

## Prólogo

Miguel Herrero de Miñón

---

Me llena de satisfacción prologar esta obra –fruto de un sugestivo trabajo– del joven y prometedor jurista Xabier Ezeizabarrena, y ello por varias razones.

Primero, por pertenecer el autor a esa generación de constitucionalistas que se han incorporado a la vida académica y profesional en plena vigencia de la Constitución de 1978 y, en Euskadi, del Estatuto de Autonomía de 1979. Merced a ello, sus trabajos de investigación no han divagado por los aledaños de la politología o el comparatismo sino versado sobre un Derecho positivo cargado de intereses políticos, lo que permite construir un Derecho constitucional plétórico de vida y, como todo lo vivo, sumamente complejo, polémico y difícil ¡Solamente lo inerte aparece simple, tranquilo y fácil, aunque a la postre, la corrupción, forma de vida inferior, no sea menos complicada!

Xabier Ezeizabarrena aborda tal complejidad con gran rigor de jurista, pero, al hilo de analizar técnicas procesales, sabe trascender el seco formalismo, al que tantos estudiosos del Derecho sucumben, y muestra cómo los problemas y conflictos que el Derecho, todo Derecho, está encargado de resolver no pueden reducirse a técnicas rituarías, sino que tienen una propia substantividad que, en el Derecho constitucional, es política, como en el mercantil es económica. Abordar tan irsuta sustancia con los instrumentos que el Derecho proporciona es verdadera “prudentia iuris”. Olvidarla para aferrarse sólo a éstos, tomando el instrumento por el fin, es lo que Antonio de Luna denominaba “versión soteriológica del derecho”, que mediante una hiperracionalización, lamentada después por sus propios adalides –desde Kelsen a Mirkine Guetzevitvch–, pretendía reducir la política a normas procesales.

Las páginas que siguen a estas mías abordan, en efecto, tan magna cuestión como es la de las relaciones entre los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra, que la Disposición Adicional Primera de la Constitución “ampara y respeta”, y el Derecho comunitario. Esto es, nada menos que el futuro del autogobierno y de la identidad vasca en la Unión Europea, dando por supuesta la mayor integración de ésta. Y lo hace cara al viento, esto es, atisbando riesgos y propugnando soluciones. Interpretativas unas y “de lege ferenda”

otras, todas amparadas en el Derecho positivo y en su exégesis doctrinal y jurisprudencial. Se trata de escudriñar el significado último de las normas; en eso consiste interpretar, para hacerlas servir mejor a su espíritu y finalidad, preparando, incluso, su reforma si eso fuera menester. En allanar el camino al legislador y aún en guiarle y no sólo en aplicar sus decisiones, decía Philip Heck, consiste la más alta función del jurista. Comprenderá el lector que prologar una obra semejante, aunque no se coincida con todas y cada una de sus tesis, es ya motivo de gran contento.

Por otra parte, y es también ésta una importante causa de satisfacción, la obra de Xabier Ezeizabarrena confirma en gran medida mis propias tesis. La primera, repetida hasta la saciedad ante nacionalistas ingenuos, que el horizonte “escatológico” de la integración europea no facilitaba la consolidación del autogobierno vasco sino que, sin imposibilitarlo, lo complicaba muy mucho. La segunda, probablemente de mayor alcance, puesto que no mira a lo que pudo ser sino a lo que está delante, el carácter normativo e institucional de los Derechos Históricos, concepto que contribuyó a constitucionalizar y a cuya decantación doctrinal he dedicado no pocos esfuerzos, de los que la presente obra da generoso testimonio.

En efecto, los Derechos Históricos, pese a su constitucionalización en 1978, fueron primero maltratados y después marginados por la doctrina y si algo ha resultado contradictorio y confuso es la jurisprudencia constitucional sobre los mismos. En un libro ya viejo, dejé abundantes pruebas de ello<sup>1</sup>. Pero la práctica ha demostrado el singular alcance de la categoría en cuestión y de su constitucionalización. Un reciente trabajo del profesor Javier Corcuera, quien hace años no dudaba de calificar de míticos a los Derechos Históricos<sup>2</sup>, hoy reconoce que la Adicional primera “no se trataba de una norma vacía y tempranamente mostró su efectividad”<sup>3</sup>. Así, según el propio Corcuera, asumir competencias singulares no generalizables a las otras Comunidades –como financiación, policía autonómica y educación–, llegando de esa manera a definir un nuevo titular de Derechos Históricos, el propio Euskadi; construir una autonomía de los propios Territorios Históricos; fundamentar un sistema de relaciones bilaterales entre el Estado y la Comunidad Autónoma y entre ésta y sus Territorios Históricos; propugnar y en cierta medida –reforma de la LOTC– conseguir un grado de exención de control jurisdiccional; y la propia fundamentación singular de la autonomía vasca es lo que la Adicional Primera ha permitido hasta ahora<sup>4</sup>. No es de extrañar que la doctrina,

---

1. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Idea de los Derechos Históricos”, Austral, Madrid, 1991, págs. 17 y ss. Después, la confusión no ha dejado de crecer.

2. J. CORCUERA, “La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y Autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, págs. 9 y ss.

3. J. CORCUERA, “La constitucionalización de los Derechos Históricos”, Madrid (CEPC) 2002, pág. 114.

4. *Ibid.* págs. 117 y ss.

abandonando las reticencias iniciales, haya abundado en tan fecunda categoría y que seamos muchos los que confiemos en su utilidad futura<sup>5</sup>.

Es en esa corriente de revalorización de los Derechos Históricos donde se inserta la obra de Ezeizabarrena y, para los fines que persigue, insiste en dos aspectos que me son especialmente caros. Por un lado, en la noción de pacto que los Derechos Históricos suponen en cuanto expresan algo anterior y exterior a la Constitución puesto que sólo lo anterior y exterior se respeta y ampara. Ideas, las de externidad y consiguiente pacto, que, como el propio Ezeizabarrena señala (3, 3.3 y 3.4), son la mejor línea de defensa frente a la Unión Europea de la autonomía fiscal que el Concierto Económico instrumenta.

Por otra parte, en la idea de marco constitucional como límite a la actualización prevista en la Adicional Primera, un marco que, claro está, no puede ser toda la Constitución, puesto que en tal caso la Adicional primera sería superflua y, según señalara en su día Muñoz Machado<sup>6</sup>, como su propio nombre indica, lo que pretende es adicionar algo a las previsiones del cuerpo de la Constitución: la exención de su total literalidad y la remisión a su “principalidad”. La obra que sigue (4, 4.1) contiene pruebas de todo ello que deben sumarse a las que entre todos hemos ido aportando. El “marco”, en consecuencia, no es todo el Título VIII, sino determinados principios; una Constitución substancial.

Cuál sea ésta no es fácil de determinar, y el Tribunal Constitucional, que debiera haber estado a la altura de las circunstancias, fracasó a la hora de señalar una serie de principios que parecen más propios del índice de un manual de práctica administrativa<sup>7</sup>. Pero a mi juicio la tesis del ilustre Demetrio Loperena<sup>8</sup>, seguida por el autor de este libro, y que reduce el marco infranqueable por la actualización de los derechos históricos a los derechos fundamentales, peca de escasa por tres razones.

Primero, porque los Derechos Fundamentales no son un límite sino un ambiente. Se encuentran en la Constitución de 1978 (título I), en el propio Estatuto (art. 9), en la Unión Europea (art. F,2 TUE), aún antes de que su hipotética futura Constitución dé fuerza normativa a la Declaración acuñada en Niza y hasta en el Derecho Internacional General. Precisamente porque

---

5. J. ARRIETA, “Las imágenes de los Derechos Históricos: un estado de la cuestión” en Herrero-Lluch (eds.), en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Bilbao (Fundación BBV), 2000, págs. 225 y ss.

6. S. MUÑOZ MACHADO, “La Disposición Adicional Primera”, en Martín Retortillo (ed.), *Derecho Público Foral de Navarra*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 235 y ss.

7. STC 16/1984, FJ 2.

8. D. LOPERENA, “Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos”, en *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos*, San Sebastián (UPV-EHU), 1985.

los Derechos Fundamentales se han, felizmente, universalizado, son inútiles a la hora de identificar ni un fenómeno de integración política –de ahí la futilidad del llamado Patriotismo Constitucional de Habermas– ni un límite constitucional.

Segundo, porque hay en la Constitución de 1978 elementos que la actualización no puede marginar sin romper su “marco”. Y no son éstos competenciales, según demuestra el mecanismo del art. 150 CE, sino institucionales. Lo que los foralistas liberales del siglo XIX denominaban una “comunidad de Rey y de representación en Cortes”, que viene a ser el contenido del Título Preliminar de la propia Constitución y sin los cuales no parece viable una vinculación constitucional de la “anexa pars” que puede ser Euskadi con el Estado.

Tercero, porque los Derechos Fundamentales en que insisten Loperena y el propio Ezeizabarrena deberían prolongarse en la noción de derechos colectivos como ya en su momento apuntó Bartolomé Clavero<sup>9</sup> y que tienen un ingrediente institucional que desborda la propia declaración de derechos. Sin embargo, ¿acaso el más radical de los liberalismos no ha puesto de manifiesto, desde Taylor a Kimlycka, cómo son estos derechos de cuarta generación el imprescindible horizonte para la efectividad de los mismos derechos fundamentales individuales? Y las propias páginas que siguen a este Prólogo ponen en conexión tales derechos colectivos con la identidad política de los titulares de Derechos Históricos.

Que de todo ello resulte la idea de una Comunidad Europea como “sumatorio de pactos constitucionales” (4, 4.3), internos a cada Estado, entre los propios Estados y, en virtud del mismo proceso de integración, entre los propios cuerpos políticos de diverso tipo, estatal y no estatal, que hay en la Unión, es una de las ideas más atractivas de la obra de Ezeizabarrena. Sus consecuencias, de la mayor trascendencia práctica, como el necesario protagonismo comunitario de los titulares de Derechos Históricos, avalado por el Derecho comparado más autorizado y por la doctrina más solvente y que tanto escandaliza a la corte de políticos ignaros.

Los Derechos Históricos no se sitúan en el pasado del pueblo vasco sino en su futuro y por ello despliegan su eficacia a través del tiempo sin que sus virtualidades puedan tenerse por agotadas. Mera reivindicación política en la que podían coincidir fueristas liberales, socialistas vasquistas por solidarios con su pueblo, tradicionalistas, nacionalistas y euskalerriacos, fue la categoría capaz de hacer la transición del fuerismo al constitucionalismo moderno. Ya constitucionalizados, han permitido construir política y administrativamente una autonomía singular, en su estructura politerritorial interna y en su

---

9. B. CLAVERO, “Derechos humanos (individuales) y derechos históricos (colectivos)”, en Herrero-Lluch (eds.), *“Derechos Históricos y constitucionalismo útil”*, cit. págs. 61 y ss.

acervo competencial. A mi entender, pueden y deben contribuir decisivamente a consolidar las relaciones del Pueblo Vasco y de sus propias instituciones con el Estado y, como plantean las páginas que siguen, a insertar a ese Pueblo en la Europa en vías de integración. Plantear la cuestión es el mayor mérito de esta obra.

## ABREVIATURAS

BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> , Boletín Oficial de la República Federal (Alemania o Austria)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOG	Boletín Oficial de Gipuzkoa
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CAV	Comunidad Autónoma Vasca
CC	Código Civil
CC.AA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
DD.HH	Derechos Históricos
DF	Decreto Foral
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública
JORF	Journal Officiel de la République Française
LBRL	Ley de Bases del Régimen Local
LCF	Ley Constitucional Federal de Austria
LF	Ley Foral
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LTH	Ley de Territorios Históricos
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TT.FF	Territorios Forales
TT.HH	Territorios Históricos
TT.II	Tratados Internacionales
TUE	Tratado de la Unión Europea

Demetrio Loperenari,  
Aezkoako lagun eta maisu nafarra

Ubinam gentium sumus?  
Cicerón  
(Catilinas, I, 4, 9)

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El tema abordado en el presente estudio pretende desgranar la problemática jurídica derivada de la complicada situación de los Territorios Forales respecto a la formación, desarrollo y aplicación del Derecho Comunitario<sup>2</sup>.

En el caso que nos ocupa, estas instituciones se enfrentan a retos de difícil encaje jurídico e institucional en el seno comunitario a causa de sus hasta hoy escasas posibilidades de participación activa en todos los niveles comunitarios. Dentro del ámbito del Estado español, ello se ha debido en gran medida a una lectura centralista y alejada de la realidad constitucional en la materia que los sucesivos gobiernos centrales han venido reiteradamente manteniendo<sup>3</sup>.

---

1. La realización de este estudio ha sido posible gracias a una Ayuda a la Investigación otorgada por la Sección de Derecho de Eusko Ikaskuntza-Sociedad de Estudios Vascos en el año 2000.

2. A modo de presentación general resulta más que ilustrativo el artículo de J. M. CASTELLS ARTECHE, "Europa-Euskal Herria", *Euskonews & Media* nº 31, <http://www.euskonews.com>.

*"¿Qué decir de las realidades infraterritoriales que pueden recibir un nombre genérico de Región? Aquí, la visión europea -de sus sujetos políticos protagonistas- denota una cierta miopía: la región está bien como nivel de apreciación económica, pero es desechable si se trata de situarlas a niveles parejos a los Estados. Parece que su involucración participativa en las políticas e instituciones europeas es un dato positivo, digno de apoyo, pero en estricta subordinación al papel esencial de los Estados miembros".*

3. G. JÁUREGUI así lo ha dejado claro afirmando que *"a la hora de establecer en el texto constitucional de 1978 las disposiciones necesarias para hacer factible el proceso de integración de España en las Comunidades Europeas, los constituyentes no tuvieron en cuenta la estructura autonómica del Estado y, en consecuencia, no previeron medida alguna tendente a regular la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con la Unión Europea o con las actividades internacionales en general.*

*Los diversos Estatutos de Autonomía intentaron paliar, siquiera parcialmente, la ausencia de esta regulación en el texto constitucional. A tal efecto establecieron, de forma generalizada, diversas disposiciones tendentes a favorecer el ejercicio, por parte de las Comunidades Autónomas, de una cierta actividad "externa" tanto en la fase ascendente como descendente. Sin embargo, por una serie de razones cuya explicación excede el marco de este trabajo, lo cierto es que tales disposiciones estatutarias no ofrecían por sí mismas una base suficiente para articular, en toda su complejidad, la participación de los entes territoriales en la Unión Europea.*

*Como consecuencia de todo ello no tardaron en producirse importantes conflictos derivados de la pretensión de algunas Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades de carácter externo. Conflictos que se extendieron al ámbito del derecho comunitario tan pronto como se produjo el ingreso efectivo de España en la Unión Europea". Véase su trabajo "La actividad internacional de la CAPV. La implicación europea", *Euskonews & Media* nº 36, <http://www.euskonews.com>.*

De todos es conocida la estructura descentralizada que preside el ordenamiento jurídico español, a mitad de camino entre un Estado federal en toda regla y aquellos otros que se decantan por modelos más centralizados, con meros reconocimientos de realidades regionales simbólicas<sup>4</sup>. Centrándonos por ejemplo en el caso vasco y navarro, resulta incuestionable que los Gobiernos autonómicos ostentan un buen número de competencias legislativas de notabilísima importancia, cuya virtualidad y eficacia futuras bien pudieran quedar desdibujadas, a causa de la cesión unilateral de soberanía llevada a cabo por el Estado desde su adhesión a la Comunidad Europea<sup>5</sup>.

Desgraciadamente, los hechos demuestran con creces que, durante todo este proceso temporal, las Comunidades Autónomas en general y en concreto los Territorios Forales a cuyo ámbito territorial quiere dedicarse este estudio no han gozado de protagonismo alguno, viéndose casi siempre sorprendidos por un proceder insolidario e irrespetuoso de nuestros sucesivos gobiernos centrales. A todo ello han colaborado el Tratado de Roma y sus sucesivas reformas<sup>6</sup>, dotando de vías de intervención residuales a los entes subestatales, tanto a nivel meramente institucional, como ante el Tribunal de Justicia Comunitario.

Por otro lado, y al margen de la cesión inicial de soberanía antedicha, la Comunidad Europea ha ido paulatinamente asumiendo más y más competencias de diversos ámbitos, con la consiguiente e inevitable influencia en las competencias legislativas, ejecutivas y de desarrollo de las Comunidades Autónomas bajo las que han quedado enmarcados los Territorios Forales,

---

4. E. L. MURILLO DE LA CUEVA sostiene que en otros contextos se ha desarrollado la participación sub-estatal en el fenómeno comunitario de manera mucho más integradora. La diferencia se sustenta en que en otros lugares nos encontramos ante un largo proceso evolutivo, mientras en España se ha desarrollado al tiempo la construcción interna del Estado y su adecuación a la realidad comunitaria. Así, el indudable avance en la descentralización interna no ha venido acompañado *“de fórmulas eficaces de integración de las Comunidades Autónomas en la organización estatal. Esto es, de participación directa y efectiva en la formación de la voluntad del Estado. Tanto cuando ésta se proyecta ad intra como cuando lo hace ad extra.*

*Creo que no estamos ante un problema meramente cuantitativo, técnico o de eficiencia del sistema, sino de coherencia con decisiones políticas fundamentales que figuran en la Constitución”. Véase su estudio “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Civitas, 2000, págs. 38 y 39.*

5. El concepto que utilizo generalizadamente durante el presente estudio es el de Comunidad Europea y no el de Unión Europea, pues son algunos de los principios que inspiran la Comunidad los que eventualmente cuestionan aplicaciones concretas de los Derechos Históricos; es igualmente la Comunidad la que reiteradamente se menciona durante todo el tenor literal del TCE, y todo ello debido básicamente a que es precisamente la Comunidad la que goza de personalidad jurídica y no la Unión.

6. En el momento de publicarse este estudio tanto el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) como el Tratado de la Unión Europea (TUE) se encuentran en vigor con las reformas y numeraciones vigentes tras la entrada en vigor del Tratado de Niza el 1-2-2003.

esto es Euskadi y Navarra<sup>7</sup>, cuyas cotas y márgenes de maniobra política y jurídica se han visto considerablemente mermados, sin que el Gobierno central se haya decidido a arbitrar mecanismo de cooperación alguno hasta bien entrada la década de los noventa<sup>8</sup>.

Estas y algunas otras que pretendo desarrollar son las razones básicas que impulsan la reflexión necesaria sobre una problemática cada vez más enconada y de solución incierta, pues no en vano ha de recordarse como primera conclusión que a las Instituciones Comunitarias poco o nada les importa quiénes sean a nivel interno los responsables de la transposición y cumplimiento de las normativas comunitarias, siempre y cuando éstas se cumplan. Ahora bien, en caso de incumplimiento, transposición insuficiente o incorrecta, etc., ha de hacerse constar que el Derecho Comunitario sólo hará responsable último de tales eventos a los Estados miembros, y nunca a las entidades territoriales que los constituyen.

---

7. La raíz foral común de ambas Comunidades Autónomas se manifiesta, como veremos, en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y en sus desarrollos posteriores y preceptos concomitantes. Pero, por otro lado, y frente a la argumentada inexistencia histórica y jurídica de Euskal Herria, el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, aprobada por las Cortes) estipula en su art. 1 que *“El Pueblo Vasco o Euskal Herria, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español bajo la denominación de Euskadi o País Vasco, de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica”*.

La concreción territorial de lo anterior también ha sido refrendada por las Cortes en el tenor de los arts. 2.1 y 2.2 del Estatuto Vasco:

Art. 2.1: *“Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como Navarra, tienen derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”*.

Art. 2.2: *“El territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco quedará integrado por los Territorios Históricos que coinciden con las provincias, en sus actuales límites, de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como la de Navarra, en el supuesto de que esta última decida su incorporación de acuerdo con el procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Constitución”*.

Véanse las Sentencias del TC 94/1985, de 29 de Julio y 99/1986, de 11 de Julio.

8. En este contexto resulta fundamental la distinción entre los conceptos de “cooperación” y “participación” acometida por E. L. MURILLO DE LA CUEVA, en su trabajo “Comunidades Autónomas y política europea”, op. cit., págs. 60, 61, 63 y 65. Según el citado autor la participación se atribuye constitucionalmente a los entes subestatales en base al interés general, para permitir concretar, dentro de la Constitución, el alcance competencial que se reserva al Estado en cada materia. La participación se basa, por tanto, en el interés general y en la integración autonómica en el Estado mismo. Por su parte, la cooperación es un principio que busca la utilización de técnicas de relación entre los gobiernos y/o administraciones, que se desarrolla dentro del ejecutivo en ejercicio de las propias competencias pero sin afectar a su delimitación. Lo importante es, en todo caso, que *“la participación no tiene que quedar limitada en función de las competencias concretas de cada Comunidad Autónoma sino que responde a una exigencia estructural del Estado, a la necesidad de integración de los elementos de esa estructura dotados de autonomía política para la gestión de los intereses respectivos (arts. 2, 69.1 y 137 CE)”*. De hecho, la importancia constitucional de la cooperación no ha de mezclar ésta con la participación. Ha de lograrse una fluida relación entre todas las administraciones en los asuntos comunitarios. Si la cooperación es útil para aproximarse a la participación, la primera no logra nunca sustituir a esta última.

Por tanto, nos encontramos ante una problemática complicada, pero no por ello menos apasionante, una de cuyas manifestaciones jurídicas tuvo lugar durante el mes de septiembre de 1997 cuando, dentro de las negociaciones del Tratado de Amsterdam, el Gobierno central español evitó sin justificación lógica alguna la firma de la Declaración anexa al nuevo Tratado presentada por Alemania, Bélgica y Austria de cara a la positivización definitiva de alguna vía de participación de las entidades subestatales en las instituciones comunitarias. Es evidente que ello tiene especiales consecuencias jurídicas y políticas en países como los mencionados o España, todos ellos de clara vocación descentralizadora; y en los cuales la debida aplicación del principio comunitario de subsidiariedad debiera constituir una pieza básica del funcionamiento y reparto de competencias, tanto entre la Comunidad Europea y los Estados, como entre éstos y las entidades subestatales.

Tras los hechos que acabo de narrar, la situación se ha tornado irreversible respecto a la Declaración en cuestión, de modo que España es, en estos momentos, el único país de la Comunidad Europea, dentro de los realmente descentralizados, que no ha suscrito la ansiada Declaración de fomento de la participación regional en el contexto institucional comunitario. Ello bien pudiera haberse evitado desde tiempo atrás, ubicando al menos un representante autonómico en la delegación del Estado que negoció el Tratado. Así vienen haciéndolo alemanes, austríacos y belgas con representantes de los Länder y Regiones belgas<sup>9</sup>. En el caso español, no fue así, por lo que se consagra la sospecha de una falta total de voluntad política en la materia, siempre tendente a evitar cualquier posibilidad de participación subestatal en las delegaciones del Estado en los Consejos de Ministros de la Comunidad Europea<sup>10</sup>.

De este modo, la Comunidad Autónoma Vasca, los Territorios Forales que la conforman y la Comunidad Foral de Navarra carecen en la actualidad de un cauce de representación directa en las Instituciones de la Comunidad Europea, mientras que, en cuanto a sus vías de intervención ante el Tribunal de Justicia, éstas han de verse amparadas en las previsiones indirectas dictadas para determinados supuestos respecto a las personas jurídicas legitimadas para acudir al Tribunal, pues las entidades subestatales carecen todavía de legitimación activa directa para entablar o personarse en los procedimientos suscitados ante aquél.

---

9. E. L. MURILLO DE LA CUEVA, "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000, pág. 143, añade junto a estos tres Estados el caso más reciente del Reino Unido.

10. A. MANGAS MARTÍN también se ha referido a esta cuestión afirmando que *"en todo lo relativo a la participación europea de las Comunidades Autónomas, el Estado ha carecido de estrategia y prácticamente todos los pasos positivos andados (...) se han logrado por la constancia de la lucha de las Comunidades Autónomas en todos los frentes, ya fuera el político, ya fuera el judicial"*; "La participación directa de las Comunidades Autónomas en la actuación comunitaria: fase preparatoria", en P. PÉREZ TREMPES (coord.), "La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas", Marcial Pons/Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1998, pág. 542.

Lógicamente, la propuesta esbozada en esta introducción aboga por una participación directa de Euskadi y Navarra ante la Comunidad Europea, pero no independiente, sino en armonía con los restantes intereses estatales en base al principio comunitario y constitucional de solidaridad<sup>11</sup>. Esto ha de significar la participación de Euskadi y Navarra en los Comités de la Comisión, en el Consejo de Ministros y en los órganos de trabajo, como órganos definidores de las nuevas políticas y normativas; al tiempo que vías de gestación de los futuros Tratados<sup>12</sup>.

Tal ha sido el camino ya esbozado por alemanes, austríacos y belgas. En el primero de los casos, los Länder participan ya como observadores en los distintos órganos, mientras en el caso belga existe un sistema de representación rotatorio hasta tal punto que un consejero flamenco puede llegar a presidir un Consejo de Ministros de la Comunidad.

