entendido que *esa garantía —referida a los Territorios Forales—, si bien no especifica exhaustivamente las 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.* Son de nuevo aplicables, a este respecto, las palabras de la STC 32/1981, cuando afirmaba que la garantía institucional es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre (fundamento jurídico 3.º). Dentro de estos límites, es al proceso de actualización previsto en la Disposición adicional primera CE al que corresponde precisar cuál es el contenido que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos, garantizado por la CE.»

Esta concepción de los derechos históricos de la adicional primera como garantía institucional supone un indudable avance respecto de la

doctrina constitucional precedente. Ahora el Tribunal Constitucional perfila su criterio negativo a la consideración de los derechos históricos como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, en razón a la inseguridad jurídica que ello acarrearía.

Ya no se niega le contenido sustantivo y competencial propio de los regímenes forales. Al contrario, ahora se reconoce a los regímenes forales un contenido material —todavía mínimo e indeterminado— comprendido en la garantía institucional de la foralidad.

De este modo, la disposición adicional primera de la CE garantiza tanto la existencia de un régimen foral, de un régimen privativo de autogobierno, como de su contenido que debe garantizarse «tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder»; esto es, la garantía constitucional supone la preservación del elenco competencial nuclear o básico a la institución misma del régimen foral.

Precisamente, más adelante (FJ 11 y 12) se identifica uno de los elementos integrantes de esa garantía del régimen foral, como es el sistema de conciertos económicos.

La aplicación de la categoría de la garantía institucional a los derechos históricos dota a la disposición adicional primera de un contenido material, le reconoce una virtualidad jurídica, que se traducirá posteriormente en competencias históricas o forales de los territorios correspondientes.

Esta construcción general es un destacado hito en la comprensión de los derechos históricos, por constituir el punto de arranque de toda interpretación de la disposición adicional primera. Constituye, en todo caso, un mínimo que no puede ser rebajado, sin perjuicio de su posterior matización y, en su caso, ampliación en una ulterior interpretación de la disposición adicional primera de la Constitución.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional refleja una armonización entre la supremacía de la Constitución y la subsistencia, en virtud de la adicional primera de la misma, de los regímenes forales; armonización que la Constitución sólo plantea en términos genéricos y que es preciso definirla en el posterior desarrollo de las virtualidades de tal adicional, principalmente en el plano estatutario y en la relación entre la concreción de los derechos históricos y el ejercicio de competencias por los legisladores ordinarios, que obligadamente han de respetar el régimen foral en los términos definidos constitucionalmente y concretados en la operación de actualización foral.

Por todo ello, esta sentencia constitucional supone un distinto enfoque de los derechos históricos desde una óptica general. El régimen foral, en su definición genérica constitucional, está garantizado por la disposición adicional primera; y, sobre todo, esta garantía vincula a todos los poderes públicos, incluidos los legisladores ordinarios y el Tribunal Constitucional.

2. La STC 86/1988 sobre el régimen foral de Navarra

Al poco tiempo, la STC 86/1988, de 3 de mayo, caso autorizaciones transporte público por carretera en Navarra (37), ratificó esa doctrina general, en el doble sentido de categorización de la disposición adicional primera como garantía institucional y, al tiempo, obligada actualización de los derechos históricos en el marco de la Constitución.

La STC 86/1988 parece intentar, además, un avance sobre esa configuración genérica de los derechos históricos, dando entrada a esta idea como fuente de competencias de la Comunidad Foral de Navarra.

El Tribunal Constitucional, tras recurrir al marco de delimitación competencial derivado del Título VIII de la Constitución, considera también la posible habilitación de la competencia foral de Navarra cuestionada en la disposición adicional primera, en la actualización foral llevada a cabo en el artículo 49.3 de la LORAFNA. Sin embargo, la investigación histórica efectuada no permite, a juicio del Tribunal Constitucional, sostener que las competencias cuestionadas se hallasen habilitadas por el título histórico.

Esta sentencia constitucional no sólo acude al criterio histórico, a comprobar si el régimen foral ampara determinado ejercicio competencial, sino que señala (FJ 4) que en este caso «las facultadas y competencias “históricas” no contrarían, ni son reducidas, por la distribución de competencias normativas y resultantes de la Constitución y la LORAFNA, entre el Estado y la Comunidad Foral.» Y añade que «en el Estado de las Autonomías no se han reducido las competencias históricas de Navarra, aunque se hayan precisado con mayor rigor jurídico los ámbitos respectivos de competencias normativas, legal y reglamentaria».

