

# Algunas consideraciones en torno al régimen jurídico de las normas forales

(Some considerations on the legal regime of the statutory procedures)

Lasagabaster, Iñaki

Univ. del País Vasco

Fac. de CC. Económicas y Empresariales

Avda. Lehendakari Agirre, 83

48015 Bilbao

BIBLID [1138-8552 (2002), 18; 157-168]

---

*Tiene que ser terriblemente difícil gestionar todo lo que significa la Administración tributaria cuando se tiene que hacer sometido a una constante litigiosidad, a una permanente judicialización del sistema. Los conceptos armonizadores creados por la jurisprudencia tampoco tienen una argumentación que sirva para resolver casos futuros. Por lo que respecta al rango de las normas forales, no existe desde el punto de vista de la técnica jurídica ninguna objeción que realizar a la posibilidad de reconocer a las normas forales la fuerza de ley y a someterlas al control del Tribunal Constitucional.*

*Palabras Clave: Concierato económico. Tributos. Fiscal. Norma foral. Reglamento.*

*Izugarri zaila izan behar du Zerga Administrazioa den edozer, etengabe ko auzigaitasunaren, sistemaren judicializazio atergabearen mende obratu beharra dagoenean. Jurisprudentziak sorturiko kontzeptu harmonizatzaileek ere ez dute etorkizuneko kasuak konpontze ko arazoibiderik. Foru arauen mailari dagokionez, teknika juridikoaren ikusmoldetik ez dago oztoporik jartzetik foru arauetara lege indarra aitortze ko posibilitateari ez eta Konstituzio Auzitegiaren kontrolpean ezartzeari ere.*

*Giltza-Hitzak: Kontzertu e konomikoa. Zergak. Fiskala. Foru araua. Araudia.*

*Ce doit être terriblement difficile de gérer tout ce que signifie l'Administration tributaire quand il faut le faire soumis à une constante situation de litige, à une "judiciarisation" permanente du système. Les concepts d'harmonisation créés par la jurisprudence ne possèdent pas non plus une argumentation qui soit utile pour résoudre de futurs cas. En ce qui concerne le rang des normes forales, il n'existe, du point de vue de la technique juridique, aucune objection à la possibilité de reconnaître la force de loi aux normes forales et des les soumettre au contrôle du Tribunal Constitutionnel.*

*Mots Clés: Accord économique. Impôts. Fiscal. Norme forale. Règlement.*

El tema que se me ha asignado es el análisis de la potestad normativa foral y, fundamentalmente, los problemas jurídicos que suscita esta normativa foral, partiendo de su naturaleza jurídica, en las relaciones que entabla con la normativa estatal y cuáles son algunas de las peculiaridades de su régimen jurídico.

Para hablar de esta cuestión me parece que es importante hacer una pequeña reflexión inicial sobre la Disposición Adicional primera de la Constitución y del Estatuto y las consecuencias jurídicas que ésta disposición adicional ha tenido, así como sobre la necesidad de elaboración de un cuerpo doctrinal que arroje a todo lo que es lo foral desde la perspectiva del Derecho público. Lo foral ha sido conceptualizado históricamente, en nuestro caso por causa de la dictadura franquista, en gran medida desde el Derecho privado. Desde el Derecho público, cuando se juridifican los poderes y se produce en Europa –Alemania, Francia o Italia–, la juridificación de esos poderes y entran a jugar en su configuración Instituciones como los Tribunales Constitucionales, en el caso del Estado español nos encontramos con un Estado en el cuál el Derecho público evoluciona muy escasamente. Lógicamente, empiezan a configurarse algunos aspectos del Derecho administrativo pero, en general, no se desarrollan, diríamos, teorías de Derecho público, teorías que sirvan para juridificar el ejercicio del poder. Esto va a tener un reflejo en general, en la propia teoría del Estado, y, en concreto, en relación con las Comunidades autónomas y las teorías que se elaboran sobre el Estado autonómico. También tiene sus consecuencias, y yo creo que más acentuadas, en relación con las Instituciones Forales y con el Derecho foral.