Algunas de las vías fundamentales para profundizar en lo antedicho son las que se reproducen a continuación:

### **1.1. El fortalecimiento del Parlamento Europeo tras los Tratados de Amsterdam y Niza**

A nadie escapa la nula representatividad real que esta institución ha venido encarnando sobre los ciudadanos como verdaderos protagonistas de la soberanía de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad. Los Tratados de Amsterdam y Niza vienen a mitigar en lo posible esta laguna, supliendo el déficit democrático acusado con nuevas técnicas y procedimientos que doten al Parlamento del protagonismo que merece como institución que ha de representar en suma la verdadera y última soberanía de la Comunidad Europea.

---

11. Igualmente se manifiesta E. L. MURILLO DE LA CUEVA, "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000, págs. 133, 143 y 146. Para ello, este autor exige la superación de la articulación del sistema de participación autonómica en base al criterio de la competencia exclusiva, para basar el mismo en el de los intereses afectados por las distintas decisiones comunitarias. *"La intervención autonómica en el proceso de formación de la voluntad estatal ha de basarse en el interés respectivo. El fundamento de esa simetría está en el artículo 137 CE que acude al concepto del interés para describir genéricamente el ámbito sobre el que ha de proyectarse la autonomía de los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas. En coherencia con ese criterio, los artículos 148 y 149 CE determinan las funciones que sobre las materias que allí se enuncian (competencias) son asumibles por las Comunidades Autónomas en virtud de sus estatutos para la gestión de dichos intereses"*.

12. Para E. L. MURILLO DE LA CUEVA, *"el ejercicio por las Comunidades Autónomas de la función-poder que implica ser parte en el proceso de elaboración, preparación y decisión de los acuerdos del Consejo de Ministros de la Unión Europea no sólo es legítimo sino, también, conveniente cuando se discuten cuestiones en las que tengan un interés directo e inmediato. Condiciones que, en términos generales, cumplen mejor las Comunidades Autónomas que el Estado ya que es en su ámbito de actuación donde más inciden las políticas comunitarias. Por otra parte, esa presencia directa en la maquinaria comunitaria y, en particular, en los órganos decisorios, contribuye a impulsar y dinamizar la construcción europea y, en cierto modo, a acercarla a los ciudadanos, pues es evidente la mayor proximidad que tienen para ellos las instituciones autonómicas"*. Véase su trabajo "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000, págs. 123 y 124.

## **1.2. La presencia del País Vasco y Navarra en el Consejo y en la Comisión de la UE (art. 203 TCE)<sup>13</sup>**

Se pretende aquí analizar la realidad jurídica emanada del citado artículo con su nueva redacción en la versión del Tratado de Amsterdam y las consecuencias que de ello puedan derivarse para Euskadi y Navarra, tomando siempre como horizonte más cercano el modelo ya desarrollado al efecto por países descentralizados como Alemania, Austria o Bélgica.

## **1.3. Las instituciones subestatales ante el TJCE, especial referencia al País Vasco y Navarra**

Se abordará un análisis jurídico-técnico de las consecuencias derivadas del Acuerdo de 11 de diciembre de 1997 de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este Acuerdo ha sido firmado por todas las CC.AA, a excepción de la del País Vasco.

## **1.4. Vías subsidiarias de legitimación subestatal ante el TJCE: el País Vasco y Navarra como personas jurídicas ante la Comunidad Europea**

En este caso, el análisis pretendido buscará profundizar en los avatares jurídico procesales que hasta hoy se han dirimido ante el TJCE para lograr tímidas participaciones subestatales ante el mismo. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, esta es una vía de legitimación que no ha de desmerecerse pues ofrece variaciones y posibilidades inexploradas aún.

Todo lo que antecede constituye un mero adelanto esquemático de las distintas vías de reflexión que, *lege ferenda*, inspirarán el contenido final del estudio. Para ello, resulta imprescindible abordar siquiera brevemente algunos apuntes históricos sobre el entramado jurídico que sirve para explicar y presentar la problemática de los Derechos Históricos en los distintos contextos territoriales de Euskal Herria. En este ámbito, muchas y diversas son las perspectivas bajo las cuales cabe abordar el estudio singular del significado de los Derechos Históricos de los Territorios Forales. Cualquiera de ellas ha de considerarse válida en tanto en cuanto su solidez interpretativa se asiente sobre unas bases de motivación medianamente razonables. Sin embargo, he de adelantar que la premisa irrenunciable de mi análisis desea abordar la cuestión y su evolución histórico-jurídica, como manifestación de instituciones jurídicas que se han mantenido vivas hasta nuestros días y que siguen rigiendo una buena parte de las relaciones jurídico públicas de los

---

13. Antiguo art. 146 TCE.

Territorios Forales con el Estado, junto a las de aquéllos en su específica estructuración y peculiaridades internas frente a las provincias de régimen común<sup>14</sup>.

La peculiaridad de la foralidad pública vasca y navarra ha mantenido una constancia histórica y común más que patente en nuestros textos normativos y constitucionales<sup>15</sup>. Como punto de partida, debo reiterar en estas líneas la curiosidad, nada gratuita y puesta de manifiesto por LOPERENA<sup>16</sup>, surgida de la similitud entre la Disposición Adicional 1<sup>a</sup> de la Constitución de 1978 y la Ley de 25 de Octubre de 1839<sup>17</sup>. Si, como ávidamente sostiene este autor, la Ley de 25-10-1839 confirma los fueros vascos y navarros a un tiempo y mediante un sistema absolutamente común, la DA 1<sup>a</sup> ampara y respeta los Derechos Históricos de los citados territorios. Como bien recoge LOPERENA,

“una remite a una futura ley su adaptación a los mínimos de uniformidad que exigía la Constitución, y la otra con distinta expresión contiene idéntica propuesta. No debe seguir confundiendo actualización de los derechos históricos con puesta en vigor de normas o instituciones del Antiguo Régimen, ya que la actualización en 1839 y en 1978 implica, simplemente, la adaptación del autogobierno foral a los parámetros convivenciales e institucionales establecidos en la Constitución. Ello significa necesariamente que el desarrollo normativo de la D. Ad. 1<sup>a</sup>. admite distintas opciones políticas, diferentes respuestas legislativas; así, los “derechos históricos” (salvado el núcleo irreductible que protege la garantía institucional de los mismos) podrán dar lugar a regímenes forales sustancialmente distintos con el transcurso del tiempo en virtud de las sucesivas actualizaciones”<sup>18</sup>.

---

14. Esta no es sino la perspectiva que muchos otros autores pusieron de manifiesto con anterioridad. De entre ellos, citar el parecer genérico de T. R. FERNÁNDEZ, en su obra “Los Derechos Históricos de los territorios forales”, Madrid, 1985, resulta imprescindible.

15. Probablemente, el apunte histórico máximo al respecto es el formulado por ANTOINE D’ABBADIE de forma sorprendente en algunos aspectos, y puesta hoy de manifiesto por G. MONREAL en su interesante trabajo “El ideario jurídico de Antoine d’Abbadie”, *Euskonews & Media* nº 16, <http://www.euskonews.com>.

16. D. LOPERENA, “Derecho histórico y régimen local de Navarra”, Gobierno de Navarra, 1988, pág. 37.

17. Ley de 25 de Octubre de 1839.  
“Artículo 1º. Se confirman los Fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad Constitucional de la Monarquía.

Art. 2º. El Gobierno tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés general de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entretanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes”.

18. D. LOPERENA, “Derecho histórico y régimen local de Navarra”, op., cit., pág. 37.

Todo lo anterior contiene implicaciones jurídicas fundamentales a la hora de interpretar de forma actual y pragmática las diversas perspectivas y consecuencias prácticas del concepto de Derechos Históricos<sup>19</sup>.

La siguiente curiosidad requiere acudir de nuevo a la Constitución española vigente para reproducir el tenor literal de su Disposición Derogatoria Segunda enlazando la misma con cuanto precede. Afirma sin fisuras dicha disposición que

“en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876”.

Las paradojas inherentes a todo este análisis no pueden ser mayores. Cuando la Disposición Derogatoria 2ª CE deroga directa y expresamente la Ley de 25 de octubre de 1839 para Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, el constituyente deja entrever con suma facilidad cuáles son los prejuicios que posteriormente caracterizarán a los sucesivos gobiernos centrales en la interpretación de los regímenes autonómicos vasco y navarro, junto a los que también han caracterizado a buena parte del nacionalismo vasco en la interpretación llevada a cabo sobre las relaciones de los Territorios Forales con el Estado en base a la Constitución<sup>20</sup>. Fruto de los mutuos desencuentros y de los prejuicios meritados nos encontramos, probablemente, ante una de las mayores paradojas en la historia del constitucionalismo español.

Si la Disposición Derogatoria 2ª CE deroga la Ley confirmatoria de Fueros de 1839, no hace sino contradecir directa y expresamente el reconocimiento

---

19. Concepto que, por otro lado, sin habilitación constitucional alguna en el País Vasco continental, también subyace en las palabras de M. LAFOURCADE respecto a la peculiar forma identitaria de los territorios vasco-franceses: *“Dans une Europe en pleine mue, les Etats-nations, constructions artificielles, semblent aujourd’hui dépassés. Les revendications identitaires des minorités sont universelles. Pour éviter toute homogénéisation culturelle, chaque peuple doit prendre conscience de sa réalité et, pour cela, connaître son passé et retrouver son identité qu’il doit conserver tout en s’adaptant à la société moderne. Or, le peuple basque, plus que tout autre, possède des caractères propres qu’il a préservés tout au long de son histoire, du moins en Iparralde jusqu’à la Révolution de 1789.*

*Son système juridique, qui servait de fondement à son organisation sociale, ne fut pas influencé par le Droit romain qui, partout ailleurs en Europe occidentale, modifia profondément la tradition juridique populaire. Conçu par et pour une population rurale, il a été élaboré à partir des maisons auxquelles s’identifiaient les familles et qui, comme elles, se perpétuaient à travers les siècles, donnant à la société basque une grande stabilité”;* véase a tal fin su trabajo “Iparralde ou las provincias du Pays Basque nord sous l’ancien régime”, *Euskonews & Média* nº 3, <http://www.euskonews.com>

20. Debe recordarse en este punto que la Ley de 25 de octubre de 1839, titulada confirmatoria de fueros, fue considerada por gran parte del nacionalismo vasco como abolicionista, pese a su tenor literal y a su mera intención de adaptar el régimen foral particular del País Vasco y Navarra al régimen constitucional.

de amparo y respeto de los Derechos Históricos forales que acomete la DA 1ª CE pocas líneas antes. La solución técnica es poco menos que incomprensible sin atender a los prejuicios políticos citados. Pero la incredulidad puede ser aún mayor; la derogación antedicha sólo afecta a los territorios forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, pues nada se dice de Navarra en dichas líneas. ¿Ha de entenderse en tal sentido que la Ley confirmatoria de Fueros de 25 de octubre de 1839 se mantiene vigente para Navarra? Las respuestas jurídicas pueden ser muchas, si olvidáramos la reflexión política de desencuentros y vaivenes que marcan históricamente la realidad de la foralidad pública vasca hasta nuestros días. La misma polémica de desencuentros y prejuicios históricos se vio tristemente reproducida en el proceso constituyente con argumentos más políticos que jurídicos en la mayoría de los casos<sup>21</sup>.

Desde mi punto de vista, los DD.HH constituyen no sin dificultades, internas y externas, la vía de tránsito lógica y racional del concepto histórico de Fueros a la implicación e integración constitucional de determinados territorios que mantuvieron a lo largo y ancho de ese *iter* un tracto voluntario e ininterrumpido de vocación política y jurídica públicas. Lo común de ambas figuras es su naturaleza de pacto entre iguales a través de la historia. La distinción que caracteriza a ambas es hoy día la dificultad del reconocimiento de dicha situación de igualdad desde la perspectiva estatal y europea. Entre nuestros juristas, HERRERO DE MIÑÓN creo ha demostrado más que brillantemente las fórmulas posibles de integración de foralidad y DD.HH en la realidad constitucional, a través de análisis plenos de agudeza y deslindados de los prejuicios políticos que otros muchos han demostrado.

---

21. Un ilustrativo botón de muestra de lo que digo ha sido casi novelescamente relatado por V. TAMAYO SALABERRÍA, en su impresionante obra "La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979", IVAP, 1994, pág. 617. La autora rememora literalmente un pasaje singular de nuestra historia foral y constitucional durante el debate constituyente sobre la DA 1ª CE acerca de los DD.HH: *"Sometido a votación el voto particular N° 539 de UCD para mantener el texto de la Disposición Adicional primera tal como había salido del Congreso de los Diputados, fue aprobado por 129 votos a favor, 13 en contra y 78 abstenciones. Había decaído la Disposición Adicional salida de la Comisión Constitucional del Senado, que había suscitado tantas esperanzas, al parecer infundadas.*

*El Senador MONREAL solicitó a la Presidencia información acerca del pronunciamiento de la Mesa del Senado, cuyo Vicepresidente era el socialista Ramón RUBIAL CABIA, Presidente en aquel entonces del Consejo General del País Vasco, y uno de sus miembros el Senador navarro Jaime Ignacio DEL BURGO:*

*"El señor PRESIDENTE: ¿El señor Monreal para qué pide la palabra?"*

*El señor MONREAL ZIA: Exactamente es para una cuestión no sé si de orden o no. Quiero elevar a la Presidencia una consulta. En esta Cámara existe el precedente, dado que no es fácil conocer el resultado de la votación de la Mesa, de que se haga una indicación de cuál ha sido ese resultado. Nuestro Grupo desearía saber los resultados de la votación de la Mesa.*

*El señor PRESIDENTE: Cuatro votos a favor y dos abstenciones.*

*El señor MONREAL ZIA: Si pudiera ser, nominátim.*

*El señor PRESIDENTE: Los miembros de la Mesa de Unión de Centro Democrático han votado a favor y los dos del Partido Socialista se han abstenido.*

*El señor MONREAL ZIA: Muchas gracias, señor Presidente".*

El resumen de NIETO ARIZMENDIARRIETA no puede ser más certero y elocuente cuando afirma que

“la foralidad, la primacía del Fuero como fuente jurídica, sólo alcanza naturaleza de rasgo diferencial cuando se contraponen, ya en la época moderna, con las nuevas categorías jurídico-políticas de Estado y de Soberanía. En la época medieval, por el contrario, la foralidad era el rasgo común de los ordenamientos jurídicos”<sup>22</sup>.

En todo caso, mi intención no es tanto la de profundizar en esta líneas en el análisis histórico jurídico del concepto de DD.HH como la de anotar, siquiera brevemente, algunas de las paradojas de una institución jurídica singular a nivel interno, para profundizar más tarde en su también singular forma de imbricación en el complicado nivel del Derecho Comunitario. Ha de bastar para introducir el estudio que nos ocupa la vuelta a principios del Siglo XIX, para comprender sin demasiado esfuerzo la distorsión sufrida por el concepto común foral que regía en España en dicha época, gracias al proceso de formación jurídica del Estado liberal. Las que fueran instituciones propias de nuestros territorios forales, sus exenciones fiscales y de deberes militares, sus especificidades aduaneras, algunas peculiaridades procesales y el Derecho Civil foral difícilmente podían ser entendidos desde las pretensiones de uniformismo del nuevo Estado liberal. La Ley de 25 de octubre de 1839, la Ley Paccionada de 1841, la última guerra carlista del Siglo XIX y la Ley de 21 de julio de 1876 marcaron el tránsito a un nuevo Siglo que volvió a reiterar los mismos choques y dificultades, que sólo fueron avanzando tímidamente a través de los pactos y acuerdos parciales que han marcado nuestra historia más reciente.

Como bien sostienen HERRERO DE MIÑÓN y T. R. FERNÁNDEZ, los DD.HH son bastante más que una mera suma aritmética de competencias e instituciones. Tan solo del breve análisis precedente se adivina la existencia de un verdadero concepto político-jurídico preexistente incluso a nuestra realidad constitucional actual e inderogable por tanto de forma unilateral dada su naturaleza jurídica pactada o contractual<sup>23</sup>.

Para concluir esta breve introducción, no me resta sino recoger aquí las palabras de J. CRUZ ALLI durante su intervención en el debate de la Comisión General de las Comunidades Autónomas durante 1994. En ellas, el entonces Presidente del Gobierno navarro hizo saber al Presidente del Gobierno central las eventuales consecuencias de los ataques infligidos desde Madrid al pacto que implica los DD.HH para los Territorios Forales, incorporados de forma común en dicho pacto y en el espíritu de soberanía foral

---

22. E. NIETO ARIZMENDIARRIETA, “Reflexiones sobre el concepto de Derechos Históricos”, *RVAP* nº 54, 1999, págs. 142 y 143.

23. Véanse a tal fin y en su conjunto sus brillantísimos trabajos, M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, Taurus, 1998 y T. R. FERNÁNDEZ, “Los Derechos históricos de los territorios forales”, Civitas, 1985.

que constituyen los DD.HH y su inderogabilidad unilateral. En referencia a un conflicto de constitucionalidad suscitado por el ejecutivo estatal y por algún ejecutivo autonómico, contra determinadas aplicaciones competenciales navarras en desarrollo de los DD.HH de la DA 1ª CE, J. CRUZ ALLI sostuvo que

“un hipotético (y siempre posible) pronunciamiento del Tribunal Constitucional favorable a la tesis que sostiene el Gobierno, señor Presidente, supondría plantear una gravísima cuestión de Estado, puesto que atentaría de forma radical y sustancial a la soberanía fiscal navarra, a sus derechos históricos y al modo en que Navarra se ha venido integrando dentro del Estado, y que ha venido siendo reconocido por los diferentes regímenes desde que se dicta la Ley Confirmatoria de los Fueros de 1839.

En tal supuesto, señor Presidente, la Comunidad Foral de Navarra no iba a estar sola; cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional que pusiera en duda o riesgo las facultades y derechos históricos de Navarra suscitaba, sin duda alguna y de forma inmediata, la plena solidaridad de las diputaciones forales, de los territorios históricos vascos y de su propio Gobierno. Todo ello provocaría un grave problema de enfrentamiento con el Estado”<sup>24</sup>.

---

24. Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, Nº 128, 1994, págs. 62 y 63, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 26-9-1994. Curiosamente, durante la sesión del día siguiente, en la intervención de J. CRUZ ALLI, aparece citada nuevamente la figura de Ramón RUBIAL, presente en el Senado aquel día como lo estuvo durante el debate constituyente sobre la DA 1ª CE y los DD.HH citado líneas atrás por su abstención al respecto, hábilmente desvelada por el Senador MONREAL ZIA. Al margen de la anécdota, las palabras de J. CRUZ ALLI vuelven a mostrar, en un discurso casi épico, la naturaleza paccionada de los DD.HH y las eventuales consecuencias ulteriores de su hipotética violación desde el Estado para con el País Vasco y Navarra apuntando incluso algunos datos históricos: *“Señor Presidente (y con esto acabo), cuando se produjo esta impugnación hubo quienes, quizás desde un navarrismo exacerbado, pero no carente a veces de fundamento, recordaron un episodio que exactamente el año pasado había celebrado su centenario, la Gamazada. La Gamazada, que es un episodio que su señoría no conoce (y el señor Rubial sonríe, porque también lo conocen los ciudadanos de la Comunidad Autónoma vasca), fue muy importante en el respeto por parte del régimen liberal de los convenios económicos y de ese hecho diferencial que ha caracterizado a la foralidad vasca y a la foralidad navarra.*

*Desde el Gobierno de Madrid se pretendió imponer un sistema fiscal, sin contar con el pacto, sin contar con la negociación, y eso provocó, señor Presidente, una sublevación civil. Incluso hubo quien levantó una partida, pero se le mandó a casa. Y los navarros hemos recibido, como timbre de gloria, el ver que en el manifiesto foral que apoyó aquella oposición a la decisión del Gobierno de Madrid estaban nuestros abuelos, estaban nuestros bisabuelos. Somos, señor Presidente, un pueblo con memoria histórica, que la ejercitamos y la tenemos viva.*

*Y me voy a referir a una anécdota, y con esto acabo, señor Presidente. La primera vez que se lució en público una ikurriña fue de la mano de Sabino Arana en aquella manifestación apoyando desde el vizcainarismo la defensa de la foralidad de Navarra.*

*Por eso, señor Presidente, cuando ayer hacía una referencia a un problema que puede convertirse en común, lo hacía, no con historicismos, sino recordando aquello de Cicerón de que la historia es la maestra de la vida, y aquello que también dijo alguien: que el pueblo que no tiene sentido de la historia está privado de tener sentido del porvenir.*

*Muchas gracias, señor Presidente. (Aplausos)”.*

Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, Nº 129, 1994, pág. 31, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 27-9-1994.

## 2. LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

### 2.1. El concepto de DD.HH en la Disposición Adicional 1ª CE<sup>25</sup>

La plasmación y las consecuencias derivadas de la DA 1ª CE van mucho más allá del puro razonamiento teórico, demostrando que el pacto en este contexto territorial ha sido y es una auténtica y válida fórmula resolutoria de planteamientos políticos teóricamente antagónicos. En nuestro caso, la cuestión presenta un doble interés si consideramos que el pacto que plasma la DA 1ª CE constituye en todo caso un pacto o acuerdo sobre una relación histórica y jurídica fruto de un *iter* previo, y hoy ya histórico, plasmado constitucionalmente en el reconocimiento que la Disposición Adicional Primera de la norma suprema hace de los Derechos Históricos de los Territorios Forales.

Se trata, por tanto, de un pacto sobre el pacto preexistente, de un acuerdo pro futuro que pretende diluir cualquier atisbo de conflicto sobre una materia troncal e imprescindible, como es la integración foral en el constitucionalismo español. La historia vuelve siempre a enseñarnos la vocación pactista de nuestras instituciones en casi todos los frentes de la vida política y jurídica de un pueblo que, sin embargo, sigue sin lograr el pacto necesario para otros fines que todos sin duda anhelamos.

Precisamente, el pacto ha sido, es y será parte de la cultura jurídico-política de este pueblo, tanto como lo son los Derechos Históricos y los Conciertos Económicos emanados de aquéllos, esto es, un régimen jurídico distinto que aglutina en su seno y sin vacíos las diferentes aspiraciones jurídico-políticas de una sociedad plural y diversa, cansada ya de contemplar frustrada cómo el incesante devenir de los años no hace sino perpetuar la insostenible situación de crispación generalizada que hemos venido padeciendo, y que, por qué no, bien pudiera solucionarse definitivamente a través de un pacto social y político global, capaz de hacer convivir bajo su rúbrica todas las sensibilidades y opciones existentes a nuestro alrededor.

El ejemplo del pacto constitucional que formaliza entre nosotros la DA 1ª CE no es fácilmente extrapolable a un conflicto global y socialmente más complejo, aunque la historia y los hechos vuelven a demostrar la capacidad negociadora de nuestras instituciones y la vocación paccionada de muchas de nuestras normas. La solución a los conflictos derivados de la interpretación de todo este entramado puede también ser el pacto. Sólo falta por tanto la voluntad, esa voluntad abierta que el Concierto Económico, por ejemplo, ha suscitado y que, de no existir para otros fines, deja huérfano al Dere-

---

25. Disposición Adicional 1ª CE:

*"La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.*

*La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía".*

cho, al espíritu de las leyes y a las partes que de todo ello se sirven para dirimir nuestra convivencia.

Las dificultades existentes para la elaboración de cualquier concepto son conocidas por todos. En el caso de los DD.HH, aquéllas se multiplican más que nunca antes. Sin embargo, de las ideas que he expuesto con anterioridad creo se desprenden conclusiones colindantes, si no coincidentes, con el concepto de DD.HH elaborado por HERRERO DE MIÑÓN en bastantes aspectos, por lo que quién mejor que dicho autor para guiar tan compleja tarea.

HERRERO DE MIÑÓN dota a la DA 1ª de la sustantividad propia que le otorga su propia ubicación constitucional, como parte integrante de un verdadero “grupo normativo” que, como parte de la Constitución, goza de un valor normativo con plena pretensión de validez<sup>26</sup>. Pero además,

“ante la Constitución, los Derechos Históricos son un a priori material caracterizado por la pre y para constitucionalidad. Ello se concreta en tres notas fundamentales:

En primer lugar, los Derechos Históricos no son una creación de la Constitución. (...)

En segundo término, al no derivar de la Constitución, los Derechos Históricos, por ella amparados y reconocidos, son inmunes ante la revisión constitucional. (...)

Por último, los Derechos Históricos así concebidos, si bien es cierto que suponen una “reserva permanente de autogobierno”, ello se debe no a la inderogabilidad de unas competencias determinadas, sino a la infungibilidad de un hecho diferencial, conscientemente asumido por el pueblo vasco y que da un “derecho de ser” con propia identidad”<sup>27</sup>.