Nos hallamos, pues, ante una competencia mixta, en parte con raíz histórica en la vertiente ejecutiva, y en parte con fundamentación autonómica, en la vertiente normativa, en la que la Comunidad Foral asume ahora una competencia de la que carecía anteriormente.

Las competencias de la Comunidad Foral de Navarra pueden, por ello, clasificarse con arreglo a una triple tipología: competencias *autonómicas o institucionales*, sujetas a los criterios y a los techos competenciales del Título VIII de la Constitución; competencias *históricas o forales* que se incluyen dentro de la garantía constitucional del régimen foral, cuyo techo es la unidad constitucional; y competencias *mixtas* resultantes de la mezcla de los dos criterios precedentes (38).

Pero el razonamiento del Tribunal Constitucional continúa para cerrarse con la afirmación de que la *ratio decidendi* del fallo no es otra que «la necesaria compatibilidad de los derechos históricos con el vigente

(37) «BOE» núm. 128, de 28 de mayo de 1988. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(38) Véase, al respecto, mi trabajo *Organización y competencias de la Comunidad Foral de Navarra en el Amejoramiento del Fuero*, en «Revista Jurídica de Navarra», núm. 7, 1989, pág. 84.

sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral» (FJ 5, *in fine*).

Así, pues, el Tribunal Constitucional, aunque pretende progresar en la comprensión de los derechos históricos, en este último caso de Navarra, está en parte lastrado por su doctrina inicial negativa de los derechos históricos; por lo que trata de equilibrar el reconocimiento de un contenido material a los regímenes forales, con su incardinación dentro del marco constitucional y estatutario. Los derechos históricos algo significan, pero con la precaución de que no alteren el marco competencial común de las Autonomías (39).

En fin, esta etapa de doctrina constitucional supone un avance importante sobre la fase precedente, pero todavía el progreso no parece repercutir en el sistema de relaciones competenciales con el Estado.

V. HACIA LA EFECTIVIDAD SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS

1. *El reconocimiento efectivo del elemento competencial de la foralidad en su dimensión actualizada*

La interpretación de los derechos históricos de la adicional primera de la Constitución realizada en los principales instrumentos de actualización foral, el Estatuto Vasco y el Amejoramiento del Fuero, que parecía reconocerse en algunas leyes del Estado mediante salvedades o excepciones para los regímenes forales o en virtud de éstos, tenía que alcanzar también a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El avance constituido por la categorización de los derechos históricos de la adicional primera como garantía institucional debía ser complementado necesariamente con su preservación no sólo en los términos genéricos de la garantía constitucional, sino también en el modo específico en que se concretase su actualización foral. Y ello porque la actualización foral es complemento indispensable de la garantía constitucional de respeto y amparo de los regímenes forales. En otras palabras, la garantía constitucional alcanza también a la explicitación de los derechos históricos realizada en la actualización foral llevada a cabo básicamente por el Estatuto Vasco y el Amejoramiento del Fuero.

De este modo se cierra el ciclo de la previsión constitucional de referencia; por lo que el legislador ordinario está sujeto tanto a la garantía institucional expresada en la Constitución, como a su determinación actualizada contenida en los instrumentos estatutarios.

No es éste el momento para entrar en la fijación de los instrumentos de actualización de los derechos históricos. Basta constatar que el nivel

(39) Véase la crítica a esta última consideración de la sentencia constitucional de DEL BURGO TAJADURA, *Los derechos...*, cit., págs. 45-46.

estatutario es sólo un marco, y no el lugar único y exclusivo de actualización foral.

A partir de todos estos elementos, una actualización foral consolidada y en marcha, el reconocimiento por normas legales de las especialidades forales más allá del régimen autonómico común, y la existencia de una base científica en torno a la disposición adicional primera, podía esperarse del Tribunal Constitucional que perfilase aún más el significado y el contenido de los derechos históricos, descendiendo caso por caso a examinar su actualización, y, sobre todo, la incardinación de tal actualización en la garantía constitucional frente a otras disposiciones del legislador.