Lo foral es minusvalorado desde el principio, si se atiende a la Constitución de 1978. Creo que no es exagerado afirmar la poca importancia que después de la entrada en vigor de la CE se otorgó a la Disposición Adicional. La Disposición Adicional se consideraba poco más que un adorno. Este sentimiento era también el dominante en la clase política y se puso de manifiesto en las posturas políticas que se manifestaron ante el referéndum constitucional de 1978.

Sin embargo, como dice el brocardo de la tópica jurídica, a veces la Ley es más inteligente que el legislador. Así sucede en la evolución de la interpretación de la Disposición Adicional. A muchos sorprendieron las virtualidades que estaba manifestando esta Disposición Adicional de la Constitución. En virtud de la DA se justifica el acceso de Navarra a la condición de Comunidad Foral sin respetar ninguno de los trámites que en el Texto Constitucional se establecen para la constitución de CC.AA. Quizá entonces hubiéramos también constituido Bizkaia, Araba y Gipuzkoa como Comunidades Forales. No sé qué habríamos hecho, si hubiésemos sabido en otro momento de las virtualidades de ese precepto. Después, como ha señalado el ponente anterior, el profesor Simón Acosta, nos encontramos con que hay afirmaciones muy rotundas sobre la DA, como título que nos sirve para asumir competencias, para superar los límites que en la asunción de competencias establece con carácter general el art. 149.1 del Texto constitucional.

Pero aquí no paran las cosas. En una de esas resoluciones del Tribunal Constitucional, aquí voy a disentir del amigo y ponente anterior; la virtualidad de la DA es sorprendente. Se ha dicho antes que los derechos son derechos actuales y no son históricos. Inicialmente estoy en parte de acuerdo con esa afirmación, pero si nosotros leemos la STC donde reconoce unos derechos de sindicación especiales a los funcionarios navarros, difícilmente podríamos pretender que esos derechos sindicales existieran históricamente. Es decir, que la DA y los derechos históricos nos sirven para reivindicar cosas que son absolutamente actuales, como por ejemplo los derechos de los funcionarios y su régimen jurídico privativo.

Siguiendo la reflexión sobre los derechos históricos me parece que también es importante hacer referencia a otras virtualidades que se pueden encontrar en este momento. Así, por ejemplo, en el momento político tan difícil o complicado en el que vivimos, si recordamos, hace dos años, alguna de las propuestas dirigida a la realización del principio democrático, como es la manifestación de la voluntad popular; en el llamado ámbito vasco de decisión, se planteó articularla a través de la DA primera. En la propuesta que realiza el movimiento Elkari, la DA se convierte en la clave de bóveda para llevar a cabo en Hegoalde –Bizkaia, Gipuzkoa, Araba y Nafarroa–, de la forma que en su momento fuese oportuna, un referéndum o varios. Aquí adquiere la DA un significado en clave política totalmente novedoso. Para el momento en el que nos encontramos ahora de una gran trascendencia política.

También creo que es importante hacer otra consideración sobre lo que pueden significar los Derechos Históricos y la idea de poder originario. Ahí me atrevería a hacer un añadido a lo que se ha dicho en el debate anterior: Creo que hay un elemento que puede diferenciar el poder originario del que no lo es y precisamente en la ponencia que yo trato, algunas de las cuestiones a las que voy a hacer referencia, se podrían solventar fácilmente si tuviésemos ese poder originario. Me explico. Voy a decir, tal como por otra parte ha dicho el Diputado Foral de Hacienda esta mañana, que las Normas forales, si les reconociésemos la naturaleza jurídica de ley, tendríamos que residenciarlas ante el Tribunal Constitucional y que ese puede ser uno de los instrumentos de eliminación o de reducción de la litigiosidad. Pues bien, si tuviésemos poder originario yo entiendo que nada impediría el que nosotros decidiésemos que las Normas forales tuviesen naturaleza jurídica de ley, de la misma forma que podría hacerlo el constituyente bávaro dentro de la REA, porque los bávaros o los de Hamburgo, o los de Bremen, se dan ellos a sí mismos su Constitución, respetando los límites que establece la Constitución federal. No es como en nuestro caso, que tenemos que esperar, diríamos, a que el Estado apruebe una Ley orgánica, para poder modificar cuestiones que exclusivamente nos afectan a nosotros.