## 2.2. Extensión y límites del concepto en la Constitución

Las tesis de HERRERO DE MIÑÓN vuelven a sernos de utilidad en este concreto apartado, cuyas conclusiones marcarán necesariamente el sentido final del presente estudio. Para el citado autor, *“los Derechos Históricos, como principio de infungible e inderogable identidad; como permanente reserva de autogobierno; y como forma de integración pactada a todos los niveles”*, son el rasgo y título habilitante único que hace de la autonomía del País Vasco y Navarra una forma de integración esencialmente diferente a la de cualquier otra Comunidad Autónoma. Como consecuencia de lo anterior, *“los Derechos Históricos sólo tienen una función: expresar un hecho diferencial en el seno de un conjunto y servir para orga-*

26. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., pág. 76.

27. Ibid, págs. 86 y 87.

*nizarlo como tal. Como la nebulosa de La Place, no se hallan en el pasado sino en el futuro*"<sup>28</sup>.

La amplitud e inconcreción teóricas del concepto, pese a la más que notable aproximación llevada a cabo por HERRERO DE MIÑÓN, obligan a buscar en el propio contexto constitucional la extensión y los límites, tanto históricos como normativos, de una figura que sin duda se caracteriza por su capacidad de adaptación a los distintos fenómenos históricos y jurídicos que han venido acompañando su particular devenir. Viene hoy a mi memoria una de las posibles claves de la cuestión, de nuevo a través de una gran intervención de HERRERO DE MIÑÓN ante un nutrido auditorio vasco que se preguntaba hace hoy algunos años sobre las potencialidades de los DD.HH y sus límites constitucionales. Aquel día, algún oyente no entendió el vínculo entre los DD.HH y los límites que para éstos representaba el principio de soberanía también recogido en la Constitución y su teórica jerarquía superior respecto de cualquier otra consideración normativa o constitucional: "*pero, ¿es que queda algo más allá de la soberanía constitucional?*", se preguntó el oyente. HERRERO DE MIÑÓN recibió una ayuda desde el propio auditorio en voz de un anónimo jurista donostiarra, que explicó entonces dónde está el límite de la soberanía constitucional española:

Art. 1.2 CE: "*La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado*"<sup>29</sup>.

Es pues el pueblo el que sostiene la soberanía, estando ésta dedicada precisamente al servicio de aquél para que, a través de los procedimientos de reforma pertinentes, pueda operarse una reforma constitucional, un cambio político-jurídico sustancial o la eventual extensión, reducción o actualización de los DD.HH hasta el lugar que los límites constitucionales puedan llegar a permitir. ¿Es el principio de soberanía uno de tales límites? En mi opinión, no necesariamente, pero veamos sin demora algunas otras razones que avalan esta tesis, además del ya meritado tenor literal que reza en el art. 1.2 CE<sup>30</sup>.

Más que acudir a un concepto tan difuso como el de soberanía para delimitar el límite objetivo del concepto de DD.HH, resulta necesario recon-

---

28. Ibid., pág. 93.

29. Debate suscitado durante la Conferencia "Constitución, Derechos Históricos y Autodeterminación", pronunciada por M. HERRERO DE MIÑÓN, *Aula de Cultura Diario Vasco*, Hotel María Cristina, San Sebastián, 26-11-1998.

30. Si un pueblo o Estado puede dotarse de un régimen constitucional determinado y arbitrar en esa línea su abanico de relaciones jurídico-públicas, resulta del todo lógico que ese mismo pueblo pueda modificar ulteriormente su régimen jurídico-político, su Constitución y, por qué no, el principio de soberanía integrado en la propia Constitución como parte de la misma, y en cada ciudadano libre como titular de una cuota parte proporcional a su propia libertad, al principio de soberanía que la Constitución delegó en él, y a la capacidad de decisión individual que le corresponde en cualquier Estado de Derecho.

ducir el debate y la reflexión hacia lo que LOPERENA ha denominado “unidad constitucional” como límite algo más nítido de los DD.HH, y jurídicamente determinable en nuestro contexto constitucional. Esta tesis contempla, en primer término, un marco o límite histórico de los DD.HH donde el pacto al que venimos aludiendo se manifiesta no sólo como vía de determinación de competencias, sino también como fórmula de resolución de controversias entre el Estado y los Territorios Forales. En segundo lugar, para LOPERENA, el límite máximo de la capacidad negociadora entre ambas partes se encuentra situado en el ya mencionado concepto de “unidad constitucional”, sobre el cual el Derecho Comunitario contiene aportaciones y delimitaciones hoy esenciales y de rango claramente constitucional. Dicha “unidad constitucional” se muestra variable y cambiante con el devenir histórico, pero es posible precisar algo más su concepto, como algo siempre más allá del techo competencial del Título VIII CE, pues la DA 1ª CE está fuera del mismo y carece de vínculo directo alguno con dicho apartado, de modo que dicho Título no será un límite objetivo a los DD.HH<sup>31</sup>. Ahora bien, en la delimitación acometida por LOPERENA,

“parece incuestionable que principios como el de unidad, solidaridad, igualdad o libre circulación de las personas y los bienes son de obligado respeto por los Territorios Históricos, sin que ello prejuzgue los instrumentos de respeto a tales principios. Como ya estableciera el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de julio de 1981, los principios constitucionales obligan a todas las organizaciones que forman parte de la totalidad del Estado. Los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos y lo garantizado institucionalmente no pueden ser controvertidos por ningún régimen precedente o vigente al punto de aprobarse la Constitución, o por un acuerdo posterior de actualización. Lo recogido en la Norma Suprema como ampliación, superación y profundización de libertades y derechos que se van ganando respecto de épocas anteriores son conquistas históricas que afectan por igual a todos los órganos representativos y a toda la actividad de todas las Administraciones e Instituciones públicas, incluidas aquéllas que tengan su fundamento en la D.A. 1ª”<sup>32</sup>.

En conclusión, el punto de referencia de esa “unidad constitucional” como límite a los DD.HH sería la soberanía intocable de los Derechos Fundamentales de cada individuo, y no la soberanía del Estado que está al servicio de los propios individuos y de sus Derechos Fundamentales. Ni qué decir tiene que el papel a desarrollar por el Derecho Comunitario en todo lo anterior es claramente protagonista.

---

31. Véase en general D. LOPERENA ROTA, “Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos”, en *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos*, UPV-EHU, 1985, págs. 310 a 324.

32. *Ibid.*, pág. 317.

### 2.3. Las aportaciones de la Jurisprudencia

Como muy bien sostiene HERRERO DE MIÑÓN, *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aparte de insuficiente, es, en cuanto a los Derechos Históricos se refiere, manifiestamente contradictoria”*<sup>33</sup>.

Cualquier tímida inmersión en la jurisprudencia constitucional destapará ante nosotros las contradicciones aludidas, cuando no alguna que otra imprecisión digna de mención. La STC 11/1984<sup>34</sup> afirma de forma taxativa que

“las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, son necesariamente distintas. Los territorios forales son titulares de “derechos históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (...); por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales “derechos”. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía; habrá que acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad”.

Curiosamente, no mucho tiempo más tarde, la STC 124/1984<sup>35</sup> alcanza conclusiones radicalmente distintas a las anteriores al sostener que *“la idea de Derechos Históricos de las Comunidades y Territorios Forales a que alude la Disposición Adicional 1ª. de la Constitución no puede considerarse como un título autónomo del que pueden deducirse específicas competencias”*. Los vaivenes continúan, no obstante, con la STC 76/1988<sup>36</sup>, que recoge un poco de cada una de las dos sentencias precitadas.

Más tarde, será tal vez la fórmula del tenor literal de la STC 88/1993<sup>37</sup> la que comience a clarificar algo un panorama hasta entonces poco despejado. En ella, el Tribunal Constitucional se decanta por afirmar que

“el sentido de la Disposición Adicional Primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición Adicional Segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”.

33. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., pág. 122.

34. STC de 2 de febrero de 1984.

35. STC de 18 de diciembre de 1984.

36. STC de 26 de abril de 1988.

37. STC de 12 de marzo de 1993.

Ha de subrayarse en este punto que, al margen de las incorrecciones y ambigüedades advertidas, no existe pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional sobre la relación entre los Derechos Históricos de los Territorios Forales y el fenómeno comunitario que nos rodea. Existen, eso sí, como veremos, algunos pronunciamientos sobre el papel de las entidades subestatales en general en las instituciones, políticas y, en suma, en el fenómeno comunitario, pero nunca institucionalizadas a través de la noción concreta de DD.HH que recoge la Adicional 1ª de la Carta Magna<sup>38</sup>. Por tanto, si el propio constituyente desconocía inicialmente la potencialidad de dicho precepto cara al futuro, lo mismo cabe decir de los máximos intérpretes constitucionales como directos herederos del desconocimiento generalizado que subyacía antes, durante y después de la definitiva elaboración del texto hoy vigente en la Constitución<sup>39</sup>.

#### **2.4. El Concierto o Convenio como manifestación particular y común de los Derechos Históricos en los Territorios Forales<sup>40</sup>**

La firma del acuerdo fiscal entre el Gobierno vasco y el Gobierno central abre ante este estudio un nuevo horizonte de esperanza sobre el Concierto Económico y su futuro en el entramado jurídico-político de la Comunidad Europea. Una vez más, los hechos nos demuestran con creces cómo la mera voluntad política plasmada con audacia en un acuerdo entre partes visceralmente enfrentadas transforma el conflicto en un rotundo éxito político, que dota al Concierto y a sus normas de aplicación de la estabilidad necesaria

---

38. Una de las más clarificadoras es la STC 153/1989, según la cual *“la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del artículo 149. 1. 3º CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”*.

39. Las excepciones positivas a esta visión del TC han sido puestas de manifiesto por G. JÁUREGUI en su trabajo *“La actividad internacional de la CAPV. La implicación europea”*, *Eusko-news & Media* nº 36, <http://www.euskonews.com>, donde se afirma y subraya la distinción entre actividad internacional pura y el fenómeno comunitario de integración:

*“el Tribunal Constitucional ha puesto las bases para una adecuada distinción entre actividades internacionales y comunitarias. Así, en la ya tantas veces citada Sentencia 165/94, señala que: “Por consiguiente, cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”. En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo, como es el nuestro, aún cuando sea el Estado (sic) las Comunidades europeas y no las Comunidades Autónomas, es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria”*.

40. Véase sobre esta materia en el contexto comunitario el trabajo de I. ZUBIRI, *“El sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea”*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 2000.

para que su futuro inmediato goce, como mínimo, de las garantías que le otorga su reconocimiento constitucional<sup>41</sup>.

En el análisis que corresponde a este estudio, ha de subrayarse que la resolución paccionada de las controversias emanadas de algunas aplicaciones concretas del Concierto supone un acuerdo sobre una figura jurídica fruto de otro acuerdo precedente, reflejado directamente en la Constitución en el reconocimiento que la Disposición Adicional Primera asume respecto de los DD.HH de los Territorios Forales. Nos encontramos así ante un pacto sumado al pacto previo, un pacto hacia el futuro que busca evitar la jurisdiccionalización ante el TJCE de una cuestión esencial de los DD.HH vascos y navarros<sup>42</sup>.

En el plano jurídico, el acuerdo ha de tener consecuencias de distinto calado, de entre las cuales sobresale la posibilidad de que las Comunidades Autónomas limítrofes al País Vasco que impugnaron ante la jurisdicción interna determinadas Normas Forales en aplicación del Concierto renuncien a tales recursos, tal como finalmente ha sucedido<sup>43</sup>. Ello ha exigido, por supuesto, el compromiso de las Comunidades Autónomas limítrofes al País Vasco que impugnaron en su día la normativa, y que hoy se han comprometido a respetar el pacto aun sin ser firmantes del mismo, lo cual dota al documento y al seguimiento que de éste cabe hacer de un interés sin precedentes en las relaciones jurídico institucionales entre el Gobierno central, varios Gobiernos autonómicos, las Instituciones Comunitarias y el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Sin embargo, merece la pena detenerse brevemente en las Conclusiones del Abogado General SAGGIO ante el TJCE acerca de las incompatibilidades advertidas entre determinadas aplicaciones del Concierto Económico (incentivos fiscales concretamente) y principios básicos del Derecho Comunitario pues, de no haberse alcanzado el Acuerdo entre los ejecutivos central y vasco, casi con toda probabilidad el TJCE habría seguido la doctrina elaborada

---

41. Se demuestra con ello que la resolución alternativa, negociada o pactada de los conflictos no es sino una auténtica y válida fórmula resolutoria de disputas, que logra muchas veces resultados mejores y más duraderos que los emanados de cualquier pronunciamiento judicial. A pesar de ello, durante el mes de octubre de 2000, las Instituciones Comunitarias han abierto un nuevo expediente contra los incentivos fiscales vascos previos al año 1995, pero posterior al Acuerdo firmado entre el ejecutivo central y el autonómico, en esta ocasión a instancias de una empresa ubicada en el mismo territorio que la que resultó incentivada.

42. La lectura de la historia demuestra nuevamente la tradición pactista de los Territorios Forales.

43. La justificación jurídica de lo anterior se encuentra en la literalidad del art. 77 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia Comunitario según el cual *“si, antes de que el Tribunal decida, las partes se pusieren de acuerdo sobre la solución que deba darse al litigio e informaren al Tribunal que renuncian, el Presidente ordenará el archivo del asunto haciéndolo constar en el Registro”*. De igual modo, y en virtud del art. 78 de idéntico Reglamento, *“si el demandante informare por escrito al Tribunal que desiste del procedimiento, el Presidente ordenará el archivo del asunto haciéndolo constar en el Registro”*.

por SAGGIO<sup>44</sup>, que contiene básicamente los problemas globales de la cuestión desde la perspectiva puramente fiscal y sus eventuales violaciones del principio de libertad de establecimiento y la prohibición comunitaria de las denominadas Ayudas de Estado. En cuanto al primer aspecto, el Abogado General SAGGIO sostiene que

“el Tribunal de Justicia ha subrayado en varias ocasiones que la libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad y que las normas que la establecen atribuyen a sus destinatarios derechos absolutos que únicamente pueden limitarse cuando existan intereses considerados preferentes, como son las razones de orden público, seguridad y salud públicas (artículo 56 del Tratado CE, actualmente, tras su modificación, artículo 46 del Tratado CE). Sólo en tales supuestos taxativos y excepcionales puede estar justificada la existencia de legislaciones nacionales discriminatorias. Consideraciones de mero carácter económico, como la pérdida de ingresos fiscales o la lucha contra el fraude fiscal, no pueden justificar la existencia de restricciones de un derecho fundamental garantizado por el Tratado”<sup>45</sup>.

Respecto a la posible catalogación de los incentivos fiscales como Ayudas de Estado y sus consecuencias, SAGGIO se muestra explícito, afirmando no creer que

“dichas medidas puedan justificarse, como pretenden las partes demandadas en los procedimientos principales y el Gobierno español, por la peculiar organización de las competencias en materia tributaria del ordenamiento español. Las referidas partes distinguen, en efecto, entre las medidas fiscales adoptadas por el Estado, cuyo ámbito de aplicación está limitado a una zona determinada del territorio, por una parte, y las medidas de carácter general, adoptadas por una autoridad competente dentro del mismo territorio, por otra. Mientras que en el primer caso sigue existiendo un elemento de selectividad por lo que respecta a los sujetos pasivos, ya que la medida está limitada, en cuanto a su ámbito de aplicación, a una parte de los sujetos pasivos que puedan ser sus destinatarios, en el segundo caso el elemento de selectividad no existe, ya que la medida tiene como destinatarios a todos los sujetos pasivos, que están sometidos, con arreglo a las normas de atribución de competencias, a la normativa fiscal de las autoridades locales.

En consecuencia, añaden las citadas partes, desde este punto de vista, las normas de atribución de competencias en materia fiscal a las autoridades de los Territorios Históricos no son distintas de las normas que regulan el reparto de competencias entre autoridades fiscales soberanas de dos Estados miembros de la Unión Europea. Las divergencias entre sis-

---

44. Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97, C-402/97 ante el TJCE, Conclusiones presentadas el 1-7-1999 en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

45. Fundamento Jurídico 22.

temas tributarios no pueden constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87, mientras que el único remedio a las distorsiones causadas al mercado es la adopción de medidas de armonización de las legislaciones nacionales. Considerar, por el contrario, que el reparto de competencias en materia fiscal entre el Estado y los Territorios Históricos es contrario a las disposiciones del Tratado en materia de ayudas equivaldría a emitir un juicio de valor sobre la estructura constitucional del Estado español.

No puedo compartir dicha opinión. El hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión, una circunstancia meramente formal que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales. De no ser así, el Estado podría fácilmente evitar la aplicación, en parte de su propio territorio, de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado simplemente introduciendo modificaciones al reparto interno de competencias en determinadas materias, para poder invocar el carácter «general», para ese determinado territorio, de las medidas de referencia<sup>46</sup>.

Mientras tanto, y siguiendo muy de cerca todo ello, el Gobierno navarro ha rechazado firmar un acuerdo de similares características por considerar tal posibilidad atentatoria contra su autonomía y la libertad fiscal de la Comunidad Foral<sup>47</sup>. De no haberse firmado el acuerdo que da por terminada la disputa, los actuales arts. 220 y 234 TCE habrían sido los encargados directamente de atribuir al TJCE el papel que el propio Tratado le reserva en el asunto de los incentivos fiscales vascos, y de ninguno de ellos puede deducirse una posible capacidad del Tribunal Comunitario para alterar nuestra Constitución ni la realidad institucional que de ella dimana, pues ello corresponde sin duda al nivel interno de cada Estado. Pese a la existencia de opiniones que parecen cuestionar lo anterior, el análisis jurídico del problema y del papel que le corresponde al TJCE no permite otorgar a éste competencias que no le corresponden de momento en base a las prescripciones del Tratado.

Conviene matizar a este respecto cuál es el procedimiento ante el que nos podríamos encontrar y el papel que juega el TJCE en el mismo en base al precepto que delimita con claridad la realidad jurídico-procesal del pronun-

---

46. Fundamentos Jurídicos 36 y 37.

47. El hecho no deja de ser significativo, al ayudarnos a desmitificar tópicos abiertamente utilizados sobre los signos, colores y tendencias de cada uno de nuestros distintos Gobiernos. Así, el ejecutivo navarro se niega a suscribir un pacto similar argumentando precisamente a tal fin muchas de las consideraciones que otros Gobiernos de idéntico signo llevaron hasta la jurisdicción interna y ante el Tribunal comunitario, para impugnar la normativa vasca por violación del principio de libre competencia que preside el Derecho Comunitario. No es la primera paradoja que vemos sobre el particular, ni será la última en sorprendernos a medio plazo, dentro de un sistema institucional de relaciones que chirría casi siempre, y que sólo la voluntad política y el pacto lograrán resolver mejor que cualquier tribunal ordinario.

ciamiento que eventualmente podría haber emitido el TJCE en el seno de una cuestión prejudicial elevada al mismo por la jurisdicción española respecto a los incentivos fiscales vascos o navarros. A este respecto, ha de concluirse que la cuestión prejudicial en modo alguno cuestiona la autonomía de los distintos procedimientos, ni tampoco el orden jerárquico en el seno de la jurisdicción interna, al ser ésta soberana respecto a su Derecho nacional. Esto es, el TJCE emite un pronunciamiento que sólo afecta al alcance o a la validez de la norma comunitaria, mientras el Juez interno debe dirimir el fondo del asunto mediante la aplicación de la norma comunitaria en el sentido y tenor establecidos por el TJCE<sup>48</sup>.

En línea con cuanto antecede, las instituciones jurisdiccionales europeas no se encargan de enjuiciar opciones políticas, sino normas jurídicas internas determinadas, o mejor, la compatibilidad de estas últimas con el Derecho Comunitario, que, como todos sabemos, goza de primacía frente a los Derechos internos de los Estados miembros, incluido el propio Derecho Constitucional según el TJCE. Afortunadamente, ni los Tribunales internos contemporáneos, ni el propio TJCE tienen capacidad para enjuiciar opciones políticas, sino las normas que emanan de tales opciones y su compatibilidad con normas comunitarias concretas, en este caso y básicamente, los principios de libre competencia y libertad de establecimiento; y no tanto respecto al Concierto Económico vasco, sino más bien en lo que respecta a determinadas aplicaciones concretas del mismo con destinatarios y vigencia públicamente conocidas, cuya aplicación parece no resultar acorde con normas concretas e igualmente conocidas del Derecho Comunitario vigente.

Lo que no puede hacer el TJCE en ningún caso es redefinir categorías constitucionales o pseudoconstitucionales españolas. Ese no es el papel ni la competencia que le corresponde al TJCE. Lógicamente, su pronunciamiento será discutible jurídicamente y quizás a nivel político; pero serán precisamente la propia discusión y el razonamiento jurídico los que eliminen cualquier atisbo de arbitrariedad, haciendo de la decisión un pronunciamiento motivado y nunca discrecional, sino basado en los Tratados Constitutivos de la Comunidad y en su Derecho derivado vigente.

El TJCE en modo alguno puede modificar *ex officio* la configuración constitucional interna, aunque sí puede, en el curso del eventual proceso que tratamos, manifestar abiertamente la compatibilidad de tal régimen, o más correctamente, de determinadas aplicaciones concretas del mismo, con el Derecho Comunitario, para advertir a la jurisdicción interna y a nuestros legis-

---

48. Por tanto, al Juez comunitario no le compete pronunciarse sobre cuestiones de Derecho interno, de modo que su papel no puede extenderse, en el contexto de una cuestión prejudicial, a decidir la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho Comunitario. En conclusión, el TJCE deberá proporcionar a la jurisdicción interna todos los elementos interpretativos comunitarios que puedan ayudar al Juez nacional a dirimir tal compatibilidad.

ladores de la necesidad de adecuar sus conductas y disposiciones jurídicas a las normas y principios que vinculan a España como miembro de la Comunidad y como territorio donde el Derecho Comunitario goza de primacía y de efecto directo, gracias a las propias y claras prescripciones constitucionales de los arts. 93, 95 y 96 de nuestra Carta Magna<sup>49</sup>.

El juicio sería pues legítimo, aunque discutible jurídicamente, pero no se basa en la arbitrariedad o el capricho, pues analizará la cuestión desde el Derecho, en aplicaciones concretas de normas determinadas que, de cara al futuro, bien pudieran plantearse de nuevo respecto de sistemas de seguridad social o sanidad pública si éstos no se adaptan y compatibilizan con los requerimientos de la libre competencia, por ejemplo.

El TJCE no viola así el poder de constituyente alguno ni modifica constituciones estatales arbitrariamente, pues los propios Estados han consumado una cesión expresa, unilateral, voluntaria y motivada de soberanía a la Comunidad, cuyo Tribunal se encuentra legitimado para hacer valer el Derecho Comunitario como propio de cada uno de los Estados que forman la Comunidad y que hace tiempo aceptaron acatar constitucional y soberanamente la cesión que avala su pérdida de soberanía, desterrando violación constitucional alguna. Sirvan como pruebas las reformas constitucionales que se han sucedido a nivel interno en los Estados para hacer acordes con el Derecho Comunitario todas las normas supremas internas. No se trataría pues de violación constitucional alguna, sino de la adecuación de todas ellas a Derecho en el ámbito constitucionalmente previsto para tal fin.

A pesar de la reticencia de algunos Tribunales Constitucionales internos, cuya razón existencial no es otra que la propia vigencia de Constituciones internas, el TJCE ha definido la primacía del Derecho Comunitario como especificidad esencial de la Comunidad inherente a su propia existencia, esto es, el Derecho Comunitario ha de producir idénticos efectos en el conjunto de los Estados miembros, sin permitir que aquél pueda ser enervado por normas internas, independientemente del rango de éstas, incluidas en principio las Constituciones nacionales. Ello, por lo que ya se ha expuesto, no supone violación constitucional alguna pues así lo asumió la propia Constitución, ni tampoco significa que el TJCE pueda arbitrar la modificación unilateralmente, pues su competencia se limita a hacer constar la primacía del Derecho Comunitario para que las instancias inter-

---

49. Esto es, el Tribunal comunitario no puede decidir por su cuenta y riesgo, sino como guardián tutelar del Derecho Comunitario y con pleno sometimiento al mismo. Así, decidirá si el Convenio y/o sus normas derivadas son acordes con el Derecho Comunitario, atendiendo a su configuración, a sus fines y objetivos; pero no sólo a su apariencia, al velo bajo el que descansan o al apelativo de que gocen, sino haciendo un juicio motivado de su verdadera identidad normativa y de sus fines últimos, pues en Derecho, y aun a pesar de formas y envoltorios, las cosas son lo que son y no lo que parecen.

nas competentes resuelvan a nivel nacional la cuestión objeto de discusión<sup>50</sup>.