2. *La STC 214/1989: el respeto de la garantía constitucional de la foralidad por la legislación básica*

La sentencia constitucional 214/1989, de 21 de diciembre (40), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, se enfrenta con la cuestión de los derechos históricos, al oponerse los recurrentes al carácter básico de los artículos 98 y 99 en razón a las previsiones contenidas en la disposición adicional segunda, apartados 7.º a 10, de la propia Ley impugnada (41), en cuanto excepciona a las Instituciones forales de los territorios históricos y a la propia Comunidad Autónoma del País Vasco, en determinados aspectos, de la aplicación del régimen general previsto en los artículos 98 y 99. En opinión de los recurrentes, la salvedad para los territorios forales acredita que la previsión impugnada carece de carácter básico, por cuanto que si lo fuera, debiera aplicarse con carácter general en todo el territorio y a todas las entidades autonómicas.

El Tribunal Constitucional rechaza este argumento y declara la constitucionalidad de la disposición adicional segunda (apartados 7.º a 10) de la LRBRL, que exceptúa la aplicación de determinados aspectos básicos a los territorios históricos de la Comunidad Autónoma Vasca, con la siguiente fundamentación (FJ 26):

«Sin embargo, el argumento utilizado por los recurrentes no puede ser acogido, porque aunque se pretende destacar que no pueden tener carácter básico normas que contemplan un régimen excepcional, como el amparado en la disposición adicional segunda, apartados 7.º a 10, lo que sería contrario al propio concepto de bases (STC 1/1982, de 28 de enero), hay que tener en cuenta que *esa excepción*, en el presente caso, *está fundada en la Disposición adicional pri-*

(40) «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1990, Ponente: De los Mozos y de los Mozos.

(41) Sobre la actualización foral efectuada por esta disposición adicional 2.ª de la LRBRL, véase Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos y la Ley de Régimen Foral*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 82, 1985.

mera de la Constitución, que "ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", añadiendo que "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."

Por su parte, la LRBRL, en la Disposición Adicional 2.ª, no ha hecho, pues, 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 ello no pueden pretender los recurrentes que los derechos reconocidos a los territorios sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los derechos históricos, que tiene por objeto, como ha señalado la STC 76/1988, garantizar "la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, 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" (FJ 4.º). Se comprende, de este modo, que *esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen foral y ello aun frente a los poderes centrales del Estado.*

La transcrita doctrina constitucional realiza importantes declaraciones relativas a la virtualidad misma de los derechos históricos, en el siguiente sentido:

a) Los derechos históricos, dado su carácter particular o excepcional, en razón de su garantía constitucional en la disposición adicional primera, pueden enervar la aplicación en el ámbito de los territorios forales de normas de carácter básico del Estado, que comporten el desconocimiento del régimen foral garantizado constitucionalmente.

b) Se admite la posibilidad de una actualización foral al margen del Estatuto de Autonomía, que no es, como hemos indicado, el único instrumento de actualización foral (42).

(42) El Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer la identidad de competencias en la materia asumidas por la Comunidad Autónoma del País Vasco con las de Cataluña y Galicia, admite una actualización foral sin habilitación estatutaria expresa; actualización por una Ley del Estado que, para el Tribunal, se engarza directamente con la garantía constitucional de la disposición adicional primera.

c) La garantía constitucional de los derechos históricos puede comportar un tratamiento normativo singular para los territorios forales, incluso frente a los poderes centrales del Estado. En otras palabras, los poderes públicos del Estado están también vinculados por la garantía constitucional de la foralidad, sin que la legislación estatal pueda desconocer el contenido competencial incluido en la garantía constitucional de los derechos históricos.

d) De donde se infiere que el marco constitucional y estatutario no puede llevar a la sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico del Título VIII de la Constitución, so pena de su desconocimiento y liquidación. Por el contrario, como declara esta sentencia constitucional, es posible el reconocimiento de un elemento organizativo o competencial del régimen foral, excepcional dentro del modelo general autonómico, y compatible con la propia Constitución.

Esta sentencia constitucional comporta, por ello, un notable avance en la comprensión de los regímenes forales (43), cuya singularidad queda preservada incluso frente a las bases o normas básicas dictadas por el Estado, y perfectamente legítimas para las Comunidades Autónomas.

Se reconoce, de este modo, el contenido material propio de los regímenes forales, que conlleva un *plus* competencial atribuido, en virtud del título histórico de la disposición adicional primera, a los territorios forales respecto del régimen común o general.

Queda ahora claro que el techo de las competencias históricas no es el deducible de las listas competenciales de los artículos 148 y 149 de la Constitución, sino el de la unidad constitucional. El marco constitucional a que se refiere la adicional primera ha de ser compatible con el reconocimiento mismo de la foralidad, por lo que aquél debe ser entendido en sentido «principal».