Desde ese punto de vista creo que la idea del poder originario y la idea de un poder constituyente, aunque sea limitado, sigue siendo una idea absolutamente válida, necesaria y una exigencia democrática. Indudablemente la idea de soberanía hoy no puede ser igual que la idea de soberanía hace

treinta años. La evolución de esta idea de soberanía no afecta sin embargo a la lógica del concepto o de la categoría de poder originario.

Siguiendo con la reflexión sobre el régimen jurídico foral, el significado que tiene lo foral y la falta de construcción jurídica de una teoría de Derecho público foral, esa falta se manifiesta, especialmente, en el análisis de las Normas Forales. Lo anterior se pone claramente de manifiesto si se estudian las diferentes opiniones doctrinales existentes sobre la naturaleza jurídica de las normas forales. En un lapso muy breve de tiempo se ha pasado del reconocimiento de las normas forales como normas meramente reglamentarias, a considerar que las normas forales cubren el principio de reserva de ley de la misma forma que lo hacen las leyes estatales o las autonómicas.

Está escrito, y la lista de autores que podríamos citar sería bastante amplia, que la ley es exclusivamente la ley que proviene del Parlamento. Que existe una tipología de normas reglamentarias, tipología que normalmente se define como normas reglamentarias de carácter ejecutivo, independiente o de necesidad; las ejecutivas se dice que son un complemento directo de la ley; las independientes que regulan un ámbito que puede ser ocupado por ley, en cuyo caso pierden para el futuro la posibilidad de entrar nuevamente a regular esa materia. Se olvidan estos planteamientos que también existen unas normas reglamentarias autónomas, actuantes en campos que la ley no puede ocupar. Yo entiendo que hay un ámbito de la potestad normativa local, que hay un ámbito de la potestad normativa universitaria, por ejemplo, que están cubiertos por una garantía establecida en el propio Texto Constitucional y que eso lleva a que las normas, en unos ámbitos materiales también muy reducidos, pero que dictan esos entes, son normas que podríamos calificar como reglamentos autónomos. En esa misma tesitura creo que, inicialmente al menos, la naturaleza jurídica de las normas forales habría que situarla en ese estatus de reglamentos autónomos que entran en un campo del que la ley no les puede eliminar. Esta simple conceptualización ha estado también bastante ausente, como he dicho antes, del Derecho público. Si acudimos a los manuales o a las obras en que se haya podido atender al tema de la naturaleza jurídica de las Normas forales, vemos que constantemente se les negaba y que en algún caso, repito, se les daba el carácter de normas reglamentarias independientes. Claro está, la consecuencia política de esa afirmación era impresionante: si las normas forales son reglamentos independientes, evidentemente, la figura del Concierto Económico no podría jugar porque la potestad normativa en materias sometidas a reserva de ley la estaríamos residenciando en un ente que no tiene capacidad para dictar normas con rango de ley.

Sin embargo, como digo, se ha entendido que la naturaleza jurídica de las Normas forales, por lo menos, es la naturaleza jurídica de reglamentos de carácter autónomo, que cubren el mismo ámbito que en el ámbito estatal cubre la ley y, por tanto, tenemos garantizado el funcionamiento, inicialmente, del Concierto Económico como tal Institución. El reconocer esas garantías, reconocer a las Normas forales el mismo estatus que a la ley, yo creo

que cumple perfectamente los principios del Estado democrático. Y es así porque cumple el principio democrático, como componente del principio de reserva de ley, en el sentido de que las Normas Forales son dictadas por un Ente, las Juntas Generales, que son elegidas democráticamente y en segundo lugar porque tiene una justificación diríamos democrático-funcional. Y digo democrático-funcional en el sentido de que el Concierto Económico encuentra su legitimación en la DA, acompañando su legitimación democrático-funcional al hecho de estar recogida en el Texto constitucional.