Volviendo al Concierto Económico vasco, cuya vigencia y virtualidad ha sido ya cuestionada a veces desde el nivel interno español, con respecto a su adecuación al Derecho Comunitario, lo cierto es que, incluso dentro de sus principios generales (art. 3 de la Ley 12/1981 del Concierto Económico), se mencionan los límites o características que han de presidir el sistema tributario vasco, entre los cuales, y además de otras menciones directamente relacionadas con el caso, se menciona la necesidad de *“sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español o a los que éste se adhiera”* (art. 3.1.5<sup>º</sup> Ley 12/1981). La cláusula es clara, pero hasta hoy parece olvidada. Si el Concierto se extralimita, o si lo hacen las normas dictadas en su aplicación, las mismas chocarán tanto con el Derecho Comunitario, como con nuestra Constitución, con el Estatuto y con la propia Ley del Concierto, pues el Derecho es, cada día más, un mosaico global y conexionado del que muy pocos pueden escapar<sup>51</sup>.

No se trata por tanto de adoptar una actitud de defensa constitucional o estatutaria “beligerante”, sino de aceptar las obligaciones que emanan de estas normas supremas y del sistema de convivencia bajo el que estamos inmersos, haciendo una lectura global e interrelacionada de los vínculos jurídicos que nos afectan. De lo contrario, el mosaico aparece incompleto y, lógicamente, la mera lectura de nuestra realidad constitucional interna no basta para explicar nuestra plena imbricación y sometimiento sin reservas (salvo en principios constitucionales básicos y Derechos Fundamentales que también presiden el devenir de la Comunidad) a una organización de integración con Derecho propio, soberano, directo y que goza de primacía.

A pesar de lo anterior, veremos durante el desarrollo de los siguientes epígrafes cómo algunos de los principios básicos que inspiran la Comunidad Europea y su Derecho derivado se encuentran en franca contradicción con

---

50. El Tribunal Supremo español lo explica con acierto y claridad en su Sentencia de 24-4-1990 cuando afirma que *“las normas anteriores que se opongan al Derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias, habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia (arts. 93 y 96.1 de la Constitución española), pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del TJCE que tiene establecido el principio pro comunitate”*. De este modo, no cabe hablar de infraconstitucionalidad de las normas comunitarias ni de posible conflicto con la Carta Magna pues, en virtud de la expresa voluntad del constituyente, se acepta el Derecho Comunitario tal como es, con sus propias e inalienables exigencias de primacía y efecto directo.

51. La tutela de lo anterior corresponde tanto a los tribunales ordinarios internos, como al propio TJCE y no será yo quien pretenda argumentar contra el Concierto, pues nada más lejos de mi intención. Sin embargo, demando de nuestros juristas una defensa razonada y basada en Derecho de determinadas aplicaciones de nuestro Concierto en sede comunitaria, lejos de meras y vanas proclamas políticas que poco o nada importan a quienes han de juzgar la adecuación de tales disposiciones con el Derecho de la Comunidad Europea.

aplicaciones de figuras como el Concierto o el Convenio en el ámbito del País Vasco y Navarra<sup>52</sup>, por lo que el papel de los Derechos Históricos, así como el del propio Estado ante las instituciones comunitarias, es esencial en la tutela, actualización y desarrollo de una figura reconocida constitucionalmente en nuestro nivel interno<sup>53</sup>.

### 3. LOS DERECHOS HISTÓRICOS ANTE EL FENÓMENO COMUNITARIO

#### 3.1. En la fase de formación del Derecho Comunitario<sup>54</sup>

A modo de breve introducción previa, me remito a alguna de mis reflexiones anteriores sobre el particular, vigente aún hoy en todos sus extremos tanto desde la perspectiva jurídica, como desde el punto de vista de la evolución política comunitaria en los últimos años:

“Pursuant to the opinion of various authors, art. 146 of the Treaty of the European Community<sup>55</sup> should allow widely the participation of sub-state bodies representatives at the Council, taking as an example thereto the system already adopted by decentralised countries as Germany or Belgium<sup>56</sup>.”

---

52. Las Conclusiones antes citadas, emitidas ante el TJCE por el Abogado General SAGGIO, son bastante elocuentes al respecto.

53. Según X. IRIONDO, *“la posición constitucional de las regiones se ha visto debilitada desde que España se introdujera en la Unión Europea y como consecuencia de las delegaciones competenciales que el Estado ha tenido que hacer a los órganos de la Unión Europea. Principalmente en el sector financiero (poniendo en entredicho incluso el concierto económico) y en los ámbitos comunitarizados como pesca, agricultura, industria, transporte y medio ambiente.*

*Se han creado determinados órganos para cooperar sobre temas europeos e incitar la participación de las regiones (Conferencias, Asambleas), pero, a pesar de ello, su escasa operatividad y los resultados hasta ahora obtenidos hacen cuestionar toda la construcción europea.*

*Ahí radica la cuestión. La región no puede defender ni representar sus intereses, dado que su participación no está prevista en los órganos decisorios de la Unión Europea. Y ésa es una clara infracción del principio de subsidiariedad, porque quien en última instancia decide no es ni la legítima titular de las competencias, ni la institución más cercana a los ciudadanos, sino que es el Estado”, véase su artículo “Europa y Euskal Herria: luces y sombras”, Euskonews & Media nº 29, <http://www.euskonews.com>*

54. Junto a los estudios mencionados en el presente apartado, el número 40 de la Revista Vasca de Administración Pública, Sept.-Dic. 1994 contiene los siguientes:

S. MAGIERA: “Participación de los Estados alemanes (Länder) en los asuntos europeos tras la reforma constitucional de 1992”.

Y. LEJEUNE: “La participación de las regiones en Bélgica”

J. BENGOTXEA: “La participación de las Autonomías en las Instituciones Comunitarias”

J.L. DIEGO: “La participación de las CC.AA en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea: Un balance y una propuesta”.

55. Art. 203 TCE tras el Tratado de Amsterdam.

56. Austria podría incluirse igualmente entre dichos Estados.

We must take into consideration as well the necessity for sub-state bodies to take part somehow in the development of their respective States' will, with regard to community bodies, excluding in any case the power of the formers with respect to the "treaty making power" or the "ius representationis", as exclusive competencies of Member States.

This last possibility is based on art. 146 TEC, whose main objective is to confer the State's representation to an authority with ministry range, independently of his domestic scope of competencies. Therefore, the idea seems to be open before the Council, while in the Spanish case, we are still hoping for a definitive and real system of regional participation before the main community levels<sup>57</sup>.

The subject is about to be resolved during the stage of enforcement of Community Law, but meanwhile, for the stage of formation of Community Law the question appears extremely foggy, only assessing few advances at the Spanish level which deals with mere applications of the coordination principle between the State and the Autonomous Governments whilst in Germany, Austria or Belgium the matter presents a different and hopeful view<sup>58</sup>.

For DALMAU I ORIOL, the reason of the Autonomous Communities to participate at the European level is linked with a main conclusion which appears deriving from the same legality of the Spanish constitutional system<sup>59</sup>.

Regarding to these questions, I would also like to give at least a brief comment on the paper of the General Commission for the Autonomous Communities and the Conference for European Community Affairs following in this case the opinion of CIENFUEGOS MATEO<sup>60</sup>. This professor recognises the problems to be resolved by both bodies, giving them a positive mark during their action. Regarding to the General Commission, it is at least doubtful from my point of view to assume a general satisfaction of the Autonomous Communities for the work done.

The Basque and Navarre case is only an example of the displeased feeling, in front of what could be considered as an absolute absence of State political will to face up to the whole question, following the course of Germany, Belgium or Austria.

---

57. En idéntico sentido, E. L. MURILLO DE LA CUEVA, "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000, pág. 124.

58. Véase por ejemplo, la STC 165/1994 sobre la oficina del Gobierno Vasco en Bruselas.

59. C. DALMAU I ORIOL: "Propuestas y aspiraciones de las CC.AA sobre la articulación de mecanismos para garantizar la participación autonómica en la toma de decisiones en el seno de la Unión Europea", *Autonomías* nº 22, julio de 1997, Barcelona.

60. M. CIENFUEGOS MATEO: "La intervención de las CC.AA en cuestiones relativas a las Comunidades Europeas a través de la Comisión General de las CC.AA y la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas"; *Autonomías* nº 22, julio de 1997, Barcelona.

In accordance with DALMAU's line, CIENFUEGOS maintains the necessity of solution to the problem, taking into account that the Spanish Constitution demands an effective tool for Sub-state bodies to intervene in the formation and enforcement of Community Law as directly and clearly linked with each other.

All the aforementioned was treated during a recent Seminar on "Regionalism and European Integration", organised by the Basque Studies Society on December 1998, with the assistance of some of the authors mentioned in the present study.

In the Seminar we faced again with the poor will of States for the mentioned purpose of regional integration in the European process. Even more, the term used then was "regional blindness" for the passed situation and "short-sightedness" for the current one, with regard to the Member States attitude in words of MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES<sup>61</sup>.

In my opinion, the subsidiarity principle might be object of a proper interpretation and application, in order to find a solution for a large problem on time, which neither political will nor current Law seem to be decided to resolve"<sup>62</sup>.

Sin embargo, la aplicación de dicho principio de subsidiariedad sigue sin producirse en el contexto comunitario prácticamente en ninguno de los niveles institucionales y/o internos de cada Estado miembro. PARIENTE DE PRADA divide las posibilidades de participación autonómica en la formación del Derecho Comunitario en una participación directa o indirecta, aunque ninguna de ambas fórmulas ha logrado alcanzar un mínimo de satisfacción desde la perspectiva de las CC.AA en general<sup>63</sup>. Para el meritado autor, la participación autonómica indirecta resulta

"claramente insatisfactoria, debido a la absorción de competencias autonómicas por parte del Estado en función de que se trata de un ejercicio "ad extra" de las mismas. Se deben articular mecanismos que proporcionen una influencia real de las Comunidades Autónomas en la creación de la posición española en el exterior, sobre todo en materia comunitaria, y ello no sólo para conseguir dar respuesta a toda una serie de aspiraciones políticas que han sido propuestas reiteradamente sobre todo por las Comunidades denominadas "históricas", sino, como veremos, para

---

61. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: "La posición de las CC.AA ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", IVAP, 1996.

62. X. EZEIZABARRENA SÁENZ, "Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law", *IUS FORI*-Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, nº 1, Primer semestre 1999, págs. 21 y 22.

63. Véase a tal fin I. PARIENTE DE PRADA, "La participación de las Comunidades Autónomas en la creación del Derecho Comunitario: Estudio particular del caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco", en *Estado autonómico y hecho diferencial de Vasconia*, IVAP-Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan nº 15, 2000, págs. 79 a 107.

conseguir que la fase descendente sea más fluida y se consiga una participación y una implicación real en ella de las Comunidades Autónomas”<sup>64</sup>.

En cuanto a las fórmulas de participación directa, de todos es conocido que éstas se han articulado sólo en base a las oficinas de representación autonómica en Bruselas y el consabido fracaso sistemático de las relaciones bilaterales existentes entre las CC.AA y el Estado, especialmente en el caso concreto del País Vasco. De hecho, las conclusiones del propio PARIENTE DE PRADA no pueden ser más elocuentes cuando afirma que

“sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que el modelo de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y en concreto el modelo vasco son un rotundo fracaso, si atendemos a los resultados. El sistema de remisión de los asuntos comunitarios a la Conferencia multilateral, para que de ésta los asuntos sean enviados y tratados posteriormente en las Conferencias Sectoriales, es excesivamente lento, las Conferencias Sectoriales no se reúnen, y cuando se reúnen no tienen en el orden del día temas como la ejecución del Derecho comunitario y la participación en ellas de las Comunidades Autónomas”<sup>65</sup>.

El panorama analizado es, por tanto, poco menos que desolador, y se ensombrece más si cabe cuando tomamos en particular consideración que nos estamos refiriendo, en el caso de los Territorios Históricos, a competencias esenciales de su identidad, y derivadas directa y explícitamente de un reconocimiento constitucional básico que hace el propio Estado en el nivel constitucional interno, pero que no supera el umbral necesario hacia el exterior para que siquiera la Comunidad Europea pueda percibir, o intuir al menos, la realidad constitucional singular que caracteriza en aspectos trascendentes a determinados territorios forales aludidos por la DA 1ª CE para el caso vasco y navarro; y en el Título VIII de la Constitución para los restantes territorios españoles de Derecho común<sup>66</sup>. Como sostiene MURILLO DE LA CUEVA, *“la autonomía no se tiene que contemplar exclusivamente en su*

---

64. Ibid., págs. 87 y 88. Lógicamente, la absorción de competencias aludida por PARIENTE DE PRADA tiene, si cabe, mayores y más problemáticas implicaciones en el contexto del País Vasco y Navarra, donde algunas de las competencias derivadas de la Disposición Adicional 1ª CE pueden cuestionarse abierta y directamente por la Comunidad Europea sin posibilidad real de intervención directa desde ninguna de ambas.

65. Ibid., pág. 106.

66. Estos aspectos han sido ligados con el principio de participación efectiva por E. L. MURILLO DE LA CUEVA, “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Civitas, 2000, págs. 108 y 109. En su concepción, la participación efectiva busca una plasmación de la autonomía política como distinta y más amplia que el mero nivel competencial de cada Comunidad Autónoma. *“Supone que más allá de esas competencias hay un interés autonómico que ha de ser atendido, que está necesitado de una expresión institucionalizada y formal. (...) Por eso, la preservación del principio de participación efectiva, surgido de la contraposición entre las exigencias de la integración europea (y la consiguiente absorción de competencias a favor de la Unión Europea que implica ex art. 93 CE), no es sino la misma preservación del principio constitucional de autonomía cuya salvaguardia es esencial para mantener el equilibrio básico en que se apoya la organización territorial del poder en la Constitución de 1978”.*

*dimensión interna sino, también, en su proyección exterior*<sup>67</sup>. Según este autor, “carece de fundamento constitucional la persistencia de la idea según la cual la autonomía puede subordinarse a una genérica exigencia de garantía de la unidad estatal en su vertiente exterior y, particularmente, al principio de la responsabilidad internacional del Estado”<sup>68</sup>.

### **3.2. En la fase de aplicación del Derecho Comunitario**

Nos referiremos a continuación a los problemas con los que pueden encontrarse el País Vasco y Navarra durante la denominada “fase descendente” del Derecho Comunitario; esto es, cuando se aplican dichas normas de forma puramente administrativa, con anterioridad a cualquier intervención ante el TJCE.

En este contexto, las dificultades vuelven a manifestarse sin solución de continuidad que pueda tutelar hasta hoy los DD.HH derivados de la DA 1ª CE. Nuestro punto de partida será el de una hipótesis inicial que tiene, no obstante, la necesidad de contrastar con anterioridad la opinión de nuestro TC sobre el particular:

“la adhesión de España a la Comunidad Europea no altera en principio la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así pues, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien naturalmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno «puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario» (STC 141/1993)”<sup>69</sup>.

Mi hipótesis de trabajo se basa en considerar la posibilidad de que las competencias legislativas del País Vasco y Navarra puedan llegar a contravenir determinadas disposiciones o principios básicos del Derecho Comunitario o, *sensu contrario*, que una determinada normativa comunitaria de Derecho derivado pueda entrar en colisión con las competencias legislativas autonómicas antedichas, probablemente cuestionando cuando menos la DA 1ª CE. Sin entrar en la problemática puramente jurisdiccional que es objeto del siguiente apartado, es evidente que el conflicto adquiere un rango y entidad comparables con cualquier conflicto de rango constitucional, tanto en el nivel normativo comunitario como en el estrictamente interno.

---

67. E. L. MURILLO DE LA CUEVA, “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Ciudades, 2000, pág. 29.

68. Ibid., pág. 32.

69. STC 102/1995.

La doctrina más autorizada que, lógicamente, comparto no duda en afirmar que la norma autonómica, al igual que la estatal, quedaría directamente preterida, en beneficio del Derecho Comunitario. En lo que respecta a la otra posibilidad apuntada, de existir contradicción entre el Derecho Comunitario y determinadas competencias legislativas derivadas de la DA 1ª CE, los Territorios Forales han de contar con la posibilidad de que incluso el orden constitucional de competencias internas pueda alterarse o quedar de alguna forma intervenido por las nuevas competencias que, en muchos casos, han absorbido ya las instituciones comunitarias. La medida de legitimidad jurídica de lo anterior se encuentra, desde mi perspectiva, en el propio TCE, como norma “constitucional” encargada de evaluar la existencia de un sustento jurídico suficiente para operar la modificación competencial aludida. Consiguientemente, una de nuestras tareas fundamentales consistirá en adelante en discernir teórica y prácticamente si el sustento jurídico esencial que deriva del Tratado de la Comunidad Europea en la actualidad es lo suficientemente contradictorio con los DD.HH del País Vasco y Navarra como para hacer casi inoperante una disposición constitucional interna de primer orden, cual es la Disposición Adicional 1ª de la Constitución<sup>70</sup>. Nótese a este respecto lo que ya ha sido advertido por MUÑOZ MACHADO, como más que notables reticencias de muchos foralistas, particularmente en determinados sectores políticos navarros, a la consideración del Amejoramiento como un Estatuto de Autonomía<sup>71</sup>. Según MUÑOZ MACHADO,

“la mayor resistencia de los foralistas a considerar que la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra sea un Estatuto de Autonomía, es debida a su convicción de que las normas básicas que contienen los derechos forales y los amejoran, han sido tradicionalmente leyes paccionadas y así también lo deben seguir siendo en la actualidad constitucional”<sup>72</sup>.

Lo anterior da tan sólo una ligera idea de la problemática que aguarda a los DD.HH vascos y navarros, una vez consumado el salto desde nuestra Constitución al complicado entramado institucional y jurídico derivado de los principios básicos que ordenan el Derecho Comunitario.

---

70. Téngase en cuenta que lo anterior dejaría peligrosamente sin efecto una de las características esenciales que hemos predicado de la DA 1ª CE, respecto a su inderogabilidad singular como figura contractual pactada entre dos partes, que potencialmente sería modificada por un tercero ajeno inicialmente al pacto originario.

71. Algunos, sin ir más lejos, sostuvieron la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional fiscalizara la legislación navarra, al no emanar ésta de un Estatuto de Autonomía sino de un pacto. Lo mismo sucedió con algunas “incómodas” partes de la Constitución que chocaban con la tradición foral más radical y que eventualmente habrían sido, según tales criterios, inaplicables en Navarra para, por ejemplo, impedir en dicha Comunidad Foral la aplicación de la Ley del Divorcio.

72. S. MUÑOZ MACHADO, “La Disposición Adicional Primera de la Constitución”, en *Derecho Público Foral de Navarra: El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra-Civitas, 1992, pág. 240.

### 3.3. Los Derechos Históricos forales ante el TJCE

La cuestión de los DD.HH ante el TJCE y su defensa y/o representación en dicho foro ha sido tradicionalmente conocida entre nosotros a través de los diferentes conflictos sometidos ante dicha jurisdicción en torno a la problemática del Concierto Económico del País Vasco, junto a la del Convenio Económico en el caso de Navarra. Sin embargo, estos asuntos no dejan de ser un mero botón de muestra sobre una problemática mucho más global; incluso de máximo calado institucional, político y constitucional en el nivel interno y que, si no ha sido abordada con claridad en tal estadio, difícilmente habrá podido serlo en el contexto institucional comunitario o en el de su Tribunal de Justicia<sup>73</sup>.

Pero la problemática va aún mucho más lejos puesto que si, como hemos visto con meridiana claridad, cualquier Comunidad Autónoma, y más aún si cabe las que reciben competencias derivadas de la DA 1ª CE, puede ver sensiblemente mermado su abanico competencial por directa influencia del Derecho Comunitario, parece lógico en todo caso que dichas entidades puedan llegar a tener alguna fórmula de intervención procesal directa ante el TJCE, como encargado último de tutelar la legalidad comunitaria. Resulta evidente, pero ha de recordarse una vez más que, en virtud de lo dispuesto por el art. 96.1 CE, el Derecho Comunitario pasa a formar parte del Derecho interno español con carácter automático. Ello supone, evidentemente, que, incluso aunque las competencias de ejecución sigan manteniéndose en la entidad a quien corresponda en el nivel interno<sup>74</sup>, las competencias forales o derivadas de los DD.HH pueden quedar directamente afectadas o, en su caso, manifiestamente alteradas. Por tanto, y muy a pesar de cuantas especificidades se sostengan sobre la naturaleza singular del Derecho Comunitario como fenómeno de integración institucional, se mantienen entre los principios que inspiran la Comunidad buena parte de los que constituyen la base, todavía hoy, del Derecho Internacional y las relaciones entre Estados donde, como es sabido, la legitimación directa de personas físicas o entidades que no ostentan la categoría de Estado ante un tribunal de carácter internacional es algo taxativamente proscrito<sup>75</sup>.

---

73. Valga como simple ejemplo en este punto el hecho "kafkiano" y sin precedentes de que, en el asunto de los incentivos fiscales vascos derivados del Concierto, y ante la falta de legitimación directa del Gobierno Vasco o de las Diputaciones Forales ante el TJCE, después de haberse abordado en el nivel interno el contencioso planteado desde diversas CC.AA limítrofes con el País Vasco, fuera el ejecutivo central (parte activa de los recursos internos) el que debiera representar a los Territorios Forales en la defensa de las medidas fiscales derivadas de los DD.HH, que algunos correligionarios políticos de dicho Gobierno central habían impugnado con anterioridad ante la jurisdicción interna.

74. Art. 58.2 LORAFNA en el caso de Navarra, por ejemplo y, en general, STC 44/1982, de 8 de julio.

75. Esto es, la soberanía se diluye relativamente hacia las instancias supranacionales, pero se fortifica y endurece más si cabe de cara a las entidades subestatales que, sin embargo, se ven directamente afectadas en los países descentralizados o de estructura compuesta como

Algunos de los problemas esenciales que cabe mencionar sintéticamente en este apartado creo pueden analizarse a través de uno de mis anteriores trabajos sobre la materia, respecto de los distintos procedimientos existentes ante el TJCE y las vías de intervención ante éste del País Vasco y Navarra: *“Therefore, and as we will see, the Court only accepts indirectly the legitimation of Sub-State bodies before the same”*<sup>76</sup>.

En cuanto a las posibilidades de intervención en el recurso de anulación según los actuales arts. 230 y 231 TCE<sup>77</sup>, la legitimación subestatal se encuentra ciertamente restringida:

“the Treaty does not accept expressly the legitimation of Sub-State bodies, whose actions by now are to be upheld on procedures as actions brought by legal persons most of the times. In any case, we are faced with a deep problem, because in decentralised countries those bodies are destinataries nearly always of a good amount of Community Law, with no legitimation at all before the competent Court thereto. Fortunately, the Court uses to recognize the aforementioned legitimation by the indirect way of legal persons, and even States are dealing with the problem, adopting therefor some kind of domestic co-ordination systems, to guarantee that the different regions are allowed to appear before the jurisdiction of the CJEC”<sup>78</sup>.

En el caso concreto del recurso por inactividad del art. 232 TCE<sup>79</sup>, la conclusión que cabe extraer es similar a la del caso precedente: *“There is no express legitimation in this procedure for Sub-State bodies, and only the Agreement mentioned on footnote 11<sup>80</sup>, between the State and the Autonomous*

---

España. No termina de ser cierta, en tal caso, la consideración del fenómeno comunitario como verdadera estructura de integración, en tanto en cuanto quienes se integran continúan siendo los Estados indefectiblemente con mínima participación regional en dicho proceso y nula en el caso de los ciudadanos, que asisten a una construcción europea carente muchas veces de la legitimación democrática necesaria para que la organización tenga una personalidad política y jurídica propia, deslindada de la de los Estados que la componen. Lo contrario es, precisamente, tropezar de nuevo con los problemas que aquejan al Derecho Internacional en general, desde la estructura monopolística de las decisiones derivadas de la ONU, hasta la composición ordinariamente colegiada de gran parte de los organismos internacionales, donde los Estados siguen “fabricando” el Derecho que, luego, los ciudadanos no pueden invocar administrativa o jurisdiccionalmente salvo en lo que respecta a Derechos Humanos.

76. X. EZEIZABARRENA SÁENZ, “Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law”, op., cit., pág. 23.

77. Arts. 173 y 174 TCE en la versión anterior al Tratado de Amsterdam.

78. X. EZEIZABARRENA SÁENZ, “Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law”, op., cit., pág. 23.

Véase a tal fin el *Acuerdo entre la Administración General del Estado y las Administraciones de las CC.AA relativo a la participación de las CC.AA en los procedimientos ante el TJCE* (BOE nº 79, 2-4-1998, pág. 11.352).

79. Art. 175 TCE antes del Tratado de Amsterdam.

80. La referencia es al *Acuerdo entre la Administración General del Estado y las Administraciones de las CC.AA relativo a la participación de las CC.AA en los procedimientos ante el TJCE* (BOE nº 79, 2-4-1998, pág. 11.352).

*Communities tends to ease somehow the current problem*<sup>81</sup>. Lo mismo sucede en el caso del recurso por incumplimiento que regulan, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, los arts. 226, 227 y 228 TCE.