En estos términos sí tiene algún sentido la garantía constitucional del régimen foral. Los regímenes forales de cada territorio histórico, con su correspondiente contenido material, quedan así preservados, sin que puedan ser alterados y desconocidos por el legislador estatal, cuyas normas habrán de respetar necesariamente el régimen foral en los términos resultantes de la garantía constitucional y de la actualización foral.

3. La STC 140/1990: el «plus» competencial del régimen foral

En línea con esa importante sentencia constitucional, la reciente STC 140/1990, de 20 de septiembre (44), resuelve el conflicto positivo de com-

(43) Téngase en cuenta que la disposición adicional segunda de la LRBRL actualiza un derecho histórico en su día esgrimido por el Gobierno vasco y desconocido por el Tribunal Constitucional (STC 25/1983, de 7 de abril), y que, además, la actualización foral operada por dicha Ley estatal no cuenta con la previa habilitación estatutaria.

(44) «BOE» núm. 254, de 23 de octubre de 1990, Ponente: Rodríguez Berejío.

petencia promovido por el Gobierno de la Nación contra Decreto Foral del Gobierno de Navarra, aprobatorio del reglamento para la elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

3.1. *Los términos en que se plantea la cuestión: competencia histórica actualizada «versus» legislación básica estatal.*

Para la representación estatal, la norma impugnada debe ser calificada como básica y, por tanto, resulta infractora del reparto competencial en materia de función pública establecido en el artículo 149.1.18 de la CE.

En cambio, la representación de la Comunidad Foral adujo que la materia impugnada, con independencia de su consideración básica o no, constituía el ejercicio de una competencia histórica, incluida dentro de la garantía constitucional de los derechos históricos de la disposición adicional primera de la CE, y actualizada, en virtud del título foral o histórico, en el artículo 49.1.b) de la LORAFNA. Este precepto deja bien claro el *plus* competencial en la materia de la Comunidad Foral, al establecer como límite de la competencia histórica controvertida la de respetar «los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos», límite de menor intensidad que el de toda la legislación básica previsto con carácter general. Esta competencia histórica de la Comunidad Foral, que supera el techo estatutario del artículo 149.1.18 de la Constitución, había sido preservada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley estatal 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes de reforma de la función pública, lo que muestra la especialidad del régimen foral navarro en materia de función pública.

El planteamiento de la representación estatal afecta directamente al propio régimen foral, al sostener (FJ 2):

«Para el Abogado del Estado, el artículo 49.1.b) LORAFNA, pese a su dicción literal, deja a salvo íntegramente la competencia estatal conferida por el artículo 149.1.18 CE de manera que la atribución de competencias en materia del régimen estatutario de los funcionarios en favor de Navarra no puede ir más allá del desarrollo de la legislación básica del Estado. Navarra no tendría, así, una competencia singular y específica que pudiese rebasar el límite que, con carácter general, establece el artículo 141.1.18 CE.»

De donde se niega cualquier *plus* competencial derivado del régimen foral garantizado por la disposición adicional primera de la Constitución y actualizado por la LORAFNA, por cuanto que incluso las competencias históricas de Navarra tienen como techo el listado competencial íntegro y sin excepción del artículo 149.1 de la CE.

Por su parte, la posición de la Comunidad Foral queda perfectamente sintetizada del modo siguiente (FJ 2):

«La representación del Gobierno de Navarra alega, por su parte, que el artículo 49.1.b) LORAFNA atribuye un *plus* competencial al margen del límite que establece el artículo 149.1.18 CE, basado en el reconocimiento de un derecho histórico amparado por la disposición adicional primera de la Constitución y los artículos 2.1, 39 y 49 LORAFNA. La competencia de Navarra respecto a la regulación del régimen estatutario de la función pública no tendría así como límite la legislación básica del Estado, sino sólo el respeto de los derechos y obligaciones esenciales reconocidos por aquélla.»

El planteamiento de la representación de Navarra revela que la raíz y fundamento histórico de la competencia foral ejercitada comporta una inversión sustancial en los términos en que debe enfocarse la cuestión suscitada. Ha de partirse de la titularidad competencial de la Comunidad Foral y determinarse, en su caso, si en su ejercicio se ha respetado o no el límite fijado a tal competencia en la actualización foral (artículo 49.1.b de la LORAFNA); sin que pueda partirse de la premisa general de si el Derecho Foral impugnado conculca o no la legislación básica estatal, partiendo de la competencia en cuanto a las bases reconocida al Estado en la materia.