A partir de esta idea nos encontramos por tanto con unas Normas forales que en algún caso se dictan en materia fiscal y otras en otros ámbitos. Evidentemente el mayor número de Normas forales, si acudimos a cualquier repertorio de Normas forales no tenemos más que contrastar u observar los libros que se suelen editar sobre Normas Forales, son normas fiscales. Tienen una importancia cuantitativa, también evidentemente cualitativa, dentro de toda la producción normativa de los TTHH. Así pues nos encontramos con una gran cantidad de normas, normas que en algunos aspectos son muy técnicas, normas también de carácter tributario que son normas variables, todos los años se deben de renovar las colecciones legislativas de las normas que regulan los impuestos. Son normas que utilizan conceptos muy genéricos, el derecho no es comprensible sin conceptos genéricos y más cuando utilizamos criterios vinculados a la progresividad, a la generalidad, etc. Aunque yo tengo que decir que no soy fiscalista por ello no me voy a meter en estos campos, pero evidentemente se utilizan muchísimos conceptos genéricos que afectan además a un gran número de personas. Las normas sobre carreteras, sí, afectan, las normas sobre montes también, pero las normas sobre impuestos nos afectan a todos. Es decir, la regulación impositiva es una regulación muy especial que tiene unas características muy peculiares y desde el punto de vista de la producción normativa tiene una trascendencia impresionante. No es como si estuviésemos hablando de cualquier otro sector. No sé si estará de acuerdo en esto conmigo el profesor Simón, pero en realidad los fiscalistas son administrativos dedicados a un sector de la Administración. Aunque también hay que decir que son los fiscalistas los primeros que elaboran ciertas teorías sobre la personificación de los poderes públicos, la teoría del fisco, o son los primeros que meten el diente al propio concepto de norma, por ejemplo, al tratar de la naturaleza jurídica de la Ley de Presupuestos a la que dedicó su atención el gran LABAND.

Todas estas normas que se dictan en el ámbito fiscal, y que afectan a otro tipo de cuestiones como las presupuestarias, en el ámbito foral están sometidas a un régimen jurídico específico y totalmente diferente del régimen jurídico estatal. La cuestión que se plantea es si todos los problemas que se pueden suscitar y todas las cuestiones que se derivan de ese régimen jurídico pueden llevarnos a que mantengamos todavía una conceptualización y un régimen jurídico de las normas forales, sobre todo de carácter tributario, que hacen al sistema tributario foral un sistema poco operativo o un sistema excesivamente problemático desde el punto de vista jurídico. Así, por decir dos o tres cuestiones sobre, por ejemplo, las normas de armo-

nización, y lo que ha dicho la Unión Europea, nos encontramos con informaciones francamente peligrosas, por llamarlas de alguna manera. Ya se ha puesto de manifiesto a la mañana. El dictamen que hace el abogado general SAGGIO sobre las Normas Forales es impresionante en el siguiente sentido: se dice que se puede conceptuar como ayuda una norma dictada por un poder público en un ámbito territorial que es limitado porque, se viene a decir, y algunos otros lo han escrito, que entonces sería muy fácil eliminar los regímenes de ayuda, porque no tendríamos más que, en Francia, póngase por caso, crear un ente autónomo que dicte normas que estableciesen un régimen jurídico peculiar; así se podrían dar ayudas sin que esas ayudas pudiesen ser atacadas desde la Unión Europea. Afirmar esto evidentemente, si se sigue a pies juntillas estas consideraciones, podría llevar a la negación de la potestad tributaria de los entes forales y a la necesidad de acomodarse a todo lo que pudiese decir el Estado.

El régimen jurídico de las Normas Forales produce que en todo el sistema fiscal, al analizar las consecuencias o los límites que se producen desde el punto de vista especialmente de la armonización, se prevean una serie de mecanismos de solución de esos problemas, mecanismos que yo considero insuficientes como la realidad lo ha puesto de manifiesto. ¿Qué mecanismos ha previsto el ordenamiento jurídico para solucionar estas disfuncionalidades entre los regímenes jurídicos forales y el estatal o para el control del régimen jurídico foral, de las Normas forales? Ha previsto algunos mecanismos internos. Los mecanismos internos no los voy a analizar: El Consejo Vasco de Finanzas, el Organó de Coordinación Tributaria de Euskadi, que se establecen para cuestiones de ámbito interno. Se establecen otros mecanismos de carácter externo y dentro de ellos estarían la Junta Arbitral, del art. 39 del Concierto, la Comisión coordinadora del art. 40 o la Comisión Mixta del Cupo. Hasta ahora, al menos por la información de la que yo dispongo, la Junta Arbitral no sé si ha funcionado alguna vez y en lo que hace referencia a los últimos problemas y a los últimos acuerdos entre el Estado y la CA y los TIHH ha sido la Comisión Mixta del Cupo la que ha actuado en esta materia. Bien, pero los problemas parecen que no se sitúan en estos mecanismos. Los problemas se sitúan en el mecanismo siguiente: la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Por qué? Porque las Normas Forales al entender que son normas que tienen un rango reglamentario están sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y esto ha llevado a que exista una litigiosidad impresionante en torno al Concierto y en torno a las Normas Forales en materia fiscal. Téngase en cuenta, como he dicho antes, que no estamos ante una regulación que haga referencia a los montes o a las carreteras. Estamos ante una regulación que se renueva anualmente, que nos afecta a todos los ciudadanos y ciudadanas de este país y que tiene un contenido técnico muy complejo.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las normas forales ¿a qué ha llevado? Ha llevado en primer lugar a que los otros mecanismos no funcionen. Los otros mecanismos han funcionado muy escasamente y la Junta Arbitral podía haber tenido un papel un poco más importante, aunque no ha funcionado. Consecuencia del escaso