Finalmente, en cuanto a las posibilidades de intervención subestatal en la cuestión prejudicial que recoge el art. 234 TCE, de todos es sabido que ni las partes ni el Abogado general están legitimados para presentarla durante el transcurso del contencioso en el nivel interno, pues solamente el juez interno ostenta tal posibilidad. En cualquier caso, será una parte esencial del trabajo inductivo que han de desarrollar las partes lograr el convencimiento del juez interno de la necesidad de plantear la citada cuestión prejudicial. Por ello, el trabajo del letrado interesado en la aplicación del Derecho Comunitario a la disputa será fundamental dentro del pleito interno. Es en este punto donde, eventualmente, los abogados que representen al País Vasco o Navarra tienen la importante posibilidad, aunque sigue siendo indirecta, de exigir ante la jurisdicción interna la aplicación directa del Derecho Comunitario, para lograr que aquélla solicite al TJCE la emisión de la pertinente cuestión prejudicial sobre el particular<sup>82</sup>.

Entre nuestros autores, uno de los que han estudiado la cuestión con mayor detenimiento es MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES<sup>83</sup>. Su análisis no puede ser más desalentador, pues la representación de los intereses encarnados por los DD.HH para Euskadi y Navarra no encuentran una vía directa de manifestación ante el TJCE, quedando hoy la cuestión a expensas de la voluntad política estatal para tal fin o, en su defecto, de la representación que el propio Estado lleve a cabo de los intereses autonómicos en la materia al derivar éstos de una disposición constitucional vital como la DA 1ª CE. Sin embargo, ni la conflictividad competencial que venimos sufriendo sistemáticamente, ni la articulación de los principios de cooperación y coordinación administrativa parecen posibilitar hoy día que la Administración central y las autonómicas precitadas alcancen un acuerdo en defensa de dichos DD.HH, directa o indirectamente representados ante la jurisdicción comunitaria.

El estudio abordado por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES aboga decididamente por introducir una serie de reformas imprescindibles en el TCE o, eventualmente, en determinadas interpretaciones restrictivas de sus precep-

---

81. X. EZEIZABARRENA SÁENZ, "Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law", op., cit., pág. 23.

82. Debe subrayarse en este punto que sólo en el caso de que no quede ulterior recurso jurisdiccional interno el tribunal interno estará obligado por el art. 234 III TCE a presentar la cuestión prejudicial ante el TJCE.

83. Especialmente en su obra monográfica al efecto: J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES: "La posición de las CC.AA ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", IVAP, 1996.

tos procesales<sup>84</sup>. Así, una de las necesidades primarias aducidas por el citado autor es la de dotar de una interpretación amplia al art. 230 párrafo 4º TCE para lograr extender la legitimación activa de las entidades subestatales en el recurso de anulación. De hecho,

“el mantenimiento de una interpretación restrictiva respecto de las regiones desentonaría abiertamente con la tendencia manifestada por el Tribunal en otros aspectos al interpretar extensivamente la legitimidad procesal activa de entes que, en realidad, no representan un verdadero interés general, v. gr. al reconocérsela a federaciones de industrias, asociaciones profesionales o sindicatos carentes, en ocasiones, incluso de personalidad jurídica propia”<sup>85</sup>.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES cita igualmente la necesidad de operar una reforma de las fórmulas de legitimación subestatal ante el recurso de anulación (art. 230 TCE). Ello lograría dotar a Euskadi y Navarra de la tutela judicial necesaria de sus competencias, incluidas lógicamente las históricas, frente a hipotéticos actos comunitarios contrarios a aquéllas y al propio Derecho Comunitario originario. Lo mismo se afirma respecto de la necesidad de reforma que demanda en idéntica línea el recurso por omisión del art. 232 TCE, lo cual sin duda dotaría a las Regiones de una nueva vía de legitimación activa frente a inacciones u omisiones del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión<sup>86</sup>.

Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra demandan reformas en la línea apuntada que, por otro lado, serán sin duda agradecidas por el complicado engranaje político y jurídico comunitario, chirriante en aspectos como los apuntados. En cualquier caso, la realidad práctica actual camina aún por derroteros bien distintos de los emanados de mi interpretación *de lege ferenda*.

En el ámbito español, la regulación hoy vigente tuvo su primera manifestación normativa en el *Acuerdo de 29 de noviembre de 1990 de la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas para regular la intervención de las Comunidades Autónomas en las actuaciones del Estado en procedimientos precontenciosos de la Comisión de las Comunidades Europeas y en los asuntos relacionados con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que afecten a sus competencias*<sup>87</sup>. La

---

84. La idea es compartida desde mi perspectiva totalmente, aunque del presente trabajo dimanar también algunas otras conclusiones relacionadas con aspectos principales que afectan al funcionamiento y configuración básica de la propia Comunidad Europea y su déficit democrático en materia de participación pública y regional en el entramado de relaciones que se continúa construyendo en base a presupuestos carentes, en ocasiones, de legitimidad.

85. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: “La posición de las CC.AA ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, op., cit., págs. 76 a 78.

86. *Ibid.*, págs. 79 a 84.

87. Este Acuerdo se publicó mediante Resolución de 7-9-1992 de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, BOE nº 216, de 8-9-1992, pág. 30.853.

propia Exposición de Motivos del Acuerdo en cuestión adelanta los objetivos que se pretende introducir en la participación autonómica ante el TJCE, pero siempre en base al mero principio de colaboración recíproca, sin que se formule posibilidad de legitimación activa directa de las CC.AA, ni una obligación de subrogación del Estado en defensa de los intereses que su propia Constitución le impone. Así, afirma dicho preámbulo que

“la Conferencia Sectorial creada en el Ministerio para las Administraciones Públicas ha venido abordando esta cuestión con la perspectiva de articular, bajo la premisa del principio de colaboración, un procedimiento eficaz de participación de las Comunidades Autónomas en las actuaciones de nuestro Estado, tanto en fase precontenciosa como en fase jurisdiccional, que afecten a las competencias de aquéllas”<sup>88</sup>.

La realidad de este Acuerdo de 1990 es que son sus artículos 5º, 6º y 7º los que regulan la cuestión articulando unos simples deberes de información y colaboración que, lógicamente, no abordan la cuestión de forma real ni mínimamente integral. Según el citado art. 6º,

“en los supuestos de interposición de recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando el posible incumplimiento tenga su origen en una disposición, resolución o acto emanado de los órganos de una Comunidad Autónoma, o en la omisión de los mismos, ésta podrá designar asesores para que participen en las reuniones que sean necesarias con los Agentes nombrados para la adopción de las posiciones a mantener por el Reino de España ante el Tribunal de Justicia”<sup>89</sup>.

El art. 7º, por su parte, se encarga de regular la situación respecto de la intervención indirecta a través de la cuestión prejudicial, en cuyo caso

“la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas informará a la Comunidad Autónoma respectiva de las cuestiones prejudiciales suscitadas por cualquier órgano jurisdiccional español siempre que el asunto

---

Para un estudio más detallado sobre este tipo de Acuerdos véase el trabajo de M. CIENFUEGOS MATEO, “La intervención de las CC.AA en cuestiones relativas a las Comunidades Europeas a través de la Comisión General de las CC.AA y la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas”, en *Autonomías* nº 22, Barcelona, Julio 1997.

88. E. L. MURILLO DE LA CUEVA, “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Civitas, 2000, págs. 103 y 104, ha criticado abiertamente el hecho de que los acuerdos de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas y de las Conferencias Sectoriales no se formalizan como convenios. Esta situación parece dificultar la solución de los problemas, al hacerse depender el funcionamiento de los mecanismos existentes de la correlación de fuerzas políticas en cada instante concreto y no de los intereses autonómicos específicos. Para este autor ha de tratarse de integrar las voluntades sin exclusiones recíprocas, de modo que la participación no quede limitada a la fijación de la posición negociadora para extenderse a la propia presentación y defensa de las propuestas ante la Comunidad. De lo contrario, el principio de participación efectiva quiebra en la búsqueda de presencia autonómica activa en el Consejo de Ministros comunitario.

89. Queda pues claro que la representación será la del Estado con los Agentes designados a tal fin por éste, quedando la labor autonómica relegada a una mera colaboración o asesoramiento.

tenga su origen en una disposición, resolución o acto emanado de los órganos de dicha Comunidad Autónoma, o en la omisión de los mismos.

La Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas lo examinará con la Comunidad Autónoma, a instancia de ésta, a los efectos, en su caso, de presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia<sup>90</sup>.

Finalmente, el art. 5º del Acuerdo establece los deberes de información que corresponden a la Administración central para con las CC.AA en los casos del recurso por incumplimiento iniciados contra España, en un tenor tan diluido y carente de eventual tutela o control como el de los casos antes examinados<sup>91</sup>.

En cualquier caso, el procedimiento ha sufrido algunas modificaciones sustanciales mediante el *Acuerdo de 11 de diciembre de 1997 de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas*<sup>92</sup>, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Autónomas<sup>93</sup>. A partir de su entrada en vigor, las cuestiones varían sustancialmente para Euskadi y Navarra, pues la primera de ambas es la única Comunidad Autónoma que no ha firmado el Acuerdo en cuestión, vistas, según la perspectiva del Gobierno autonómico, las escasas aportaciones del nuevo Acuerdo de cara a la efectiva participación activa de las CC.AA en los distintos procedimientos ante el TJCE<sup>94</sup>. De todos modos, los cambios se han manifestado como ciertamente sustanciales, no en vano el Acuerdo de 11-12-1997, en virtud de su Disposición Adicional derogatoria, deja literalmente “*sin efecto el Acuerdo de la Conferencia de 20 de noviembre de 1990, en lo que se refiere al recurso por incumplimiento regulado en el artículo 169 del Tratado CE*<sup>95</sup> y a las cuestiones prejudiciales”.

90. La crítica puede extenderse igualmente a este caso, con la particularidad adicional de que el deber de información aludido en el art. 7º sería igualmente recomendable respecto de actos o normas no emanadas de la propia Comunidad Autónoma, sino de otra, pues el interés procesal será normalmente extensivo a las CC.AA que no sean parte directamente involucrada en la cuestión prejudicial.

91. Sobre la carencia de eventual tutela sobre este tipo de fórmulas también se ha pronunciado en idéntico sentido E. L. MURILLO DE LA CUEVA, “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Civitas, 2000, págs. 69 y 70.

92. Ya ubicada dentro del marco que le otorga rango de Ley, gracias a la promulgación de la Ley 2/1997, de 13 de marzo, reguladora de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas.

93. Publicado mediante Resolución de 24 de marzo de 1998 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, BOE nº 79, de 2-4-1998, pág. 11352.

94. Por otro lado, uno de los aspectos criticados por el ejecutivo vasco fue la tendencia a la homogeneización de todas las CC.AA en sus vías de intervención ante el TJCE, dato este que no se corresponde con la realidad competencial, estatutaria e histórica de cada una de las distintas entidades. La cuestión es especialmente importante respecto a las competencias fiscales de Euskadi y Navarra, inexistentes en las restantes CC.AA.

95. Art. 226 TCE tras la nueva numeración vigente tras el Tratado de Amsterdam.

Para desbrozar el Acuerdo de 11-12-1997 podemos proceder a la siguiente sistematización, según la estructura que presenta la propia norma<sup>96</sup>:

#### a) Respecto del recurso de anulación

El artículo Primero del Acuerdo de 1997 estipula que, cuando una Comunidad Autónoma considere que una disposición o acto comunitario con eventuales efectos jurídicos deba ser impugnada por España ante el TJCE, a causa de un vicio de ilegalidad o por invadir competencias autonómicas o afectar a sus intereses, deberá darlo a conocer al Presidente de la Comisión de Seguimiento de la Conferencia. Lo mismo sucede en los casos en que la Comunidad Autónoma considere la necesidad de que España se persone como parte coadyuvante en un procedimiento ante el TJCE. Posteriormente, la decisión definitiva corresponde, discrecional pero motivadamente, a la Administración central y previo trámite de audiencia a la Comunidad Autónoma (artículos Segundo y Tercero del Acuerdo de 1997).

Posteriormente, el artículo Cuarto obliga a mantener un contacto permanente entre ambas Administraciones en los casos en que, efectivamente, se proceda a la interposición del recurso o demanda ante el TJCE, pudiendo la Administración autonómica designar abogados o asesores para que asistan al Agente representante de España durante el proceso. Por su parte, el artículo Quinto sostiene que,

“cuando el Reino de España quiera impugnar una disposición comunitaria ante el Tribunal de Justicia que afecte a alguna Comunidad Autónoma, lo pondrá en su conocimiento, para que, en el plazo de veinte días naturales, formule las observaciones que estimen pertinentes.

Igualmente, si una Comunidad Autónoma decidiese interponer un recurso o una demanda de intervención, lo pondrá en conocimiento previamente del Presidente de la Comisión de Seguimiento, a través del miembro de su Consejo de Gobierno que forma parte del Pleno de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, para que el Estado, en el plazo de veinte días naturales, formule las observaciones que estime pertinentes”.

#### b) Respecto al recurso por inacción u omisión (art. 232 TCE) y al recurso por incumplimiento (art. 227 TCE)

En virtud de los artículos Séptimo y Noveno del Acuerdo de 1997, las posibilidades de intervención autonómica quedan reducidas a la solicitud que pueden presentar las CC.AA ante el Estado, para que éste requiera a las instituciones comunitarias la actuación pertinente. Rigen en cuanto al procedimiento los arts. 1º a 4º del propio Acuerdo de 1997.

---

96. Cito “norma” a título absolutamente genérico, pues sigue sin existir procedimiento de tutela alguno que permita controlar la efectividad del cumplimiento del procedimiento que regula.

c) En cuanto a las cuestiones prejudiciales (art. 234 TCE)

Dispone el artículo 10º del Acuerdo de 1997 que la Administración central debe cumplir con un deber general de información a las CC.AA acerca de las cuestiones prejudiciales que se planteen ante el TJCE por cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siempre que la cuestión se haya originado a causa de una disposición, acto o resolución emanada de una Comunidad Autónoma, o en una omisión, o en una disposición estatal que afecte a las competencias autonómicas. Las posibilidades de las CC.AA se reducen posteriormente a solicitar la intervención del Estado, y rigen de nuevo en cuanto al procedimiento los artículos 2º a 4º del propio Acuerdo de 1997.

d) En cuanto al recurso por incumplimiento (art. 226 TCE)

Es en este caso el artículo Undécimo del Acuerdo de 1997 el encargado de regular el procedimiento a seguir. Básicamente se basa en un deber de información desde el Ministro de Asuntos Exteriores a las CC.AA respecto de los escritos de queja, emplazamientos, dictámenes y demás comunicaciones que puedan afectar a sus competencias. Cuando se interponga recurso ante el TJCE, en base a un incumplimiento causado por actos o disposiciones de las CC.AA o en omisiones de éstas, cabe la posibilidad de que las CC.AA designen asesores o letrados para que asistan al Abogado del Estado en el procedimiento suscitado ante el Tribunal comunitario.

Este es pues el panorama normativo vigente. Como puede observarse, las fórmulas de participación autonómica escogidas no pasan del establecimiento de unos deberes de coordinación e información recíprocas, la designación de asesores y una mera participación indirecta, a través de las reuniones preparatorias de cada procedimiento. La perspectiva adolece, por tanto, de una aproximación más racional y sustantiva que, de no alterarse sustancialmente, pone en riesgo abierto de conculcación, sin eventual tutela, los DD.HH reconocidos para Euskadi y Navarra por la Disposición Adicional 1ª de la Constitución<sup>97</sup>.

### **3.4. El papel de la Disposición Adicional 1ª como garante de los DD.HH ante el Derecho Comunitario**

Cuanto antecede no obtiene justificación jurídica alguna ni atendiendo a nuestra Constitución ni, como veremos, en el propio Tratado de la Comunidad Europea. Cosa distinta será la necesidad de armonizar los puntos don-

---

97. E. L. MURILLO DE LA CUEVA coincide sustancialmente con esta reflexión al valorar las Conferencias Sectoriales existentes, como vía preparatoria hacia un nuevo modelo con plasmación constitucional que plantee adecuadamente la participación y la cooperación autonómica en el fenómeno comunitario; véase a tal fin su trabajo "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000, págs. 70, 71 y 113.

de los DD.HH presentan disfunciones frente a principios y objetivos básicos del Derecho Comunitario, si bien en la práctica las distinciones teóricas no resultan tan sencillas.

La tesis del pacto constitucional entre los Territorios Forales y el Estado avala esta interpretación, aunque su traslación a nivel comunitario no resulta evidente. Esto es, cuando la Constitución española dice amparar y respetar los DD.HH, lo hace consciente y responsablemente en un contexto histórico, social y jurídico determinado, con absoluta certeza de cuáles son las necesidades inmediatas de adaptación de nuestro sistema a la inminente realidad comunitaria<sup>98</sup>. Más aún, al estipular la posibilidad de actualización de dichos DD.HH, lo hace tanto desde la perspectiva interna, como desde la perspectiva comunitaria e internacional presente en la propia Constitución a través de los arts. 93, 95 y 96 CE<sup>99</sup> fundamentalmente. La explicación es, desde mi punto de vista, comprensible en el análisis jurídico aunque no lo es tanto en el político desde muchas otras perspectivas. Vista la previsión del art. 93 CE sobre la necesidad de Ley Orgánica para la atribución de competencias constitucionales a una organización internacional, en clara referencia a la Comunidad Europea, el art. 95.1 CE nos aporta otra estipulación muchas veces obviada. Tal y como sostiene este precepto, *“la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”*<sup>100</sup>. Se deriva pues de este precepto que cualquier tratado internacional suscrito por España cuyo tenor contenga contradicciones con el texto Constitucional exige necesariamente la revisión previa de este último. Ello implica entender el reconocimiento que hace la DA 1ª CE de los DD.HH, no sólo como asumidos y amparados por nuestra propia Constitución formal y materialmente, sino también por el Derecho Comunitario originario y derivado en tanto en cuanto ni la “jurisdicción” constitucional ni el propio TJCE manifiesten lo contrario o lo sugieran de alguna forma, en vía de dictamen el primero (art. 95.2 CE), o mediante el correspondiente pronunciamiento al efecto emitido por el segundo en el transcurso de una eventual cuestión prejudicial al efecto (art. 234 TCE).

Por ello, es la propia DA 1ª CE la que garantiza jurídicamente ante el sistema comunitario la peculiaridad foral de Euskadi y Navarra<sup>101</sup>. La garantía se

---

98. Acudir en este punto al art. 3.1 del Código Civil resulta imprescindible, aunque su aplicación tiende a ser soslayada en muchas ocasiones:

*“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.*

99. La perspectiva constitucional y competencial de estos preceptos ha sido analizada en el estudio de P. PÉREZ TREMPs, “Las competencias en materia internacional y la Unión Europea”, en *Autonomías* nº 22, Barcelona, Julio 1997.

100. Por su parte, el segundo apartado del propio art. 95 CE estipula que *“el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.*

101. Este dato se intuye también en las palabras de G. JÁUREGUI, “La actividad internacional de la CAPV. La implicación europea”, op. cit.:

extiende a la tutela de cuantas manifestaciones efectivas de dichos DD.HH hayan sido reconocidas por el TC en su hoy ya nutrida jurisprudencia sobre la materia. El problema, como ya se ha empezado a examinar, reside en que dicha garantía no es tal hasta que la representación jurídica del Estado asuma el papel protagonista esencial que le corresponde en la defensa de su realidad constitucional y en la interpretación extensiva de cuantas disposiciones jurídicas puedan destinarse al logro de tales fines, tal y como los contempla la Constitución, el Estatuto de Gernika y el Amejoramiento del Fuero.

Mientras tanto, y en espera de que la garantía jurídico constitucional aludida se extienda activamente a la acción jurídica y a las formas en que ésta se manifiesta ante la Comunidad Europea desde cada Estado miembro, en general y, en nuestro contexto, desde el Gobierno central español, sólo el acuerdo político puede erigirse en vía legítima de resolución de la cuestión y de presentación consensuada ante Europa de nuestra peculiar pero efectiva realidad constitucional interna.

ALDECOA LUZARRAGA así lo sostiene, afirmando que

“el acuerdo político no debería demorarse más. En el ámbito interno se ha alcanzado un muy satisfactorio nivel de autonomía y descentralización política que, sin embargo, no se ve correspondido en sus justas y correlativas dimensiones en el ámbito externo. Un acuerdo de estas características tendría además como consecuencia el valor añadido de posibilitar una participación más dinámica del Estado español en la Unión Europea. Significaría la implicación directa de la pluralidad de poderes políticos y sociales existentes en el Estado en un proyecto, el comunitario europeo, de indudable e innegable interés para el conjunto de España. Significaría, por último, una muestra de que, también en España, el principio de lealtad federal tan común en la praxis política alemana, aquí en versión de lealtad constitucional, es un camino de doble sentido, y puede tener plasmación entre nosotros. (...) Lo que es válido para un sistema de tres copartícipes, como Bélgica, probablemente no podría aplicarse a un sistema de dieci-

---

*“No es éste el lugar para incidir sobre el debate en torno al concepto del “hecho diferencial” en el que se sustentan las relaciones de carácter bilateral. Es cierto que bajo el mismo subyacen realidades muy diversas. Sin embargo, más allá de los matices -en cierto caso importantes- en torno a su contenido, lo que importa reseñar aquí son dos aspectos. En primer lugar, que el hecho diferencial supone un hecho constitucional objetivo reconocido y recogido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y que incluso se refleja en la realidad política a través de los propios partidos políticos y sindicatos. En segundo lugar, que ese hecho se concreta en una serie de competencias específicas conectadas con las lenguas propias, los derechos históricos, el derecho civil, etc. La asimetría, por lo tanto, no alude a situaciones de hecho o a relaciones políticas, sino a la diversidad en la posición jurídica de las diversas Comunidades Autónomas.*

*De ello se deriva la necesidad de no caer en una doble tentación. De una parte, y dada la dificultad para plasmar normativa e institucionalmente la diferencia, la tentación de considerar la homogeneidad como una solución prácticamente inevitable. De la otra, la tentación de establecer una heterogeneidad, o para ser más exactos, una bilateralidad de hecho carente de reflejo jurídico, y que funcionaría al albur de la coyuntura política de cada momento. Frente a esa doble tentación, se impone la necesidad de buscar fórmulas de equilibrio respetuosas con los hechos diferenciales y, al mismo tiempo, acordes con el principio de seguridad jurídica”.*

siete como el español. En cualquier caso, lo que sí es trasladable es el espíritu y la voluntad política por encontrar fórmulas adecuadas que solucionen el problema”<sup>102</sup>.

Otra de las garantías que avala la vigencia de los Derechos Históricos ante el sistema jurídico comunitario es la que se encuentra representada por la consideración del hecho diferencial vasco y navarro, reconocido en la DA 1ª CE como inmerso dentro del denominado “bloque de constitucionalidad”<sup>103</sup>. Así, cuando el Tribunal Constitucional español delimita el concepto histórico y normativo de los DD.HH, lo hace dentro de dicho bloque, como categoría fundamental inalienable de la propia esencia de la Constitución y de los derechos individuales y colectivos que en su seno tienen un reconocimiento tal que sin ellos la propia Constitución no sería reconocible. Se trata pues de una serie de características inherentes a la propia esencia de cada Estado miembro de la Comunidad Europea, que ni siquiera ésta, en la dilución de soberanía que su existencia ha supuesto, puede obviar o pasar por alto unilateralmente. El art. 28.1 LOTC viene a corroborar lo anterior, prestando al tiempo la necesaria habilitación normativa, afirmando que

“para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

Así pues, la inclusión de la DA 1ª CE dentro de dicho bloque es incuestionable, junto a la del Estatuto de Gernika y la Ley del Amejoramiento del Fuero navarro.

Así, en conclusión, el reconocimiento constitucional al que aludo no lo es solamente desde el punto de vista competencial, sino también desde la perspectiva del reconocimiento de determinados hechos diferenciales que caracterizan a Euskadi y Navarra como Territorios Forales, a sus instituciones, al Derecho Público que deriva de ellas y, cómo no, a los derechos que ostentan los ciudadanos en todo ese sistema inserto igualmente en la Comunidad Europea e igualmente reconocido por ésta. Cosa distinta y perfectamente legítima será la posibilidad de que el TJCE tutele, en su caso, la compatibilidad de aplicaciones concretas de dicho sistema con el Derecho Comunitario,

---

102. F. ALDECOA LUZARRAGA, “En busca de un pacto político a favor de la acción exterior y comunitaria de las Comunidades Autónomas”, en *La acción exterior y comunitaria de los Län - der, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, págs. 322 y 323.

103. Según J. CRUZ ALLI, dicho concepto surge en el Derecho francés mediante la interpretación que del mismo hace el Conseil Constitutionnel como “*principios y reglas de valor constitucional, incluidos los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*”. Véase a tal fin su trabajo “Los Hechos Diferenciales y la Constitución de 1978”, en la obra colectiva *Estado autonómico y Hecho Diferencial de Vasconia*, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankideztan 2000, nº 15, pág. 161.

sin entrar a valorar siquiera las peculiaridades constitucionales del sistema español o del de cualquier otro Estado miembro.