El grado de dificultad es superior en este caso al precedente, ya que allí el Tribunal Constitucional se enfrentaba con la constitucionalidad de una ley estatal que lleva a cabo la actualización de un determinado derecho histórico; y, en cambio, ahora la cuestión se plantea en toda su crudeza, al colisionar el ejercicio de la competencia histórica por un territorio foral con la vindicación de una competencia de legislación básica por el Estado. En el presente supuesto existe una contradicción de la normativa foral, dictada en virtud de un título histórico, con la legislación básica estatal amparada en el artículo 149.1.18 de la CE.

Se trata de un supuesto límite en el que el Tribunal tiene que reconocer la virtualidad de la garantía constitucional de la foralidad, si es que algo significa; o, por el contrario, reconducir el régimen foral al Título VIII, con la consiguiente reducción a mera singularidad autonómica dentro del modelo común o general y la gradual liquidación de la foralidad.

3.2. *La consolidación de la nueva doctrina respetuosa de la foralidad.*

La resolución del conflicto requiere, por tanto, abordar ineludiblemente «el alcance de los derechos históricos invocados por Navarra y reconocidos por la LORAFNA» (FJ 2, último párrafo).

Para ello, el Tribunal comienza con un recordatorio de su anterior

doctrina general sobre los derechos históricos, a cuya lectura se le otorga un sesgo distinto más en línea con la foralidad.

Así comienza a decir en su FJ 3:

«Para acercarnos al tema de los derechos históricos de Navarra conviene empezar recordando lo manifestado por este Tribunal en anteriores resoluciones. En primer lugar, la consideración de Navarra como una Comunidad Autónoma de régimen específico que accedió a su autonomía en virtud de la Disposición adicional primera de la Constitución (STC 16/1984, fundamento jurídico 3.º). Dicha especificidad, en cuanto respecta a la asunción de competencias, ha sido interpretada por el Tribunal, en relación a los derechos históricos de los territorios forales del País Vasco, en el sentido de que éstos pueden mantener competencias que les viniesen atribuidas por los derechos históricos al amparo de la Disposición adicional primera de la Constitución y del Estatuto de Autonomía (SSTC 11/1984, fundamento jurídico 4.º; 123/1984, fundamento jurídico 3.º; 76/1988, fundamento jurídico 4.º; 94/1986, fundamento jurídico 6.º). Esto se concreta en que los dos párrafos de dicha Disposición adicional primera requieren una lectura conjunta, de la que se deduce que la garantía institucional del régimen foral que se establece en el primer párrafo se vincula a la actualización de los derechos históricos que se ha efectuado por el Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución (STC 76/1988, fundamento jurídico 3.º). Por consiguiente, el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos.»

El Tribunal Constitucional, tras reconocer el régimen específico de Navarra por su raíz foral y su fundamentación en la disposición adicional primera, señala que tal especificidad tiene consecuencias competenciales, al implicar la conservación de competencias derivadas del título histórico a tenor de su actualización en el doble marco constitucional y estatutario. Reitera, recordando su doctrina sobre los derechos históricos vascos, el carácter integral de la adicional cuyos dos párrafos requieren una lectura conjunta.

El reconocimiento, como elemento nuclear de la foralidad, de un componente competencial, concretado en la actualización foral realizada por la LORAFNA, permite al Tribunal añadir (FJ 3) que:

«No cabe duda que *respecto de Navarra dicha actualización de los derechos históricos se ha llevado a cabo mediante la LORAFNA (artículos 2 y 39 LORAFNA), de manera que las competencias que tengan su origen en un derecho histórico corresponderán a la Comunidad Foral en los términos que haya precisado la LORAFNA, dentro del marco de la Consti-*

tuición. Ello significa, como ha reconocido la STC 94/1985, fundamento jurídico 6.º, que la atribución por los Estatutos de Autonomía, en este caso, por la LORAFNA, de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico.»

Lo que se remacha en el párrafo 1.º del FJ 4, al declarar que:

«El concepto de derecho histórico empleado por la Disposición adicional primera de la Constitución 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.»

Llama la atención que la obligada actualización y el rigor del marco constitucional que anteriormente conducían a un resultado negativo para los criterios autonomistas, para el propio régimen foral, se entiendan ahora en un sentido favorable a los derechos históricos, cuya actualización en la LORAFNA implica su reconocimiento competencial en favor de la Comunidad Foral en los términos fijados en la operación de adaptación.