funcionamiento de esos otros mecanismos ha sido el avance de la litigiosidad, que es impresionante por los datos que se me han facilitado. En el último acuerdo realizado en la Comisión Mixta del Cupo se ha renunciado a recursos que afectaban nada más y nada menos que a 87 Normas forales, si no me fallan los datos. Aunque fuesen 50 me daría igual. Afectaban además a materias muy importantes y bastante centrales en la regulación de alguno de esos impuestos. Después, dadas las características de la jurisdicción contencioso-administrativa, nos encontramos con que la resolución de los problemas, de esta litigiosidad, las sentencias de los Tribunales se producen unos cuantos años más tarde de la entrada en vigor de la norma o de su aplicación a la concesión de unas ayudas o a la liquidación de unos impuestos o cualquier otra cuestión que pueda plantearse.

¿Cuáles son las consecuencias que yo creo que no es forzado reconocer a la vista de este dibujo? Pues que es muy difícil, pienso que tiene que ser terriblemente difícil, gestionar todo lo que significa la Administración tributaria cuando se tiene que hacer sometido a una constante litigiosidad, a una permanente judicialización del sistema. Los conceptos armonizadores creados por la jurisprudencia tampoco tienen una argumentación, después de tantos años de Concierto, vamos a decir, que nos sirva para resolver casos futuros. El aumento de la litigiosidad no lleva a que se produzcan también muchas sentencias, ya que se producen acuerdos en unos casos; en otros casos se retiran los recursos, con lo que sigue avanzando una construcción conceptual muy parcial y accidental alrededor del sistema.

Esta situación ha llevado a avanzar por otros caminos y se han dado algunos pasos en clave política. Había que buscar unos instrumentos jurídicos más adecuados para esta operación y para conseguir que la normativa foral que regula los tributos sea una normativa foral que de a todo el sistema una mayor estabilidad y una mayor racionalidad.

¿Qué hacer para ello? Hay dos opciones. Una ya ha sido intentada en el Parlamento y ha sido también enunciada esta mañana. Esta posibilidad sería la del reconocimiento de la naturaleza jurídica de ley a la Norma Foral. Es decir, el reconocimiento a las Normas forales de la fuerza de ley, que las Normas forales estén sometidas al régimen jurídico de la ley y que en consecuencia el conocimiento de estas Normas forales sea competencia del Tribunal Constitucional. Esto se ha intentado hacer con dos modificaciones normativas. Una de ellas no salió y por eso la otra modificación normativa cualquiera que la lea puede constatar que falta algo.

Es conocido que están sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos, las resoluciones o las disposiciones adoptadas por las Administraciones Públicas y también lo están aquellos actos que adoptan, por ejemplo, la Mesa del Parlamento Vasco o el Parlamento español cuando hace referencia a cuestiones de personal, bienes, etc. Si nosotros atendemos a la última reforma realizada en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, Ley 29/1998, nos encontramos que en su DA dice que corresponde o entra dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso-

administrativa las disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptadas por los órganos competentes de las Juntas Generales de los TTHH.