Esta idea ha de enlazarse necesariamente con una importante configuración de los Derechos Históricos como derechos colectivos que singularizan la vocación de autogobierno y la identidad histórica, política y jurídica de comunidades vinculadas entre sí, pero diferenciadas<sup>104</sup>. La idea ha sido reflejada por NIETO ARIZMENDIARRIETA entendiendo la idea de derechos colectivos *“de forma instrumental, esto es, como un refuerzo de los derechos individuales”*, para evitar que los primeros primaran sobre los segundos.

“En tal sentido, desde una concepción liberal, los derechos colectivos sólo pueden reputarse legítimos cuando traten de proteger al grupo del impacto de decisiones externas. Es decir, cuando un grupo o comunidad intente proteger su existencia e identidad específica limitando las decisiones de la sociedad en la que está englobado”<sup>105</sup>.

Esa voluntad colectiva es la que se ha manifestado históricamente por los Territorios Forales en cuanto respecta a la vocación identitaria y de autogobierno propio, ajeno a las injerencias externas con tintes de homogeneidad. Por ello, podemos afirmar que la propia DA 1ª CE recoge en su seno y asume pacíficamente la existencia de unos Derechos Históricos que, además, son colectivos y característicos de una comunidad con población, territorio e instituciones propias y diferenciadas a lo largo de la historia<sup>106</sup>. Por si ello fuera poco, la Disposición Adicional del Estatuto vasco<sup>107</sup>, que, no olvi-

104. En este contexto es conocida la tesis sostenida por diversos autores sobre la pretendida inexistencia de los denominados derechos colectivos. Al respecto, el art. 2 CE es bien claro, al reconocer y garantizar *“el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones”*, dentro del marco constitucional español. Se trata, evidentemente, de un derecho colectivo formal y materialmente reconocido por la propia Constitución.

105. E. NIETO ARIZMENDIARRIETA, *“Reflexiones sobre el concepto de Derechos Históricos”*, RVAP nº 54, 1999, págs. 164 y 165.

106. Respecto de la titularidad de dichos DD.HH y colectivos reconocidos en la DA 1ª CE, las interpretaciones mayoritarias y el mismo TC no dejan de reconocer a los Territorios Forales vasco-navarros como los designados expresa y exclusivamente en las Leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, e implícitamente en la propia Adicional 1ª CE. Cuestión distinta es la articulación interna de tales DD.HH en el contexto particular de Euskadi y sus Territorios Históricos. Sobre ello no entraré, pues la cuestión excede del ámbito de este estudio, que sólo pretende afirmar la existencia de tales DD.HH frente al ordenamiento comunitario. En todo caso, y aunque la mención *“Territorios Forales”* se refiere exclusivamente a las provincias, igual que Navarra ha absorbido la citada foralidad como Comunidad Autónoma, no existiría problema para que Euskadi hiciera lo propio y, entiendo, el Estatuto y la Ley de Territorios Históricos contienen los mecanismos adecuados para tal fin mediante la vía existente para la actualización de los DD.HH. Creo, de todos modos, que la obra de M. HERRERO DE MINÓN, *“La titularidad de los Derechos Históricos vascos”*, Revista de Estudios Políticos, nº 58, 1987, avala con brillantes planteamientos lo anterior, en un análisis jurídico de la cuestión muy difícil de rebatir.

107. La Disposición Adicional 1ª de la LORAFNA contiene un tenor prácticamente exacto al del Estatuto vasco, quedando ambos preceptos como cláusulas finales de salvaguardia de los DD.HH derivados de la foralidad vasco-navarra: *“La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71”*.

demos, es una Ley Orgánica aprobada igualmente por las Cortes, deja bien clara la eventual titularidad de los DD.HH por el Pueblo Vasco genéricamente considerado, además del reconocimiento ya aludido en la DA 1ª CE, al afirmar que

“la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico”<sup>108</sup>.

### **3.5. La modificación del concepto de soberanía en la Comunidad Europea y las disfunciones del sistema**

Todo el complicado entramado histórico, institucional y competencial que vengo analizando en la mera perspectiva constitucional española viene a complicarse más si cabe con la irrupción del Derecho Comunitario y la notable absorción de competencias que las instituciones comunitarias han asumido *ex novo*. La cuestión, además, no es ni mucho menos baladí si tomamos en consideración que la Comunidad Europea carece de una verdadera Administración propia, debiendo servirse de la de cada Estado miembro para hacer frente al cumplimiento de sus políticas y normas en cada contexto territorial respectivo. Este aspecto, muchas veces obviado, complica la situación, y la propia aplicación del Derecho Comunitario, de forma más que notable.

En cualquier caso, hemos de subrayar sin reparos que, si no en el plano puramente internacional, sí, al menos, en el de la Comunidad Europea se ha operado una sustancial modificación del concepto clásico de soberanía, cediendo una buena parte de la misma hacia una instancia supranacional, dotada de un Derecho propio, que goza de eficacia directa, primacía y tutela jurisdiccional *ad hoc*, asemejada formal y materialmente, desde la perspectiva del papel del TJCE, a la de cualquier Tribunal Constitucional interno que enjuicie la legalidad constitucional de las actuaciones y normativas públicas discordantes con la legalidad constitucional de un Estado de Derecho.

Si la modificación acaecida hacia instancias supranacionales es evidente en el caso comunitario, no puede decirse lo mismo, como ya hemos visto, en el sentido contrario, hacia las instancias subestatales, Regiones, CC.AA en el caso español y demás colectivos de rango infraestatal en el contexto comunitario. Por otro lado, la existencia de disfunciones importantes en el sistema ha sido constatada a lo largo de todo el estudio, especialmente en

---

108. La cláusula sigue viva por tanto, y nos induce a pensar en la transitoriedad que parece caracterizar al régimen autonómico vasco y navarro, en tanto en cuanto no se actualicen los DD.HH de forma completa y se solventen las cuestiones referentes a la territorialidad entre los cuatro Territorios Forales y dentro de cada uno de ellos (DA 1ª CE, Disposición Transitoria 4ª CE, arts. 2, 8, 26 y DA del EAPV y Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª de la LORAFNA, casi todos ellos hasta hoy inutilizados).

Estados que, como España, aun siendo claramente descentralizados, no han introducido en su razonamiento jurídico interno ni cara al exterior la explicación formal y material necesaria para que las entidades subestatales puedan operar en el entramado con cierta flexibilidad y legítimo provecho de sus intereses y derechos más esenciales. Estas afirmaciones, quizás un tanto retóricas fuera de nuestro contexto más cercano, estimo obtienen plena habilitación y aval normativo en la consideración y asunción directa y expresa que la Constitución española lleva a cabo en el caso de los DD.HH de los Territorios Forales. Cosa bien distinta y del todo criticable será el hecho de que, pese a las modificaciones operadas en el reiterado concepto clásico de soberanía, la Administración central no haya sido capaz de explicar y articular ante la Comunidad Europea las singularidades y peculiaridades jurídicas que contiene su Constitución, como de hecho sucede con algunas otras.

Incluso antes de todo esto, JÁUREGUI ya venía advirtiendo que *“la noción de una soberanía exclusiva y hermética ha sido siempre más un mito que una realidad, un mito que ha servido más para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, que para poder ejercer un poder real”*<sup>109</sup>. El problema, sin embargo, reside en que el mito de la soberanía continúa manifestando extrañas formas y apariciones en el contexto comunitario, muy a pesar de los notables avances advertidos en distintos ámbitos, pero, casi siempre, en detrimento de los intereses de las entidades subestatales, como es el caso en España de los Territorios Forales y, en ocasiones, de los propios ciudadanos de la Comunidad Europea en determinados sectores de la actividad administrativa<sup>110</sup>.

Todo ello sin entrar aún en la nada desdeñable posibilidad de que el reconocimiento que nuestra Constitución hace de los DD.HH de los Territorios Forales en el nivel puramente interno pudiera incluso tener alguna traslación real y práctica ante las instituciones comunitarias en un momento determinado, sobre todo respecto a materias sectoriales que hoy día han escapado prácticamente del control y ejercicio competencial de cada Estado miembro<sup>111</sup>. Se trata de una vía inexplorada hasta la fecha, pero que ha de ser

---

109. G. JÁUREGUI, “La globalización y sus efectos en el principio de soberanía”, en *La institucionalización jurídica y política de Vasconia*, obra colectiva junto a J. M. CASTELLS y X. IRIONDO, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan, 1997, pág. 38.

110. Llama la atención en este punto el hecho de que, pese a la mencionada dilución del concepto de soberanía, sean hoy día sólo los aspectos puramente económicos los que distinguen a la Comunidad Europea de cualquier otra organización de integración. Ni las relaciones exteriores, ni la defensa ni la seguridad ni los mismos Derechos Humanos han percibido todavía con plenitud la derogación parcial del principio de soberanía, cosa que sí se ha logrado en el plano puramente monetario, con las implicaciones mercantiles y comerciales que ello supone, en el caso de la moneda única a partir del año 2002.

111. El caso de los Derechos Históricos de la flota pesquera vasca bien pudiera constituir un ejemplo de lo que digo, frente a regulaciones comunitarias claramente contrarias a dichos derechos y a importantes dictados ambientales del TCE, junto a los de normativas de su Derecho derivado. Véase sobre el particular, X. EZEIZABARRENA, “Problemática y régimen jurídico de la pesca con redes de enmalle a la deriva: especial referencia al Derecho Comunitario”, *Actualidad Administrativa*, nº 42, 1998.

razonablemente considerada, allí donde la acción de España como Estado miembro de la Comunidad haya prácticamente desaparecido, de modo que deba ser la Comunidad Autónoma correspondiente la que exija, al menos políticamente, la defensa de unos DD.HH que constitucionalmente le pertenecen y deben, en tal caso, ser objeto de actualización.

Algunas de las disfunciones genéricas observadas en el sistema jurídico comunitario y en contradicción con la modificación mencionada del principio clásico de soberanía han sido también puestas de manifiesto por JÁUREGUI, especialmente en lo que respecta a las carencias institucionales básicas:

“Así, por ejemplo, la UE carece de un lugar concreto de autoridad suprema. Es cierto que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea puede invalidar leyes y decisiones específicas de los Estados miembros pero, en general, las decisiones constituyen el resultado de la negociación entre esos Estados. No existe un actor hegemónico que sea responsable en última instancia de tomar y aplicar decisiones vinculantes para todos, ni ninguna institución capaz de llevar a la práctica un elemento tan constancial a todo Estado como es el ejercicio del monopolio de la violencia.

Tampoco existe una estructura de cargos formalmente centralizada. La UE no posee una jerarquía de funciones cuyo vértice sea una autoridad central. La mayor parte de la división de funciones se rige por el principio horizontal de distribución de competencias, y no por el principio vertical de jerarquía. Se produce, de este modo, una red formal e informal de interacciones horizontales y de continuas negociaciones entre los actores a diversos niveles, cada cual con su base de poder independiente.

A primera vista, la ausencia de un poder central jerárquicamente estructurado podría ser entendida como una fórmula de salvaguarda del poder de los Estados miembros. Sin embargo, la libertad de circulación de personas y mercancías, así como la unión de mercado y monetaria supone una ruptura con la rígida territorialidad en la que se fundamenta el sistema estatal europeo clásico. Ello trae como consecuencia un considerable desmantelamiento del poder estatal actual en Europa. Como puede verse, nos encontraríamos ante un nuevo tipo de Estado (más exactamente organización política, pues llamarla Estado resulta arriesgado, al menos si lo entendemos en su sentido clásico) todavía sin perfilar, pero con unas características y elementos básicos radicalmente diferentes de los conocidos hasta ahora”<sup>112</sup>.

Toda esta importante serie de factores emergentes, pero vigentes cada vez con más fuerza, han motivado cambios sustanciales en el concepto de soberanía clásica, en su manifestación exterior y desde los Estados miembros de la Comunidad hacia ésta. Por el contrario, la perspectiva se aparece como tangencialmente distinta en cuanto a la manifestación interior, esto es,

---

112. G. JÁUREGUI, “La globalización y sus efectos en el principio de soberanía”, op., cit., pág. 47.

desde los Estados descentralizados hacia sus entidades subestatales o regionales, con especiales carencias en el caso español y peculiares consecuencias jurídicas en el concreto ámbito territorial del presente estudio. La nueva “soberanía” comunitaria es pues compartida entre los Estados miembros, y lo que queda de las soberanías internas es más o menos compartida en el interior de cada Estado miembro descentralizado. Mientras tanto, y olvidando los ejemplos de Austria, Bélgica y Alemania, que han abordado la cuestión con las modificaciones constitucionales y los acuerdos internos pertinentes, España sigue sin dirimir el problema en vía interna, para trasladar hasta el tortuoso ámbito comunitario y hasta su jurisdicción problemas como el que analizamos en referencia a los DD.HH de Euskadi y Navarra en el contexto de la Comunidad Europea<sup>113</sup>.

Otra de las grandes paradojas derivadas de la modificación del concepto clásico de soberanía en el plano internacional general y, particularmente, en el contexto comunitario europeo tiene que ver con la sistemática negación por los Estados del derecho de autodeterminación de los pueblos, incluso en contextos como el comunitario, donde, como se ha visto, los conceptos típicos de la estatalidad se han suavizado muy notablemente. La cuestión no solamente es paradójica en general, sino que además explica con meridiana claridad las disfunciones del sistema internacional y comunitario y, finalmente, posee, según la tesis de HERRERO DE MIÑÓN, un vínculo directo y explícito con los Derechos Históricos que la Constitución española reconoce al pueblo vasco<sup>114</sup>. HERRERO DE MIÑÓN relaciona el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos no con la ubicación del pueblo en cuestión como pueblo colonial, sino más bien con la existencia de una identidad y una vocación histórico-positiva de existencia como entidad política y jurídica diferenciada, reconocida en el caso vasco peninsular<sup>115</sup>

---

113. Precisamente uno de mis trabajos precedentes en la materia concluye con una frase al efecto que, estimo, refleja con claridad los problemas que se avecinan: *“it is clear for the future that, if Community Law does not adopt the necessary measures to assume the Sub-State bodies legitimation before Community institutions with regard to eventual disputes affecting regional legislative competencies and possibly in breach of Community Law, we will be in front of many and different jurisdictional conflicts to be solved before the CJEC and the respective Constitutional Courts of the Member States, so as between both of them in many of the cases”*, véase a tal fin X. EZEIZABARRENA, “Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law”, op., cit., pág. 25.

114. Véase en general lo que a continuación iré concretando en M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., págs. 259 a 281. La interpretación acometida por este autor no ha sido bien entendida desde determinados ámbitos políticos, si bien, como se verá, su agilidad y audacia son tales que sortean con facilidad cualquier crítica que no haya profundizado demasiado en las cuestiones que aborda HERRERO DE MIÑÓN.

115. La cuestión es distinta en el caso vasco continental, por carecer este ámbito territorial de precepto constitucional concreto para los territorios vascos y sus DD.HH. Sin embargo, los privilegios e importantes residuos de auto-organización similares a la foralidad del Sur de los Pirineos han sido del todo puestos de manifiesto por M. LAFOURCADE en su trabajo, “Las instituciones tradicionales y públicas de la Vasconia continental”, *Euskonews & Media* nº 38, <http://www.euskonews.com>:

por los DD.HH de la DA 1ª CE<sup>116</sup>. Pero analicemos con atención cuál es el *iter* seguido para tal fin:

1º “El pueblo capaz de autodeterminarse no tiene por qué ser sólo un pueblo colonial. (...). La condición jurídico-internacional del territorio no condiciona la existencia ni del derecho de autodeterminación, ni de su titu-

---

*“las tres provincias vascas gozaban en Francia de las mayores prerrogativas. La más importante de éstas era una total autonomía financiera. Cada una de ellas, pagaba las imposiciones reales bajo la forma de una suma global.*

*En Laburdi y en Zuberoa, la milicia del país, compuesta de mil hombres, estaba organizada por el Biltzar. El Biltzar disponía de un amplio poder reglamentario y era una asamblea legislativa que velaba por la conservación de las costumbres, que podía modificarlas en el caso de que estuvieran anticuadas o inadaptadas. En este organismo se debatían los tratados amistosos que el país firmaba con los Vascos de Vizcaya o de Guipúzcoa, regulando, en tiempo de guerra como de paz, las relaciones comerciales y el reparto de las aguas de pesca. En Baja Navarra, los tratados llamados *fazerías*, que organizaban el empleo de los pastos, tenían lugar incluso entre valles vecinos de un lado a otro de la frontera.*

*Laburdi conservó, también de manera muy excepcional en Francia, el mantenimiento de sus caminos y puentes hasta la Revolución francesa. Los habitantes rechazaban cualquier intrusión de la administración regia, al contrario de lo que sucedía en Zuberoa y en Baja Navarra, donde el peso de la Nobleza local paralizaba las reivindicaciones populares.*

*Pero Laburdi corrió la misma suerte que las otras provincias con el advenimiento de la Revolución francesa. La noche del 4 de agosto puso fin a los privilegios, en especial al estatuto particular de los países y comunidades de habitantes. La Baja Navarra, que había rechazado delegar representantes en los Estados Generales bajo pretexto de ser un reino soberano y no una provincia francesa, había enviado finalmente una delegación al rey para defender su lista de agravios, pero ésta se negó a sentarse en los Estados, confiando sus intereses a los diputados de Laburdi. Zuberoa había esperado la apertura de los Estados en Versalles para proceder a las elecciones de sus diputados, pero dos de ellos abandonaron al momento la asamblea. Los Laburdinos designaron sus representantes, con el mandato imperativo de conservar la constitución particular del país, pero votaron el abandono de los privilegios; pronto se arrepintieron y defendieron después la creación de un departamento vasco. Pero no fueron escuchados. Las miras dogmáticas de Sièyes llevaron la propuesta a la Asamblea y, por el decreto del 4 de marzo de 1790, las tres provincias vascas se reunieron en Béarn para formar el departamento de los Bajos Pirineos, con Pau como capital. La nación francesa, una e indivisible, había englobado a las provincias vascas.*

*De esta manera culminaron los revolucionarios la obra unificadora de la monarquía. En nombre de una libertad y de una democracia abstractas que desembocaron en Robespierre y en Napoleón, una minoría de ideólogos aniquilaron las libertades reales de la secular democracia vasca.*

*La ley, «expresión de la voluntad general», vino a suplantar al derecho consuetudinario.*

*Una última tentativa de salvar el País Vasco tuvo lugar a comienzos del siglo XIX. Aprovechando la restauración del Imperio por Napoleón, el diputado Garat escribió en 1808 a Savary, duque de Rovigo, quien mandaba el ejército francés en España, para pedirle la autonomía de los Vascos en el seno de un Estado que reuniera a las siete provincias, federado en la Europa napoleónica.*

*Pero la Europa de Napoleón resultó efímera. El siglo siguiente conoció el triunfo de los Estados naciones”.*

116. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., págs. 270 y 271. Desde ya ha de advertirse aquí que el límite de la DA 1ª CE está, según el propio precepto y la interpretación doctrinal, en la “unidad constitucional”, como decía la Ley confirmatoria de Fueros de 1839, o en el marco de la Constitución, como reza hoy la Adicional 1ª de la Constitución. Más tarde veremos pues cuál es la vía abierta por la tesis de HERRERO DE MIÑÓN para salvar, eventualmente, los límites constitucionales aludidos, básicamente mediante las cláusulas de salvaguardia de los DD.HH del Pueblo Vasco (Disposición Adicional del EAPV y Disposición Adicional 1ª de la LORAFNA).

lar, el pueblo. (...) <sup>117</sup>. La voluntad de ese pueblo, el “nosotros” democrático, sólo es posible una vez que se ha determinado el sujeto que así se afirma y que tiene que ser dada desde una instancia trascendente <sup>118</sup> <sup>119</sup>.

2º Los DD.HH se justifican en el concepto marxista y hegeliano de “pueblos con historia”.

“El sujeto “pueblo” no se improvisa, ni siquiera se inventa. Como tantos otros fenómenos culturales, especialmente el lenguaje, procede del fondo del tiempo y siempre cambiante, está-ya-siempre-ahí. Su versión jurídico-política es lo que algunas tradiciones políticas, entre otras la vasca, denominan Derechos Históricos. (...) Son los Derechos Históricos los que sirven de marco de referencia a la legitimación democrática, porque las opciones democráticas pueden darse en ellos, pero no sin ellos, porque más allá de los mismos no se sabe determinar el sujeto de la propia autodeterminación” <sup>120</sup>.

3º Los DD.HH inherentes a cada pueblo con historia son los que posibilitan de hecho la opción democrática de autodeterminación, configurando y delimitando ésta. Ese es precisamente el sentido de la DA del EAPV y de la DA 1ª de la LORAFNA, con sus respectivas remisiones a los DD.HH del pueblo vasco y navarro <sup>121</sup>.

4º Los elementos de la autodeterminación, por tanto, sólo pueden ser definidos en base a una “realidad sociológica objetiva”, como cuerpo político preexistente.

“No se trata de un derecho individual, ni siquiera colectivamente ejercido, sino de un derecho del pueblo. Pero esta categoría existencial no la da la naturaleza, porque no consiste en “sangre y tierra” sino en cultura,

---

117. Esta interpretación concuerda perfectamente con el tenor del art. 3.1 del Código Civil, respecto de la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con el contexto “y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. De lo contrario, el principio y derecho de libre determinación de los pueblos sólo resultaría factible en los hoy ya inexistentes contextos de dominación colonial, dato este que, por cierto, no concuerda con la realidad fáctica de las últimas décadas en la práctica jurídica internacional y comparada del pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá de 20-8-1998 para el caso de Quebec, así como en situaciones diversas pero de trascendencia jurídica notable como son los casos de Irlanda del Norte, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Letonia, Timor o Gibraltar. Nótese, por otro lado, que esa peculiar interpretación histórica sobre el alcance del principio y derecho de libre determinación de los pueblos proviene justamente de los propios Estados que deniegan su eventual ejercicio en la actualidad.

118. Esa instancia trascendente es, de hecho, la propia Constitución española en su DA 1ª. Ahora bien, situados en el contexto comunitario actual, la Comunidad Europea también podría asumir el papel que demanda una situación especial constitucionalmente interna, pero con trascendencia externa, teniendo en consideración la existencia genérica de dos Estados miembros de la Comunidad Europea directamente implicados en la cuestión y aludidos en todo caso por el tenor literal global de la DA del EAPV que, guste o no, desarrolla directa y explícitamente la DA 1ª CE. No olvidemos que aquélla alude al sujeto de forma claramente genérica como Pueblo Vasco y no ya como Territorios Forales en el sentido de la meritada Adicional 1ª CE. Algo similar ya se ha producido desde la propia Comunidad Europea, sin previa habilitación ni previsión constitucional alguna sobre Derechos Históricos, en los casos de Irlanda del Norte, Chequia o Serbia.

119. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., pág. 270.

120. Ibid., págs. 270 y 271.

121. Ibid., pág. 271.

esto es, historia. No es un derecho humano, pues, sino un derecho histórico. (...). Así, a mi entender, la autodeterminación vasca no puede prescindir de su raíz foral y lo que supone de articulación paccionada. En otros términos, espacio, población, ordenamiento institucional y demás elementos definitorios, lo son de la autodeterminación por constituir otros tantos factores materiales de integración”<sup>122</sup>.

5º En virtud de todo ello, y dado que

“el título histórico constitutivo es a priori material del cuerpo político, la autodeterminación del mismo no puede trascenderlo. (...) Sería contraria a la propia noción de autodeterminación la negación de la propia identidad. (...) Habría que atender a ese a priori material que el Derecho Histórico es, para determinar el qué y el cómo de la autodeterminación”<sup>123</sup>.

6º Finalmente,

“dando ya por establecido que el sujeto de la autodeterminación es una unidad política, constituida como tal en virtud de determinados títulos históricos, cabe preguntarse en qué consiste la autodeterminación”<sup>124</sup>. Puede adelantarse ya lo que sostiene el propio autor al afirmar como anticipo de conclusión que “la autoidentificación en la que la autodeterminación consiste, ha de responder a los títulos históricos y a las señas de identidad que configuran a cada pueblo que se autodetermina. La autodeterminación no es una invención arbitraria, sino necesidad histórica”<sup>125</sup>.

HERRERO DE MIÑÓN abunda sobre esta cuestión con dos conclusiones esenciales y finales que derivan de todo lo avanzado hasta aquí:

a) Los DD.HH son los que sustentan, como realidad objetiva previa, la propia comunidad nacional, que eventualmente pueda impulsar su voluntad democrática.