La caracterización foralista de la LORAFNA se manifiesta como una opción constitucional y válida, y, sobre todo, como un instrumento idóneo para la actualización foral, al llevar a cabo la concreción de la foralidad en términos de mayor seguridad jurídica que permiten mejor su preservación y garantía frente al Estado. La explícita base foral que impregna a la LORAFNA y que constituye la fuente de las competencias históricas en ella reconocidas a Navarra («en virtud de su régimen foral») se ha erigido en argumento esencial, que no podía ser ignorado y que ha sido utilizado positivamente por el Tribunal Constitucional para construir una tesis más rigurosa, y respetuosa con el régimen foral, dotando de virtualidad jurídica a la garantía constitucional de la disposición adicional primera.

El Tribunal no rehúye los rasgos forales de los preceptos de la LORAFNA, sino que explicita su virtualidad jurídica. Las especificidades forales de la LORAFNA no son fórmulas simbólicas, vacías de fuerza normativa, sino que tienen un insoslayable carácter jurídico.

De donde el Tribunal podrá deducir dentro de la diversa tipología competencial de la LORAFNA, unas competencias históricas o forales, cuyo límite general es la unidad constitucional, una de las cuales es la expresada en su artículo 49.1.b), esto es, la competencia exclusiva, en virtud de su régimen foral, sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

El certero razonamiento del Tribunal Constitucional es el siguiente (FJ 3):

«El artículo 49.1.b) LORAFNA se inserta claramente dentro de este último supuesto. Efectúa una atribución de competencia en favor de Navarra "en virtud de su régimen foral",

remitiendo dicha competencia a la categoría comprendida en el apartado a) del artículo 39.1 LORAFNA. Este precepto realiza una clasificación de todas las competencias que corresponden a Navarra dentro de la cual la referida encaja inequívocamente en su primer apartado ("todas aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias"), lo que remite a los denominados "derechos originarios e históricos" (artículo 2.1 LORAFNA). Nos hallamos, pues, frente a la atribución de una competencia en favor de la Comunidad Foral que entraña asimismo el reconocimiento de un derecho histórico.»

A mi entender, podía haber concluido ahí la fundamentación del reconocimiento de la competencia foral o histórica de Navarra en materia de función pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional parece entrar a examinar la propia raíz histórica del precepto actualizador de la LORAFNA, al recurrir seguidamente a una investigación histórica del derecho histórico actualizado. Ello supone, de un lado, comprobar la adecuación del propio precepto del Amejoramiento del Fuero con la disposición adicional primera de la CE; pero, de otro, introduce un factor de inseguridad jurídica, por cuanto que toda competencia histórica actualizada en la LORAFNA requerirá caso por caso la oportuna acreditación de su raíz histórica, de su ejercicio preconstitucional dentro del régimen foral.

En este caso, la fundamentación histórica de la singularidad competencial en la materia resulta suficientemente acreditada a juicio del Tribunal (cfr. FJ 4) (45); pero qué ocurriría si surgiesen dudas o dificultades para tal prueba y, en este caso, a quién corresponde la carga de la prueba teniendo en cuenta que la alegación de la Comunidad Foral cuenta con el sólido —creemos— respaldo de la LORAFNA.

Sentada esa encomiable doctrina general sobre los derechos históricos de Navarra, la Sentencia constitucional pasa a examinar la concreta delimitación entre la competencia histórica o foral de Navarra sobre el régimen estatutario de los funcionarios y las competencias del Estado en la misma materia.

(45) Sobre esta competencia histórica, véanse mi trabajo «Organización...», cit., pág. 85, y Demetrio LOPERENA ROTA, «La función pública de Navarra: evolución», en *Jornadas de Estudio sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1986, págs. 123-148.

A pesar de reconocer la diferencia entre el límite previsto en el artículo 49.1.b) de la LORAFNA con la legislación básica en materia funcionarial del artículo 149.1.18 CE, niegan el carácter histórico de la competencia de Navarra en materia de función pública, así como su diverso techo competencial con el modelo autonómico general, P. LARUMBE BILRRUN y H. M. NAGORE SORABILLA, «Anotaciones al Estatuto de Personal al Servicio de las Administraciones públicas de Navarra», en *Estudios de Derecho Público de Navarra. Homenaje a D. Luis Oroz Zabaleta*, Sociedad de Estudios Vascos, San Sebastián, 1986, págs. 211-231.

3.3. *El alcance de la competencia histórica de Navarra sobre el régimen estatutario de los funcionarios.*

A) La actualización foral como definición en cada momento histórico de la concepción dinámica de la foralidad.