Es decir que se está hablando de los TTHH de la misma forma o dándoles el mismo grado que a los órganos que ostentan o disponen de la potestad legislativa en el ámbito estatal o en el autonómico. De aquí entonces podríamos deducir que las normas forales entonces no están sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto podría ser un pío deseo, pero no es factible. Hay otras normas, fundamentalmente la Ley orgánica del TC; que dicen cuáles son las competencias de dicho Tribunal. Es conocido que se intentó como consecuencia de la reforma realizada en la Ley orgánica del TC la introducción de una enmienda en virtud de la cual, leo literalmente: “el enjuiciamiento de las Normas Forales de los TTHH de la CAPV se hará a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad”. Es decir que se persigue que dentro de las competencias del TC, cuando se produce la última reforma y se establece el denominado recurso de amparo por llamarlo de alguna manera a favor de la autonomía local, se quiere introducir entonces una DA que otorgue al TC la competencia para conocer de la conformidad con el Texto constitucional de las Normas forales.

Lo mismo se hace en relación con los conflictos de competencias. Esta modificación de la Ley orgánica del TC ciertamente podría haber producido una modificación de esta litigiosidad, creo por ejemplo que el hecho de Navarra puede ser quizá paradigmático en este sentido. Su litigiosidad con el Estado es sensiblemente inferior comparada a la que existe en las Vascongadas. Las normas que se hayan podido dictar en Navarra en muchos aspectos no creo que se distinguen de las vascongadas. Sin embargo estas últimas se han recurrido fácilmente al contencioso-administrativo y con las navarras sin embargo no se ha acudido al Tribunal Constitucional.

Creo que técnicamente no hay ninguna objeción desde la perspectiva jurídica porque políticamente, obviamente, cada uno puede tener la concepción que quiera, pero desde el punto de vista diríamos de técnica jurídica, no hay ninguna objeción que realizar a la posibilidad de reconocer a las Normas forales esta fuerza de ley y a someterla al régimen jurídico de la ley y en consecuencia al control del Tribunal Constitucional. En primer lugar por la propia dicción de algunas normas que se establecen en la Constitución. Cuando se habla de las competencias del Tribunal Constitucional se trata de normas con fuerza de ley y evidentemente las Normas forales son normas con fuerza de ley. Esta fuerza de ley es tal porque las Normas forales desplazan a las normas estatales de su ámbito de competencia. En segundo lugar porque las Normas forales regulan, de manera diríamos que íntegra, todo un sector del ordenamiento jurídico que en el ámbito estatal o en otros ámbitos como el Navarro están regulados por normas con rango de ley. Y en tercer lugar, porque los criterios de enjuiciamiento de la validez de las Normas forales son criterios de enjuiciamiento que se asientan en el ámbito constitucional, tanto porque algunos de los principios generales son constitucionalmente establecidos, como porque la DA, el Estatuto y el Concierto forman también

parte de eso que se da en llamar el bloque de la constitucionalidad, que actúa como elemento o núcleo del control de la conformidad con la Constitución del resto de normas del ordenamiento.

Los TIHH por otra parte tienen también individualmente la legitimación activa para recurrir ante el TC, que les ha sido reconocida en este momento en defensa de la autonomía foral y en consecuencia si se les reconoce esa legitimación activa podríamos también plantear el reconocimiento de la legitimación pasiva. Hay que añadir a todo lo anterior que las normas jurídicas tampoco establecen la naturaleza jurídica de las Normas forales. El Estatuto de autonomía por ejemplo no dice cuál es la naturaleza jurídica de las Normas Forales. Las Normas forales de Bizkaia, su norma institucional básica no dice que las Normas forales estén sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Son más explícitas las Normas Forales de Araba y Gipuzkoa que sí dicen sin embargo que estarán sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La modificación y la elevación de rango de estas normas forales y la defensa de su caracterización como normas con la naturaleza jurídica de ley precisa de unos mecanismos que la puedan hacer operativa. Se ha visto que un primer intento ha sido el de la modificación de la Ley orgánica del TC, que no ha tenido éxito. Las Normas forales así mismo tampoco podrían dotarse de ese carácter a pesar del silencio de la Norma foral de Bizkaia; la propia Norma foral no podría modificar ese carácter porque nos encontraríamos con los propios límites competenciales de autodeclaración de su régimen jurídico. De acuerdo con la Ley orgánica del TC solamente las normas con carácter de ley son las que pueden ser residenciadas ante él, a través de los recursos de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Quedaría una tercera posibilidad que sería la de modificar el Estatuto y en esa modificación plantear que la potestad legislativa, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no solamente está residenciada en el Parlamento Vasco sino también en las Juntas Generales de los TIHH. ¿Qué se lograría de esta manera? Se lograría simplemente cambiar el régimen jurídico de las Normas forales. Ese régimen jurídico que, como he dicho en un principio, es un régimen jurídico que, por todos los motivos históricos evidentes, no ha tenido una debida teorización. Que inicialmente era un régimen jurídico totalmente desconsiderado, entre comillas, por la doctrina, de tal manera que desde la perspectiva jurídica se le prestaba muy escasa atención. Sin embargo con la evolución de los acontecimientos, con la evolución política y el descubrimiento de la importancia de los TIHH, parece que llegamos a un momento en el cual la consideración fundamental que hay que hacer de este régimen jurídico es la de predicar precisamente el que las Normas forales de las Juntas Generales son Normas forales que deben de tener el mismo rango jurídico que la ley. Evidentemente, como he dicho antes, por eso decía lo del poder originario, no está exclusivamente en nuestras manos hacer esta modificación. La reforma del Estatuto exige la intervención estatal. Si la Comunidad Autónoma fuese un Estado federado, nada le impediría realizar esta modificación.