“Es claro que ni la raza, ni la geografía, ni la lengua, son signos identificatorios suficientes y, sin embargo, lo son los títulos históricos que configuran una personalidad colectiva y diferenciada en un territorio concreto, esto es, un cuerpo político que la voluntad nacional puede animar. Un pueblo que puede desplegar la conciencia de sí mismo porque ya existe en virtud de sus Derechos Históricos. Así, en el caso vasco, es el pueblo vasco y no otro o una facción del mismo, titular de unos derechos reconocidos en la Adicional Primera y actualizados en la Adicional única del Estatuto”<sup>126</sup><sup>127</sup>.

122. Ibid., págs. 271 y 272.

123. Ibid., pág. 272.

124. Ibid., pág. 272.

125. Ibid., págs. 279 y 280.

126 Yo añadiría también como actualización vigente sobre el particular la existente en la Disposición Adicional 1ª de la LORAFNA.

127. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., pág. 280. Añade HERRERO DE MIÑÓN en este punto que “tales Derechos Históricos, en cuanto a priori material, posibilitan, pero también delimitan, cualquier despliegue de voluntad autodeterminante, que ha de respetar la identidad originaria, v gr., en sus aspectos territoriales, institucionales, relacionales y culturales”.

b) “¿Cabe la autodeterminación, así entendida, en nuestro bloque de constitucionalidad? La experiencia histórica y comparada, a la que se ha hecho alusión más atrás, demuestran que ni su exclusión ni su inclusión expresa sirven en realidad para nada en una sociedad abierta. Pero el principio, en sí mismo, puede ser resorte de integración voluntaria y, por ello, es útil plantear la cuestión. La Constitución, en efecto, contiene cláusulas radicalmente unitarias en su Preámbulo y en sus artículos 1.2 y 2 que, por excluir cualquier atisbo de autodeterminación, excluyen también la integración voluntaria, la relación paccionada o concertada e incluso los poderes originarios que se articulan en competencias residuales (art. 149.3 CE). Pero la Adicional Primera añade (=adiciona) algo más. (...) La interpretación “principal” del marco constitucional, única coherente y, además útil, exonera a los titulares de Derechos Históricos de las leyes de la Constitución, de su letra y de su retórica<sup>128</sup>. Así sería posible, por ejemplo, invertir en el caso de los titulares de Derechos Históricos, el sistema del artículo 149.3 y atribuirles los poderes no explícitamente concertados con el Estado por la doble vía de los artículos 149.1 y 150.2 de la misma norma fundamental<sup>129</sup>. Por otro lado, ya no se discute que la Adicional Primera sea, cuando menos, si no un título autónomo de competencia, sí una norma de competencia. Pero tales normas pueden significar dos cosas bien diferentes: ya una regla de producción de normas, ya la remisión a todo un sistema jurídico tercero y lo que ello significa. (...). Esta sería la interpretación adecuada para la Adicional Primera que no significa una mera regla de producción normativa, sino el reconocimiento de una realidad jurídico-política distinta. Ahora bien, este reconocimiento implica tanto el que dicha realidad tercera se autodetermine democráticamente, algo inherente a un cuerpo político en una sociedad abierta, como la permanente invitación a dicha realidad tercera para su voluntaria y concertada integración”<sup>130</sup>.

La tesis de HERRERO DE MIÑÓN no está exenta, sin embargo, de dificultades notables para salvar los conceptos de unidad<sup>131</sup> o marco constitu-

---

128. Como enseguida explicaré, mi interpretación difiere un tanto al respecto, pues de lo que quedarían exonerados los titulares de DD.HH sería del sometimiento al Título VIII de la Constitución, aunque sí estarían investidos de la posibilidad de operar una reforma constitucional para desbordar su marco, pero nunca, por ejemplo, para violar Derechos Fundamentales o abordar aquello que le está expresamente vedado a las Cortes Generales, incluso por mandato directo del Derecho Comunitario. En idéntica línea, D. LOPERENA ROTA, “Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos”, op. cit., págs. 316 y ss.; aunque la STC (Sala 2ª) de 12-10-2000 parece permitir la posibilidad de obviar Derechos Fundamentales (en este caso, art. 14 CE), en directa aplicación de los DD.HH de Navarra para legislar unilateralmente su Derecho Civil Foral.

129. Como se ve, en línea con mi interpretación, la referencia es directa a ejemplos de exenciones concretas del Título VIII CE y no tanto a una exención genérica y general que pudiera, en su caso, violentar los DD.FF.

130. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Derechos Históricos y Constitución”, op. cit., págs. 280 y 281.

131. “Unidad constitucional” era el límite literal existente en la Ley de 25 de octubre de 1839.

cional<sup>132</sup>. Algo se ha adelantado con anterioridad, pero mi aportación consistirá, a continuación, en ofrecer una opción interpretativa, acorde con la tesis de HERRERO DE MIÑÓN, que permita salvar las disfunciones observadas para con el sistema jurídico comunitario y que encuadre adecuadamente la cuestión en las modificaciones advertidas en el concepto de soberanía en el contexto comunitario, a través de la vía constitucional interna recogida en la DA 1ª CE. Esto es, los DD.HH se ejercen frente al Estado porque éste los reconoce constitucionalmente, y también frente a la Comunidad Europea porque el propio Estado los ha reconocido constitucionalmente frente a aquélla. Cuestión ulterior es que, en mi perspectiva, dichos DD.HH avalan la necesidad de que sean los propios Territorios Forales quienes los defiendan ante la Comunidad Europea, y no el Estado, que ni siquiera es titular de los mismos, sino tan sólo reconocedor activo de su existencia en la Constitución interna.

Pero veámoslo, ubicados ya en el siguiente apartado.

#### **4. LA TESIS DEL PACTO CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS DISFUNCIONES**

##### **4.1. Los Derechos Históricos como pacto constitucional originario**

La existencia de un pacto constitucional originario que se instrumentaliza a través de la constitucionalización de los DD.HH de los Territorios Forales debe servirnos para atajar las disfunciones apuntadas tanto en el plano interno, como en el nivel comunitario europeo.

En primer término, y salvo eventual inconstitucionalidad de la Disposición Adicional única del EAPV y de la Disposición Adicional 1ª de la LORAFNA, ambos preceptos permiten o cuando menos reconocen la posibilidad de que los DD.HH de Euskadi y Navarra se actualicen hasta desbordar el límite del marco constitucional aludido en la DA 1ª CE. Ahora bien, si, como sostiene LOPERENA, aquello que se encuentra vedado a las Cortes Generales lo está igualmente a los titulares de DD.HH<sup>133</sup>, cualquier ejercicio de lo dispuesto en la DA 1ª CE, DA EAPV y DA 1ª LORAFNA con fines de eximir a los Territorios Forales del marco constitucional exigiría necesariamente de un nuevo pacto

---

132. "Marco constitucional" es el límite literal vigente en la DA 1ª CE.

133. D. LOPERENA ROTA, "Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos", op. cit., págs. 316 y 317.

Esta distinción resulta fundamental, pues esos principios básicos del Estado a los que alude LOPERENA, especialmente los DD.FF, serían indisponibles dentro del marco constitucional para cualquier organización, sea la que fuere. En ello también intervienen hoy día los principios "constitucionales" básicos del Derecho Comunitario en virtud de los arts. 93, 95 y 96 CE, que tampoco podrían ser cuestionados por los DD.HH de los Territorios Forales desde el nivel interno, ni ulterior y eventualmente, como consecuencia de la reforma constitucional que se les permite instar en base a los propios DD.HH, ubicados, en su caso, como miembros de la Comunidad Europea fuera del marco constitucional interno, pero dentro, por tanto, del marco "constitucional" comunitario.

o negociación formal de Euskadi y/o Navarra con las Cortes Generales<sup>134</sup>, para operar la reforma constitucional con las subsiguientes implicaciones en el nivel comunitario<sup>135</sup>. Lo que es claro es la existencia de una vía para tal fin, reconocida expresamente en nuestra Constitución y que ésta, por tanto, ha de avalar, eventualmente, frente al Derecho Comunitario. Además, la cuestión tiene incluso un cauce procedimental expreso en aplicación de los arts. 166 y 87 CE, pudiendo instarse la reforma constitucional por las propias CC.AA afectadas si así lo estimaran necesario<sup>136</sup>.

J. CRUZ ALLI afirma sobre la institucionalización constitucional de los hechos diferenciales en general que

“cuando en el lenguaje político español se habla de los “hechos diferenciales” se alude a las características de algunas Comunidades Autónomas a las que se reconoce una identidad propia. Los “hechos diferenciales” son signos de identificación de un pueblo y testimonio de su personalidad cultural, histórica o política diferenciada, que se apoya en hechos históricos, en diferencias culturales, en instituciones, en sus estructuras normativas, en la propia percepción como comunidad singular y en la voluntad colectiva de mantenerla. La Constitución pretendió resolver el problema de la integración de los hechos nacionales y de los hechos diferenciales que, como señas de identidad de los diversos pueblos que integran

---

134. Una muy reciente STC parece, sin embargo, caminar en sentido contrario al contemplar como inexistente la violación del art. 14 CE por el régimen de legitimación para solicitar la reclamación de paternidad en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, frente al régimen mucho menos restrictivo de los arts. 133 y ss. CC; y todo ello en base a la cláusula de foralidad o Derechos Históricos que permite a Navarra legislar dicha materia “obviando” en este caso un derecho fundamental tan esencial como el del art. 14 CE. Así, la STC (Sala 2ª) de 12-10-2000 afirma que *“no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución. La cual justifica la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea como aquí más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo, y que la pluralidad de ordenamientos en que se manifiesta para ser tal implique, en fin, que cada uno se mueva en un ámbito propio, puesto que, sin excluir, naturalmente, la existencia de relaciones interordinamentales, están fundados, pues, en la separación respecto de los demás; separación que se expresa, así, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge”*.

135. Por el contrario, si la vía de ejercicio de los meritados preceptos no deseara desbordar el marco de la Constitución, sobraría la reforma constitucional para simplemente profundizar en el nivel de autogobierno que, *ab initio*, encuentra habilitación constitucional en los mencionados preceptos constitucionales y estatutarios.

136. Art. 166 CE: *“La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87”*.

Art. 87 CE:

1. *“La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.*

2. *Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa”*.

España, debían ser tomados en consideración como parte de su identidad y, al mismo tiempo, de la plural identidad colectiva”<sup>137</sup>.

Esa pretensión de integración y ulterior solución identitaria de diversos pueblos en el marco constitucional demanda idéntico reconocimiento desde la Administración central y, especialmente, en el seno de sus relaciones en el contexto comunitario.

Volviendo a los límites constitucionales de los DD.HH, otra de sus manifestaciones jurídico-positivas que se presenta polémica y, a mi juicio, en franca contradicción con algunos preceptos constitucionales básicos se encuentra recogida en el EAPV, y no parecería constitucionalmente defendible de no ser por la potestad de auto-organización que otorga la DA 1ª CE a los Territorios Forales y a las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco como entidad común de aquéllos. Me refiero en este caso a la comisión arbitral que se recoge en el art. 39 EAPV<sup>138</sup>, y que regula posteriormente la Ley vasca de 30-6-1994, para resolver los eventuales conflictos de competencia que se susciten entre las Instituciones comunes vascas y los Territorios Forales de dicha Comunidad Autónoma. El tema es de calado, pues ni en el propio Estatuto ni en su Ley de creación y regulación se aclara la naturaleza jurídica de dicha Comisión, ni la fuerza o valor de sus actos, ni las posibilidades de recurso al efecto. Pero el tema se complica más si cabe con las últimas reformas acaecidas en la LOTC (arts. 75 bis y ss.) y la entrada en vigor de la nueva LJCA de 1998. En el primer caso, debido a que los denominados “conflictos en defensa de la autonomía local” legitiman lógicamente a los Territorios Forales para plantear dicho conflicto ante el TC, como opción alternativa potestativa, además de acudir a la mencionada comisión arbitral del art. 39 EAPV. Sin embargo, la propia LOTC excluye expresamente la posibilidad de que los Territorios Forales acudan ante el TC mediante esta vía en la DA 4ª de la propia LOTC, con lo que no queda recurso jurisdiccional alguno sobre la cuestión, al menos en nuestro Derecho positivo, en claro ejemplo de vacío de jurisdicción sobre una materia constitucionalmente relevante, pero que el EAPV ha regulado de forma alternativa. Idéntica consecuencia puede extraerse de la exclusión que recoge sobre el particular la DA 1ª 2 LJCA de 1998, según la cual no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las resoluciones o decisiones emanadas de la comisión arbitral que recoge el art. 39 EAPV. Como puede comprobarse, el vacío de jurisdicción parece total en este ámbito, con posible violación de preceptos constitucionales tan esenciales como los arts. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 24.2 (derecho al juez ordinario predeterminado por la ley),

---

137. J. CRUZ ALLI, “Los hechos diferenciales en la Constitución de 1978”, *Euskonews & Media* nº 98, <http://www.euskonews.com>.

138. Art. 39 EAPV: “Los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las Instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos se someterán a la decisión de una comisión arbitral, formada por un número igual de representantes designados libremente por el Gobierno Vasco y por la Diputación Foral del Territorio interesado, y presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, conforme al procedimiento que una Ley del Parlamento Vasco determine”.

106.1 (principio de control jurisdiccional de la actuación administrativa), 117.3 (principio de potestad jurisdiccional exclusiva), 117.5 (principio de unidad de jurisdicción) y 123.1 (principio de control último del Tribunal Supremo).

Desde mi punto de vista, estos últimos ejemplos y algunos otros<sup>139</sup> ratifican la existencia de un pacto constitucional originario sobre DD.HH entre el Estado y los Territorios Forales, que ha permitido a éstos dotarse de sistemas de organización y autogobierno que puedan llegar a obviar derechos y principios constitucionales básicos. Este pacto ha recibido incluso el reconocimiento y aval supremo de la jurisdicción, incluso en el nivel que corresponde al TC. Si de la existencia de dicho pacto creo no puede dudarse, falta sólo que la Administración central lo asuma y defienda como propio y como parte del mismo, no sólo desde dentro, sino también hacia fuera, esto es, ante la Comunidad Europea en ejercicio directo de la propia posibilidad de actualización de los DD.HH que la Adicional 1<sup>a</sup> CE recoge literalmente<sup>140</sup>.

#### 4.2. La Comunidad Europea como Tratado Internacional singular<sup>141</sup>

Los problemas para lograr un acuerdo institucional pacífico sobre lo anterior se multiplican cuando se predica de la Comunidad Europea su institucio-

---

139. Cabe citar en este punto al menos dos curiosidades adicionales sin precedentes existentes en la LORAFNA, y cuya existencia parece haber pasado inadvertida en la mayoría de los casos. Según el art. 61.1 c) de la LORAFNA, *“la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en Navarra se extiende en el orden contencioso-administrativo a todas las instancias y grados cuando se trate de actos dictados por la Administración Foral”*. Parece por tanto que la LORAFNA se decanta por omitir en esta caso la posibilidad de control por parte del Tribunal Supremo, en clara contradicción con los preceptos citados con anterioridad, pero sin que exista cuestionamiento constitucional al respecto hasta la fecha. En idéntico sentido, el art. 69 de la propia LORAFNA introduce un peculiar sistema de resolución de las discrepancias de aplicación e interpretación entre la Administración del Estado y Navarra sobre la propia LORAFNA, a través de una Junta de Cooperación de composición paritaria. Queda lógicamente a salvo la legislación del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia según el propio art. 69, pero sin que se aclare en modo alguno la integración y aplicación constitucional de este peculiar sistema ni la misma relación de la Junta de Cooperación, el Tribunal Constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa. Tampoco existe a día de hoy cuestionamiento de constitucionalidad en la materia, lo cual corrobora por enésima vez el potencial normativo positivo, incluso pre y supra constitucional de la cláusula de Derechos Históricos vigente en la Constitución española.

140. Ello implica que el Estado pueda optar por hacerlo *motu proprio* directamente ante las instituciones comunitarias, o permitir que las otras partes del pacto que constitucionaliza la DA 1<sup>a</sup> CE lo hagan *per se* directamente, como depositarias constitucionales de los DD.HH que la Constitución ampara, respeta y acepta actualizar. En resumen, se trataría por fin de actualizar los DD.HH de los Territorios Forales no sólo *ad intra*, al nuevo marco constitucional interno, como se ha hecho hasta hoy; sino también, *ad extra*, al nuevo marco “constitucional” externo que supone la integración de España y, con ella, la del pacto constitucional sobre DD.HH, en la Comunidad Europea.

141. Según E. L. MURILLO DE LA CUEVA, “Comunidades Autónomas y política europea”, IVAP-Civitas, 2000, págs. 64 y 65, *“la transferencia de competencias constitucionales a la Unión Europea ex artículo 93 CE refuerza la idea de la necesidad de participación autonómica en la medida que el cumplimiento del Derecho que emana de sus instituciones es una obligación constitucional que, según el reparto competencial interno, sólo las Comunidades Autónomas pueden cumplir en su respectivo territorio cuando afecte a sus atribuciones, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional en la repetida STC 252/1988”*.

nalización característica como Tratado Internacional y, con ello, la imposibilidad de que las entidades subestatales puedan participar activa y directamente en sus procesos de decisión y ejecución interna. Sin embargo, existen ejemplos reales ya citados sobre casos de mediación comunitaria en contextos ajenos a la misma, y existen sin duda resortes suficientes en los propios TCE y TUE para lograr que la organización de integración comunitaria reconozca, acepte, ampare e, incluso, actualice eventualmente a su propia coyuntura los Derechos Históricos del País Vasco y Navarra. Para ello es imprescindible operar en primer término una actualización general en el sentido de la DA 1ª CE, de forma que ulteriormente puedan acometerse las actualizaciones parciales o sectoriales pertinentes, en las distintas políticas y competencias que hoy ostenta la Comunidad Europea. Pero analicemos a continuación cuál es la realidad jurídico-positiva en ambos Tratados sobre cuanto hasta aquí ha sido comentado.

La primera cuestión que llama poderosamente la atención en este ámbito es el contraste práctico existente entre la dicción literal del art. 1 TUE frente a la que se recoge en los arts. 1 y 2 TCE. Mientras el primero parece dotar de mayor protagonismo a la noción o concepto de “pueblos”, los segundos se decantan siempre por utilizar las expresiones “Altas partes contratantes” y “Estados miembros”. La cuestión puede ser un simple reflejo de ambigüedad conceptual o de un retórico reconocimiento de la realidad que suponen los pueblos de la Europa comunitaria, sin que ello trascienda más allá en los postulados positivos de la realidad de la Comunidad Europea, como organización de integración que deriva de un Tratado Internacional de especial configuración y características. Sí, de especial configuración y características frente a otros Tratados e instrumentos internacionales que no instauran un régimen de integración tan fuerte ni susceptible de las fórmulas de tutela administrativa y jurisdiccional que caracterizan singularmente al fenómeno comunitario.

Así pues, no cabe duda de la configuración de la Comunidad Europea como fruto inequívoco de un Tratado Internacional en todos sus extremos. Ahora bien, la también inequívoca vocación integradora de los Tratados comunitarios demanda, del mismo modo, modular de forma distinta las distintas fórmulas y técnicas de participación subestatal en la gestación, ejecución y aplicación jurisdiccional de las hoy día variadísimas normativas comunitarias. Esto es, como organización internacional de vocación integradora, los reconocimientos regionales recogidos en las legislaciones internas en formas diversas han de formar parte del denominado “acervo comunitario”, tal y como lo son ordinariamente en los Derechos Constitucionales internos. Para ello, la existencia de un Tratado Internacional singular no debe ser obstáculo o dificultad, pues su especialidad consiste precisamente en integrar voluntades; voluntades nacidas de todos los estamentos y organizaciones que conforman cada Estado y, por supuesto, nacidas de cada uno de los ciudadanos integrantes de cada uno de tales Estados. De hecho, la característica esencial de la organización comunitaria es la de operar justamente una verdadera aplicación transnacional integrada de los prin-

cipios democráticos esenciales que rigen en cada uno de nuestros Estados de Derecho. Ello demanda prestar especial atención a aquellos casos en los que la realidad demuestra una vocación constitucional de descentralización territorial del poder político en distintas instancias legislativas y organizativas.

Si la realidad derivada de la consideración de los Tratados comunitarios (TUE y TCE) como instrumentos internacionales clásicos no permite la opción interpretativa que aquí se apunta, la propia manifestación integradora de ambos Tratados y su especial naturaleza jurídica habilitan sin paliativos esta interpretación<sup>142</sup>. El hecho de que nos encontramos ante un Tratado Internacional singular en el que cabe cuanto aquí se ha expuesto, incluidos los DD.HH de Euskadi y Navarra en este caso, se manifiesta básicamente a través de los siguientes preceptos vigentes en los Tratados comunitarios:

a) Art. 6.3 TUE: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”.

Este precepto no sólo tiene una lectura que demande tutelar el mantenimiento de las peculiaridades nacionales de cada Estado frente a la Unión en sí misma, sino también el reconocimiento real y efectivo de las peculiaridades nacionales internas existentes en varios de los Estados miembros. Algunas de las más singulares son los hechos diferenciales forales de Euskadi y Navarra con su reconocimiento constitucional totalmente vigente.

b) Los arts. 2 y 3 TCE como límites genéricos de un sistema global e integrado.

Si la identidad nacional aludida o, en nuestro caso, los DD.HH de Euskadi y Navarra no chocan ni encuentran problemas de legalidad material con los principios y objetivos de tales preceptos, el Derecho Comunitario y sus instituciones no plantearán problemas a la integración y participación subestatal en la definición y aplicación de las normas comunitarias<sup>143</sup>. Antes

---

142. Otros, por el contrario, se amparan en la interpretación clásica del TCE y del TUE como Tratados Internacionales que no legitiman a las entidades subestatales más allá de su mera participación consultiva en el Comité de las Regiones, por ejemplo. En ello colabora, lógicamente, la interpretación estatal unilateral y centralista de la realidad constitucional interna y de su plasación externa ante la Comunidad Europea. Sin embargo, mi interpretación se extiende necesariamente a considerar a las entidades subestatales como partes integrantes activas del Estado ante la Comunidad: si lo que legisla o ejecuta, por ejemplo, una Comunidad Autónoma en violación del Derecho Comunitario es imputable no a ésta sino al Estado, resulta imprescindible reconocer la necesidad de que dicha entidad subestatal pueda participar activamente en los procesos de adopción, aplicación y ejecución de normativas comunitarias.

143. Cosa bien distinta es que las Administraciones centrales asuman dicho reto y pongan los instrumentos jurídicos necesarios para tal fin. Lo cierto es que la Comunidad Europea nunca ha puesto obstáculos serios a estas fórmulas, tradicionalmente rechazadas por determinados Estados miembros aún reticentes a la plena integración global y regional.

al contrario, el principio de subsidiariedad así lo demanda, y la propia aplicación pacífica de las normas y de todo el sistema lo agradecería.

El problema no se encuentra tanto en los mecanismos jurídicos existentes en los Tratados o en la voluntad comunitaria para tal fin, sino más bien en la instrumentalización política que, desde determinadas instancias, ha marginado de todo protagonismo a las CC.AA ante un Derecho Comunitario que afecta tanto a éstas como lo hace al Estado. Finalmente, la interpretación que sostengo se encuentra explícitamente avalada por autores varios con argumentos dignos de somera reproducción en estas líneas. Así, para PÉREZ TREMPs, la diferenciación entre un Tratado Internacional (o las relaciones internacionales) y el fenómeno comunitario aparece bastante clara a la hora de legitimar la intervención autonómica directa en materias propias de su competencia. Según el citado autor,

“el parámetro constitucional de las actuaciones autonómicas en materia europea viene formado por los distintos títulos competenciales materiales<sup>144</sup>. Las relaciones internacionales tienen una dimensión política y general, frente al carácter sectorial y técnico de las actuaciones externas, tal y como se indicó en la STC 17/1991. En la realidad comunitaria europea, las actuaciones que se llevan a cabo tienen, básicamente, una dimensión sectorial y técnica, como consecuencia misma de la idea de integración, y así lo ha puesto de manifiesto la ya citada STC 165/1994. (...) Lo que en el momento mismo de la integración podía tener una dimensión general y, por tanto, susceptible de encuadrarse en las relaciones internacionales<sup>145</sup>, la práctica y el funcionamiento ordinario y continuado de los poderes públicos pueden haberlo convertido en una cuestión técnica y sectorial, y, en cuanto tal, encuadrable en un título competencial concreto<sup>146</sup>”<sup>147</sup>.

Otro destacado autor como PAREJO ALFONSO también sostiene la interpretación de que la percepción del fenómeno de integración comunitaria debe hacerse “*como algo distinto a lo internacional*”, contemplado por la Constitución genéricamente bajo el rótulo competencial de “relaciones internacionales”<sup>148</sup>. La interpretación de este autor distingue cierta evolución tem-

---

144. No olvidemos aquí el título competencial que corresponde según nuestra Constitución a los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra, pues, según esta interpretación, delimita o legitima sin duda, competencias autonómicas frente a la Comunidad Europea, al amparo interno del hecho diferencial foral.