La concepción dinámica de la foralidad ligada inexorablemente a la actualización, según doctrina ya expresada en la STC 76/1988, va a permitir el radical rechazo de la objeción consistente en que en el ejercicio de la aludida competencia histórica no se reguló la representación colectiva de los funcionarios por la novedad postconstitucional del tema.

La foralidad no puede ser caracterizada estáticamente, impidiendo su evolución y mejoramiento, pues ello supondría su conversión en un reducto obsoleto y fosilizado, y su camino hacia la muerte con el propio devenir. La actualización foral no sólo comporta su adaptación al marco constitucional y estatutario, sino sobre todo su evolución acompasada con el discurrir temporal, como lo acredita la supervivencia del régimen foral hasta la fecha.

Tan trascendental rasgo del régimen foral ha sido perfectamente entendido y desarrollado por esta sentencia constitucional al rechazar aquella objeción razonando (FJ 4) que «lo decisivo es que históricamente se haya ejercido la competencia sobre una “materia” globalmente considerada, en éste caso el régimen estatutario de los funcionarios, y no, dentro de la misma, de aspectos concretos que hayan de considerarse incluidos en aquella materia en función de al situación histórica de cada momento»; y ello «permite incluir dentro de ese ámbito competencial lo que en cada momento histórico haya de considerarse como régimen estatutario de los funcionarios», por ser «consecuencia ineludible de las competencias que le corresponden históricamente a la Comunidad Foral y le reconocen expresamente la Constitución y la LORAFNA.»

La funcionalidad de la actualización foral para determinar y definir el concepto de la competencia histórica se pone de manifiesto en el siguiente razonamiento (FJ 4, párrafo 5.º):

«La apelación al régimen estatutario de los funcionarios en el artículo 49.1.b) LORAFNA constituye, pues, 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, dentro del cual, según ha tenido ya ocasión de afirmar este Tribunal (SSTC 98/1985, fundamento jurídico 17 y 102/1988, fundamento jurídico 4.º), debe incluirse también la regulación de los órganos electivos de representación de los mismos en las Administraciones públicas, pues tales órganos, por su naturaleza, constituyen un aspecto esencial en dicho régimen estatutario y deben ordenarse también en

condiciones de igualdad, como es el caso de la que se contiene en el Decreto Foral 236/1984 objeto del presente conflicto.»

- B) Los límites de la competencia histórica de Navarra sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos: su especificidad.

El *plus* competencial de las facultades forales o históricas comporta la superación de los límites generales del sistema autonómico común, en este caso la legislación básica del Estado, pero no transforma en omnímoda la competencia foral.

La unidad constitucional es el límite de las competencias forales, expresado de forma genérica y, en ocasiones, también de manera concreta por la LORAFNA.

Así lo reconoce la STC 140/1990, al señalar (FJ 3, último párrafo) que:

«La competencia atribuida por el artículo 49.1.b) LORAFNA incluirá, por tanto, las competencias que sobre el régimen estatutario de los funcionarios ejercía Navarra en el momento de la promulgación de la LORAFNA (artículo 39.1.a), teniendo, sin embargo, como límites, en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (artículos 2.2 y 3.1 LORAFNA) y, en segundo lugar, el respeto de “los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos” (artículo 49.1.b LORAFNA).»

De donde, en caso de conflicto entre la normativa foral resultante del ejercicio de una competencia histórica y la legislación básica estatal, el parámetro a tener en cuenta es el singular techo autonómico de la foralidad, la unidad constitucional en su concreción estática operada por la actualización foral. En este caso (artículo 49.1.b de la LORAFNA), el precepto actualizador de la competencia foral perfila ese límite genérico como los «derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos.»

Es éste, pues, y no otro, el parámetro a tener en cuenta para enjuiciar la constitucionalidad en el ejercicio de una determinada competencia histórica, que puede prevalecer respecto de determinadas normas básicas enmarcadas en el modelo competencial común.

Por ello, el Tribunal Constitucional al referir el alcance de la competencia foral en cuestión, reitera (FJ 4) que:

«Debiendo tenerse presente que *no todas las previsiones de la legislación estatal básica relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos desplegarán ese efecto limitativo*

en relación al ejercicio de la competencia, sino sólo aquellas, justamente, que se refieran a "derechos y obligaciones esenciales".»