Quizá podría haber algunos caminos alambicados: una Ley del Parlamento vasco que asumiese todas las Normas forales y las dotase de naturaleza jurídica de ley. En este caso las Normas forales aprobadas por el Parlamento vasco, a través de un procedimiento de lectura única en la que se asumen íntegramente esas Normas forales, serían normas con rango de ley. Pero bueno, esto entraría más dentro del anecdotario de la ingeniería jurídica, y se señala a efectos simplemente ilustrativos.

Para concluir el análisis de este apartado podría decirse que esta cuestión jurídicamente es muy compleja. Significa introducir dentro del funcionamiento del TC y de la normativa constitucional otras variables importantes: el grado de legitimación de las instituciones forales, la cuestión de inconstitucionalidad, si esta podría aumentar de manera significativa, aunque no haya sucedido así en Navarra, etc.

Junto a este tema se me ha ocurrido también otra posible consideración a realizar en esta materia. Si bien creo que la apuesta puede ser siempre a la mayor y defender y perseguir diríamos la calificación de las Normas forales como normas con rango de ley, no evitaría tampoco, si se me permite el símil, jugar a la pequeña, como cuando se tiene duples de reyes y ases. Y jugar a la pequeña consiste en buscar otros instrumentos. Y creo que un instrumento al que le he dado unas cuantas vueltas para una ponencia de este tipo y ante un público como el aquí presente, pero que está poco elaborado, sería la creación de una institución similar a la llamada Junta Arbitral, aunque la identificaría más con la Comisión Arbitral del artículo 39 del Estatuto de Autonomía. Una Comisión Arbitral que tendría una composición y una finalidad que ahora voy a especificar:

En primer lugar tendría una composición del Estado y de la Comunidad Autónoma y una presidencia de carácter judicial. En segundo lugar las resoluciones que adoptase esa Comisión deberían de ser resoluciones no recurribles en vía contencioso-administrativa, es decir que la litigiosidad que pretenda el Estado frente a las Normas forales solamente podría ser residenciada ante esta Comisión Arbitral y no podría ser residenciada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un órgano de ese tipo podría quizá eliminar algunos de los rasgos de la litigiosidad al cerrar el paso a la jurisdicción contencioso-administrativa en la impugnación de las Normas forales. Una institución así tiene en todo caso unos problemas teóricos muy importantes a los que yo he dado una respuesta, aunque he dado una respuesta con una cierta prudencia.

En primer lugar porque a una institución de este tipo, como pudiera ser esta Comisión Arbitral Tributaria por así llamarla, podríamos plantear la objeción de que el reconocimiento de la competencia exclusiva de esa Comisión para conocer de los conflictos que puedan existir entre el Estado y la Comunidad Autónoma en relación con las Normas forales podría ir en contra del derecho a la tutela judicial efectiva. Yo, frente a una serie de autores que han hecho esta misma afirmación respecto de la Comisión Arbitral prevista en el art. 39 del Estatuto, tengo que disentir. Y tengo que disentir por la

siguiente razón: creo que el Estado no tiene derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco creo que lo tienen la Comunidad Autónoma o la Diputación Foral. Los entes públicos tienen competencias no tienen derechos, y en el ejercicio de esas competencias tienen derechos, pero no tienen derechos si no tienen competencias. En algunos casos la competencia puede consistir en la titularidad de un derecho. El derecho no sirve sin embargo para asumir competencias que no se tengan. El derecho a la tutela judicial efectiva entra dentro de las posibilidades de actuación de una Administración cuando el ordenamiento jurídico le reconoce la legitimación para recurrir a los Tribunales, reconociéndole capacidad procesal. Si no se le reconoce esa capacidad, se le está negando una competencia no un derecho. Pues bien, yo creo que no hay ningún argumento jurídico que oponer a la limitación de la legitimación del Estado o de cualquier Ente público, de su competencia para impugnar las Normas forales y en reducir la legitimación de esa impugnación y limitarla en esos supuestos a acudir a la Comisión Arbitral –dicho esto sucintamente porque la hora ya se echa encima–.

En segundo lugar creo que a esta institución así concebida se le podría oponer otro problema y es el de que está ejerciendo poderes jurisdiccionales; en absoluto. Las resoluciones de esta Comisión Arbitral no tendrían valor de cosa juzgada, tampoco afectarían a las relaciones entre los entes forales, entre las normas forales por así decir; y los ciudadanos, porque los ciudadanos y ciudadanas sí tenemos derecho a la tutela judicial efectiva en la defensa de nuestros intereses y los ciudadanos y ciudadanas no tendríamos ningún límite en la posibilidad de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En tercer lugar se dice que aquí podría ponerse en cuestión el Estado de Derecho. Yo creo que el limitar la capacidad procesal del Estado o de otros Entes públicos, su legitimación para la interposición de los recursos, no pone en cuestión el Estado de derecho. En realidad lo que se hace es limitar las competencias del Estado o de esos Entes públicos, limitar los instrumentos que puede utilizar para acudir a los Tribunales y el Estado de derecho yo creo que se mantiene plenamente porque los particulares pueden acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos. Por otra parte, podríamos también considerar que hay algunas relaciones jurídicas entre entes públicos que tampoco están sometidas a la potestad jurisdiccional, al Poder Judicial. El TC propiamente no es Poder Judicial. Los Entes locales sufren unas grandes limitaciones para poder defender la autonomía local que la CE garantiza. Los conflictos de atribuciones, que también tienen que ver con normas, no se solventan por Tribunales y habría que reflexionar mucho también sobre la propia naturaleza de la Sala de Conflictos en los conflictos de jurisdicción y en su propia composición.

En definitiva, y con esto acabo, lo que he querido poner de manifiesto son dos o tres cuestiones. La principal es que el régimen jurídico foral es un régimen jurídico que necesita de una construcción jurídica hecha desde el Derecho público, que le permita desarrollar las funciones para las cuales existe esa normativa foral y teniendo en cuenta que en otros ordenamientos,

como en el estatal, o como en el caso autonómico de Navarra, ese régimen jurídico se hace a través del régimen jurídico de la ley. Yo creo que la construcción que es necesaria realizar en esta materia tiene que ir precisamente en esa línea de garantizar a las Normas forales ese estatus y ese régimen jurídico. Junto a ello creo que, como he dicho antes, hay que apostar a la menor, sin modificaciones quizá tan fuertes, en la línea de adoptar algunas instituciones como la Comisión arbitral, aunque tampoco tienen que ser como las que he enunciado hoy, y que podrían establecerse también en la propia Ley del Concierto. De esta manera se podría eliminar la litigiosidad que es tan fácil para el Estado, eliminando precisamente la posibilidad de que el Estado pueda acudir a los Tribunales. En tercer lugar creo que esta configuración del Derecho foral y esta conceptualización del Derecho público es muy importante porque también es necesario trasladar a otros ámbitos, como el ámbito europeo, que el régimen foral no es un régimen simplemente de entidades locales, que es mucho más y que necesariamente ese régimen jurídico-foral debe de ser contemplado desde el ámbito europeo como si del régimen jurídico estatal se tratase.