Expuestos esos criterios de delimitación competencial del régimen foral navarro en versión actualizada, la Sentencia constitucional aporta una concepción general y aproximativa del alcance del específico límite del artículo 49.1.b) de la LORAFNA, en el sentido siguiente (FJ 4):

«Derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios que, por lo demás, aun cuando su determinación concreta deba quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean, nos sitúan, en principio, ante aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto. De manera que, dentro del respeto a esas situaciones jurídicas que definen la esencia del régimen jurídico de los funcionarios, corresponde a la Comunidad Foral de Navarra dotar de contenido a ese estatuto funcional, y más en concreto al derecho a la participación colectiva en los órganos de representación de la función pública, aspecto esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos.»

En fin, nos encontramos ante una sentencia constitucional que ha entendido las claves de la constitucionalización de la foralidad, y, principalmente, las ha aplicado con pleno respeto a la operación mejoradora llevada a cabo por la LORAFNA.

VI. LA IRRADIACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA FORALIDAD A UN ESPECÍFICO SISTEMA COMPETENCIAL

Según hemos tratado de exponer, el Tribunal Constitucional, tras un cuestionable transitar sobre la materia foral, ha alcanzado al fin una doctrina respetuosa con la foralidad en su dimensión constitucional y actualizada, tanto para los derechos históricos vascos como para el régimen foral de Navarra, cuya diversidad histórica y actual no es olvidada.

Esta construcción sobre el significado genérico y concreto de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales y de su actualización en un plano cuasi-constitucional, constituye un hito del que no se puede volver atrás, sino que exige seguir ahondando en esa línea, a partir de esa ya sólida doctrina, que debe ser consolidada y, en su caso, potenciada (46).

(46) En esta línea de reconocimiento efectivo de la singularidad del régimen foral en su versión actualizada de la LORAFNA, téngase en cuenta la STC 179/1989, de 2 de

La trascendencia de esa doctrina constitucional para el ser mismo de la foralidad, que —creemos— ha sido expuesta más arriba, se destaca si atendemos a la tesis sostenida por el Voto Particular del Magistrado don Miguel Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer opuesto a la doctrina y al fallo de la STC 140/1990.

La caracterización estática de la foralidad, la negación del *plus* competencial de los derechos históricos y su sujeción a los límites generales del sistema competencial autonómico común, que se propugnan por este Voto Particular, colocarían al régimen foral en una situación agónica, al dirigirlo hacia su progresiva liquidación. En efecto, la foralidad quedaría diluida dentro del modelo autonómico general, al no comportar singularidad ni consecuencia práctica algunas, y sería liquidada por confusión dentro del nuevo régimen autonómico cuyo superior nivel la haría inoperante.

El freno de la sentencia constitucional a este criterio de uniformidad, que reduce a la nada la garantía constitucional de la adicional primera de la CE, tiene, a mi entender, un significado de mayor alcance.

La correcta doctrina constitucional sobre los derechos históricos, al confirmar y respetar la actualización foral llevada a cabo por la LORAFNA, reconoce el valor cuasi-constitucional del Amejoramiento del Fuero. Como señala L. DÍEZ-PICAZO (47), hay que tomarse en serio los Estatutos, ha de recobrase el valor de las cláusulas estatutarias, recordando que los Estatutos de Autonomía sólo están sujetos al patrón o canon de validez de la Constitución y son superiores al resto de las leyes, tanto orgánicas como ordinarias, del Estado que no pueden desconocer las previsiones estatutarias.

Por otra parte, el Tribunal construye una rigurosa doctrina sobre criterios objetivos de delimitación competencial consignados en la Constitución y en la LORAFNA; lo que redundará en una mayor seguridad jurídica para los operadores jurídicos que hayan de afrontar en el futuro el alcance de las competencias históricas de los territorios forales.

En fin, la plena significación en términos jurídicos de la LORAFNA conlleva un no desdeñable papel político, al confirmar la efectividad de la norma institucional básica de Navarra como instrumento de autogobierno de la Comunidad Foral.

José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA

noviembre («BOE» núm. 290, de 4 de diciembre, Ponente: López Guerra), que desestima el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la nación contra el artículo 165.2.2.º del Reglamento del Parlamento de Navarra, sobre el *quorum* especial para la aprobación en esa sede del Convenio Económico, cuyas características históricas y mejoradas se examinan en el FJ 6 de esta sentencia.

(47) Véanse sus espléndidos trabajos *Sobre la limitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 20, 1987, especialmente págs. 146-148, y *Ley autonómica y ley estatal*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 25, 1989, págs. 69 y 85.