145. Esto es, correspondiente al acervo competencial de la Administración central.

146. Título competencial concreto que, en muchos de los casos, será correspondiente a la competencia autonómica, en el caso vasco y navarro probablemente en base a sus competencias originadas en los DD.HH de los Territorios Forales.

147. P. PÉREZ TREMPs, “Las competencias en materia internacional y la Unión Europea”, *Autonomías* nº 22, Barcelona, 1997, pág. 76.

148. L. PAREJO ALFONSO, “La participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea”, en *La acción exterior y comunitaria de los Länders, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, pág. 76.

poral en la materia pues, en el momento de la adhesión de España a la Comunidad, podía aceptarse, de forma más o menos pacífica, el hecho de que la manifestación efectiva de la materia comunitaria no pudiera deslindarse de los conceptos clásicos de relaciones internacionales competencialmente restringidas a la Administración central, al tratarse en exclusiva de la negociación, firma y ratificación de unos Tratados Internacionales específicos<sup>149</sup>. “Cuestión distinta”, sostiene el mismo autor, “es que, una vez producida la plena incorporación, aquellas relaciones puedan y deban diferenciarse de las internacionales en sentido estricto y propio; tanto más, cuanto más avance en el terreno político la integración europea”<sup>150</sup>. Esto es, y me parece ciertamente importante, cuando el fenómeno integrador se manifiesta hoy ya efectivo, cuando no pleno en muchas materias, la distinción entre la materia puramente internacional y la organización singular de integración que supone la Comunidad Europea se aprecia mucho más nítida que antes.

Estos ejemplos permiten vislumbrar una perspectiva de aproximación a la cuestión mucho más flexible y abierta a los postulados de este estudio, de forma que, una vez agotado ese periodo inicial gestador de una organización de carácter internacional en sentido formal, se ha pasado a un entramado global de Estados integrados y relacionados entre sí a través de una serie de principios, objetivos y sistemas de tutela administrativa y jurisdiccional comunes. Y es por tanto ese mínimo común denominador general el que tiende a desbordar los estrechos márgenes de la competencia estricta sobre relaciones internacionales, para que también las restantes entidades que conforman los Estados, especialmente las que gozan de potestad legislativa y competencias propias en ámbitos sustantivos, puedan participar directamente en la construcción de un sistema que finalmente deberán aplicar a diario<sup>151</sup>.

### 4.3. La Comunidad Europea como sumatorio de pactos constitucionales

La consideración de la Comunidad Europea como fruto sumatorio de una voluntad global de diversos Estados, cuyas peculiaridades internas están recogidas en cada una de sus respectivas Constituciones, debe producir, en mi opinión, la asunción comunitaria de todo cuanto vengo sosteniendo, como lógico fruto de una suma plural de voluntades democráticas manifestadas hacia dentro de cada Estado en su nivel constitucional, pero también hacia fuera de los mismos en el peculiar nivel constitucional de la Comunidad.

Para canalizar apropiadamente este fenómeno y dotarle de una dimensión real acorde con la práctica, podemos servirnos como ejemplo de la ins-

---

149. Ibid.

150. Ibid., pág. 77.

151. Participación directa que, en el caso de Euskadi y Navarra, tiene uno de sus cauces más efectivos y constitucionalmente reconocidos en los Derechos Históricos.

titución de los Derechos Fundamentales, como requisito inescindible de pertenencia a la Comunidad y característica inherente a cada uno de los Estados miembros y de sus respectivas Administraciones, obligadas a su directa tutela y protección. No olvidemos, a estos efectos, el tenor del art. 6.1 TUE, en virtud del cual *“la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”*. La cuestión es fundamental, por cuanto la Comunidad acepta *ab initio* que el núcleo más duro de su ordenamiento jurídico, esto es, la protección de los Derechos Fundamentales, sea tutelado no de forma directa por la Comunidad, a cuyo fin no existe en los tratados comunitarios mecanismo efectivo alguno, sino a través del acervo común vigente en los Estados miembros sobre la materia probablemente hoy día más importante en cualquier sistema jurídico y, con toda seguridad, más directamente vinculada a la soberanía constitucional de cada Estado, en forma de derechos individuales de los ciudadanos directamente esgrimibles en vía administrativa y/o jurisdiccional.

La existencia real de una suma de pactos constitucionales se manifiesta aquí, como procedimiento de reconocimiento suficiente de tales derechos en el plano comunitario, incluso a pesar de que, como se ha dicho, la Comunidad carece de vías o instrumentos de tutela o ejecución directa sobre tales obligaciones fundamentales. Hay, pues, un principio o, mejor, una presunción de confianza constitucional recíproca en la protección que de los DD.FF se acomete en cada nivel interno respectivo. Si ello es así en un materia tan nuclear e irrenunciable de nuestros sistemas jurídicos, idéntica presunción de confianza recíproca avala o debería avalar la existencia en cada nivel interno de peculiaridades, descentralizaciones de poder legislativo y ejecutivo, hechos diferenciales o, por supuesto, DD.HH colectivos en cuanto a los sujetos que los ostentan, pero singulares en relación a su contenido material vigente y de actualización en los casos del País Vasco y Navarra<sup>152</sup>. Este fenómeno se ha producido sin grandes traumas en materia de Derechos Fundamentales, donde inicialmente se adivinaba una gran distancia o una práctica separación total entre los distintos sistemas de protección de los Estados miembros, para reconocerse hoy día más que una creciente incidencia recíproca a través de la aplicación de los Principios Generales del Derecho y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no del TJCE.

Lo anterior tampoco ha impedido que la Comunidad Europea desarrolle determinados ámbitos de protección de Derechos Fundamentales en materias vinculadas más directa o estrictamente con los principios y objetivos del ordenamiento comunitario y, pese a todo, como he dicho, los DD.FF han continuado formando parte del acervo comunitario que caracteriza el verdadero

---

152. Derechos Históricos que, lógicamente, volverían a encontrar aquí su límite máximo de actualización en los Derechos Fundamentales aludidos, que también lo son en la propia Comunidad Europea, como parte esencial de su particular acervo.

núcleo duro de una organización comunitaria con tres frentes al menos de reconocimiento y asunción constante de DD.FF, incluso en vía interpretativa:

- a) El Derecho Comunitario, con los límites ya citados;
- b) El Derecho Internacional, especialmente a través del TEDH;
- c) El Derecho interno de cada Estado miembro.

Ha sido precisamente la existencia de una tradición constitucional común la que ha permitido los avances en materia de DD.FF, y la que debiera permitir idénticas consecuencias allí donde, por ejemplo, los DD.HH de determinadas entidades subestatales puedan verse coartados o sin tutela específica, incluso a pesar de su rango constitucional interno y, en consecuencia, contradiciendo también su potencial acervo y reconocimiento en el nivel comunitario, siempre que, como ya se ha dicho, tales DD.HH no contravengan lo dispuesto por el Derecho Comunitario que incida en materias donde tales entidades ostenten competencias de rango legislativo como sucede en Euskadi y Navarra sin ir más lejos. Precisamente, de la teórica separación absoluta entre el TC y el TJCE se ha pasado a una situación de notable incidencia en materia de Derechos Fundamentales. Esta creciente incidencia recíproca en la configuración de estos derechos se ha sustentado básicamente en la aplicación en ambos foros de los Principios Generales del Derecho como pilar interpretativo esencial de todas las materias circundantes al Derecho Comunitario. De este modo, la inexistencia de un catálogo realmente positivizado de DD.FF en sede comunitaria, salvando el reconocimiento que de ellos hace el art. 6 TUE y bajo sometimiento de tal reconocimiento a la tutela del TJCE, no ha impedido que la Unión Europea consagre entre sus fines y objetivos el respeto de los mismos a través de la jurisprudencia del TJCE, la cual, a su vez, se ha inspirado sistemáticamente en los denominados Principios Generales del Derecho comunes a los Estados miembros.

Por lo tanto, si, en materia de DD.FF, la importancia del ordenamiento constitucional interno resulta innegable a la hora de contemplar sus diversos postulados como una fuente más de protección de los DD.FF en sede comunitaria, las instituciones comunitarias, las Administraciones centrales de los Estados miembros y, eventualmente, el propio TJCE deben esforzarse en delimitar con claridad hasta dónde llega la tradición foral constitucional en el caso de los DD.HH de Euskadi y Navarra, para enmarcarla dentro de los parámetros interpretativos que nos aporta el Derecho Comunitario vigente antes de vislumbrar los límites comunitarios vigentes sobre dichos DD.HH. En resumen, la homogeneización de todo ello es tarea final del TJCE, cuyos pronunciamientos utilizarán sin duda la doctrina aportada por el TC español, como éste ha utilizado los de aquél en aplicación del art. 10.2 CE<sup>153</sup>.

---

153. Art.10.2 CE: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*

Hasta hoy, las jurisdicciones constitucionales internas han tenido que someterse a la interpretación que el TJCE ha hecho de la relación entre los estadios comunitario e interno. La conclusión es bastante clara, e ilustra nuestro análisis con las notas siguientes, válidas sin duda para obtener principios interpretativos básicos en torno al fenómeno de los DD.HH forales ante el Derecho Comunitario:

1º El TJCE ha dejado claro el efecto directo y la primacía que caracterizan al Derecho Comunitario, de forma tal que los daños ocasionados a particulares por un Estado miembro en violación de aquél generan una responsabilidad que ha de ser soportada exclusivamente por cada Estado miembro;

2º La tutela de lo anterior corresponde a la jurisdicción interna de carácter supremo, a través de los Tribunales Constitucionales o figuras homologables, mediante el control del fundamento constitucional de cada violación, el control de la supremacía de cada Constitución interna, así como mediante la aplicación del propio Derecho Comunitario, como misión que compete directamente a la jurisdicción interna (TC español en el caso de Derechos Fundamentales y Derechos Históricos forales)<sup>154</sup>.

Pese a todo, la realidad y la práctica vigentes no han permitido hasta la fecha considerar los Derechos Históricos de los Territorios Forales ante la Comunidad Europea como parte sustantiva integrante de uno de los pactos constitucionales internos que han sido objeto de integración en el seno comunitario. La razón ha sido una falta de acierto y voluntad política en el nivel interno español. Prueba de ello es el hecho de que la forma de abordar tales cuestiones en los casos de Alemania, Austria y Bélgica ha sido, como se verá, del todo distinta y fiel reflejo de las características que vengo observando en los Tratados comunitarios como sumatorio real de los pactos constitucionales internos que no violenten los principios y objetivos de la Comunidad, ni el reconocimiento y asunción que ésta ha hecho de conquistas civilizatorias históricas como son los Derechos Fundamentales.

La escasa, por no decir nula, utilización del principio de subsidiariedad en el nivel regional y local constituye asimismo otro de los problemas que refleja la inexistencia de una clara voluntad política en algunos Estados miembros para dar cumplimiento a la previsión del art. 5 TCE<sup>155</sup>. Precisa-

---

154. En este aspecto, tanto el Tribunal Constitucional español como sus homónimos aplicadores y garantes del Derecho Comunitario se encuentran obligados, en su caso, al planteamiento formal de la cuestión prejudicial ante el TJCE cuando necesiten apelar al criterio interpretativo del Tribunal comunitario, tal y como dispone el art. 234 TCE.

155. Art. 5 TCE:

*"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.*

*En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*

mente el último párrafo de este precepto deja bien claro alguno de los límites que venimos comentando y que afectan directamente al ejercicio y actualización interna de los DD.HH que se recoge en la DA 1ª CE. Esto es, las acciones de la Comunidad también tienen algunos límites fijados, especialmente en la consecución de los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, por lo que, en la medida en que los DD.HH no perturben dicha consecución, éstos gozarán de una presunción de legalidad en el plano comunitario, del mismo modo que en el plano interno, en virtud, precisamente, de su reconocimiento y asunción constitucionales.

Finalmente, la traslación al plano comunitario de las realidades constitucionales emanadas de cada realidad social, territorial y jurídica demanda igualmente diferenciar en el plano comunitario la existencia de realidades subestatales heterogéneas, que difícilmente pueden enmarcarse bajo el concepto unívoco y ambiguo de “Regiones”. Tal y como sucedía en el caso precedente, nos encontramos aquí ante realidades derivadas de la realidad constitucional interna de determinados Estados miembros, cuyo tratamiento específico requiere la traslación de dicha realidad constitucional, especialmente para el caso significativo de entidades subestatales con capacidad legislativa directa, para el caso del País Vasco y Navarra, fruto además de los Derechos Históricos, en algunas de las más importantes materias competenciales que ostentan<sup>156</sup>.

Resumiendo, los DD.HH de los Territorios Forales no han logrado hacer trascender hasta el polo comunitario la importancia constitucional de un pacto que sí ha trascendido, como veremos, en el contexto de otros Estados miembros. En el caso de Euskadi y Navarra, su titularidad competencial originaria ha sido violentada en muchos casos por la Comunidad Europea. Pese a que muchos autores reconocen en los Tratados una clara vocación federal, la cuestión no aparece tan clara desde la perspectiva de los DD.HH aquí analizados. El principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (art. 6.3 TUE) avala la legitimidad comunitaria de nuestro pacto constitucional interno sobre Derechos Históricos.

El denominado “Constitucionalismo útil” por HERRERO DE MIÑÓN y LLUCH exige una traslación en el plano comunitario que la propia Constitución habilita y demanda. Para estos autores es necesario revivir el “*espíritu constituyente de imaginación*”, y,

---

*Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.*

156. Es evidente la importancia de distinguir la necesidad de presencia comunitaria de un Land alemán o de Euskadi y Navarra frente a la de los Departamentos franceses o los Condados británicos, por ejemplo. El caso de los DD.HH demanda, al menos, medidas específicas en tres planos sustanciales:

- a) Mayor participación de los Parlamentos vasco y navarro en la actividad institucional comunitaria;
- b) Participación de ambas delegaciones autonómicas en el Consejo de Ministros comunitario;
- c) Legitimación activa directa de ambas Comunidades ante el TJCE en materias de su competencia.

“felizmente la Constitución y el Estatuto dan cauce para ello porque se trata de normas flexibles (se pueden modificar de acuerdo con sus propias cláusulas de reforma, aunque no lo creo necesario en el caso de la Constitución) y, más aún, abiertas (al remitirse ambas a unos Derechos Históricos que legitimarían una situación constitucional especialísima y pactada, como ya ocurre en Navarra, sin que nadie se escandalice). La autonomía vasca es fruto de un pacto político que trasluce la propia letra del Estatuto y así lo ha reconocido la doctrina más aséptica. La revisión del Estatuto, de acuerdo con sus propias previsiones abriría, así, la vía al pacto político y quien pacta se autodetermina”<sup>157</sup>.

El propio HERRERO DE MIÑÓN vuelve a abundar sobre esta idea en términos clarificadores cuando reafirma que

“es mediante pacto como el pueblo vasco puede ejercer, frente a terceros, sus derechos históricos para asegurarse un ámbito de soberanía, noción que ciertamente tiene más de paccionado que de autista. En efecto, desde Laband y Jellinek sabemos que la soberanía no puede definirse por su contenido competencial, sino por su cualidad formal: la competencia sobre la propia competencia. No es soberana la autoridad que tiene más potestades y recursos, sino quien decide sobre qué potestades y recursos ha de tener o, al menos, quien puede impedir que otro lo haga por él. De ahí que cuando una relación institucional y competencial se establece y garantiza por vía de pacto, de manera que sólo con la aquiescencia de ambas partes pueda instaurarse y modificarse, se entre en el ámbito de la cosoberanía o de la soberanía compartida. Si es soberano quien decide sobre la competencia, será cosoberano quien tiene la competencia de codecidir. A estos efectos, es evidente que tanto el Estatuto de Euskadi como el Amejoramiento del Fuero de Navarra contienen elementos de pactismo capaces de articular una relación de cosoberanía”<sup>158</sup>.

Una línea similar, pero matizada en cuanto a los límites, ha de servir para cerrar este apartado con la aportación de J. CRUZ ALLI, que enlaza incluso la cuestión apuntando la relación de ésta con el fenómeno comunitario, al afirmar que

“la disposición adicional primera es un auténtico camino para el desarrollo de los derechos históricos en los aspectos ya señalados. Reconocimiento de identidad colectiva dentro del Estado, con derecho al más amplio autogobierno dentro de la unidad constitucional. Atribución de competencias que hagan efectivo dicho autogobierno, articulándolas con la competencia estatal y la derivada de la presencia dentro de la Unión Euro-

---

157. M. HERRERO DE MIÑÓN y E. LLUCH, “Constitucionalismo útil”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, pág. 17.

158. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Autodeterminación y Derechos Históricos”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, págs. 219 y 220. Concluye este autor afirmando que “a la luz de lo expuesto, el problema consiste en señalar los cauces mediante los cuales desarrollar por vía de pacto el potencial de los derechos históricos hasta convertirlos en instrumento de autodeterminación”; véase *Ibid.*, pág. 221.

pea, que no puede ser utilizada por el Estado para reducir los ámbitos competenciales”<sup>159</sup>.

#### **4.4. Los DD.HH de los Territorios Forales como paradigma de fenómenos similares en el contexto comunitario (Alemania, Austria y Bélgica)**

Sin perjuicio de la existencia de otros muchos modelos, el análisis comparativo que abordaré a continuación centrará su atención en tres casos paradigmáticos del contexto comunitario, cuyo estudio demuestra una diferente percepción de la cuestión regional desde las Administraciones de los Estados miembros, incluso a pesar de carecer de instrumentos de reconocimiento constitucional dotados del vigor y naturaleza paccionada que caracteriza a los DD.HH, en nuestro contexto. Los casos de Alemania, Austria y Bélgica permiten analizar la situación de Euskadi y Navarra con optimismo respecto a la defensa de sus DD.HH en la Comunidad Europea desde la perspectiva jurídica, si bien dicha perspectiva requiere una lectura política adecuada y proporcional a la importancia de tales DD.HH, que la Administración central ha de asumir y hacer valer ante las instituciones de la Comunidad<sup>160</sup>.

##### **a) El caso de los Länder alemanes**

Según SCHEFOLD,

“las disposiciones constitucionales complementarias del 21 de diciembre de 1992 han reforzado de un modo decisivo los derechos de intervención del Bundestag y del Consejo Federal y, por ende, la protección de las competencias regionales en torno al proceso decisorio de la Unión Europea. Por medio de derechos de aprobación y posibilidades de intervención los Länder disponen de múltiples modalidades de participación”<sup>161</sup>.

La cuestión es matizada por el propio autor pues se han operado importantes restricciones participativas, si no en el plano jurídico teórico sí en la práctica, y en vista del amplio catálogo competencial que los arts. 73 y 74 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) reserva a la legislación federal<sup>162</sup>. En

159. J. CRUZ ALLI, “Paz y Fueros. Los Derechos Históricos como instrumentos de pacificación”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, pág. 329.

160. Esa voluntad política es la que caracteriza justamente la Declaración anexa al nuevo Tratado presentada por Alemania, Bélgica y Austria dentro de las negociaciones del Tratado de Amsterdam, de cara a la positivización definitiva de alguna vía de participación de las entidades subestatales en las instituciones comunitarias, Declaración que, desgraciadamente, no fue firmada por España.

161. D. SCHEFOLD, “La participación de los Länder alemanes en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea”, en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, pág. 142. Este autor afirma de hecho que “el Comité de las Regiones (...) tiene bastante menos peso en comparación con las posibilidades participativas que la Ley Fundamental brinda a los Länder”, *Ibid.*

162. *Ibid.*

todo caso, la diferencia fundamental con respecto al caso español reside en que la participación de los Länder se configura efectivamente como garantía de influencia directa en el proceso de adopción de las decisiones comunitarias<sup>163</sup>. Pero analicemos siquiera brevemente cuáles son las previsiones constitucionales actuales en el caso alemán, a través de la Ley Fundamental de Bonn y las disposiciones que han desarrollado estas fórmulas de participación, con especial protagonismo del art. 23 LFB<sup>164</sup>.

Llama poderosamente la atención el hecho de que se haya introducido este importante precepto expresamente dirigido a determinar constitucionalmente las implicaciones del fenómeno comunitario para los Länder y su participación activa en dichos asuntos, salvo, lógicamente, en lo que el art. 23.1 LFB denomina “transferencia de derechos de soberanía”, como competencia exclusiva del Estado Federal, mediante Ley y refrendo ulterior del Consejo Federal<sup>165</sup>. Pero es, en todo caso, el art. 23.2 LFB el que comienza a reconocer y delimitar la participación de los Länder en la integración comunitaria afirmando que *“en los asuntos de la Unión Europea intervendrán tanto la Cámara de Representantes como, a través del Consejo Federal, los Länder. El Gobierno Federal deberá informar a la Cámara de Representantes y al Consejo Federal exhaustivamente y a la mayor brevedad posible”*<sup>166</sup>. Salta a la vista la radical diferencia del modelo germano con respecto a la situación que viven las Comunidades Autónomas en el sistema español. El reconocimiento constitucional alemán de la situación específica de los Länder hace que toda decisión o acto administrativo que ignore las previsiones de los arts. 23 y ss. LFB pueda incurrir eventualmente en vicio de inconstitucionalidad, gracias a la tutela formal y material que la propia Constitución alemana reconoce sobre la situación de los Länder respecto a la Comunidad Europea<sup>167</sup>.

La Constitución alemana continúa profundizando con no poco acierto en estos aspectos introduciendo previsiones pioneras, hoy inimaginables en el sistema constitucional español, pero vigentes en el caso alemán desde 1992. En esta línea, el art. 23.4 LFB estipula con claridad que *“el Consejo*

---

163. Ibid., pág. 143.

164. Este amplio precepto fue introducido mediante Ley de Reforma Constitucional de 21-12-1992, BGBl I, 24-12-1992, pág. 2086.

165. La traducción de los distintos preceptos analizados procede del Código Comparado elaborado por el IVAP-Gobierno Vasco, 1996, “La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas”, Vol. II, pág. 25.

166. Ibid.

167. No podemos olvidar que la articulación de dicha situación de las CC.AA frente a la Comunidad se produce en el caso español sin ningún reconocimiento constitucional directo, que, como hemos visto, contradice algunos preceptos de los Tratados comunitarios y colisiona con los DD.HH de la DA al 1º CE. El problema radica en que, ante la ausencia de pronunciamiento constitucional directo y al articularse la intervención autonómica a través de Conferencias Sectoriales, cuyas decisiones carecen del ropaje jurídico adecuado, las CC.AA carecen igualmente de vía o procedimiento de tutela alguno sobre su situación jurídica ante la Comunidad, dato este claramente reconocido, en el caso de los Länder alemanes, gracias a la reforma constitucional operada.

*Federal deberá participar en la formación de la voluntad del Estado Federal en tanto en cuanto tuviera que intervenir a nivel interno en una materia similar o en el supuesto de que la competencia a nivel interno correspondiera a los Länder*<sup>168</sup>. Por su parte, el art. 23.5 LFB completa aún más las vías de participación antedichas al afirmar que,

“en la medida en que en un ámbito de competencias exclusivas del Estado Federal se vieran afectados los intereses de los Länder o, por lo demás, el Estado Federal dispusiera de potestad legislativa, el Gobierno Federal tomará en consideración el informe del Consejo Federal. En el caso de que se vieran afectadas prioritariamente competencias legislativas de los Länder, sus instituciones o sus procedimientos administrativos, la opinión del Consejo Federal deberá ser tomada en consideración de modo determinante, salvaguardándose en todo momento las responsabilidades nacionales del Estado Federal”<sup>169</sup>.

La importancia de este precepto es esencial por cuanto la Constitución alemana incluye en el ámbito de protección de los intereses de los Länder no sólo la tutela de sus competencias legislativas, sino también las de sus instituciones o procedimientos administrativos, dotadas todas ellas (esto es, las competencias) de reconocimiento y tutela constitucionales de máximo rango a través del Consejo Federal, cuya opinión es vinculante, y a salvo siempre de la responsabilidad nacional inherente en todo caso al Estado Federal.

El art. 23.6 LFB termina de cerrar el círculo de las relaciones de los Länder frente a la Comunidad abordando lo que constituye en el caso español una auténtica quimera jurídica para las Comunidades Autónomas. Se trata de su participación ante el TJCE en la defensa y representación procesal directa de competencias controvertidas. A este respecto, el citado precepto afirma que

“en el caso de que se vieran afectadas prioritariamente facultades legislativas que sean competencia exclusiva de los Länder, la defensa de los derechos que correspondiesen a la República Federal de Alemania en su calidad de Estado miembro de la Unión Europea será transferida del Estado Federal a un representante de los Länder designado por el Consejo Federal. La defensa de tales derechos se llevará a cabo con la participación de y en coordinación con el Gobierno Federal, salvaguardándose las responsabilidades nacionales del Estado Federal”<sup>170</sup>.

---

168. Código Comparado, IVAP-Gobierno Vasco, 1996, “La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas”, Vol. II, pág. 26.

169. Ibid.

170. Ibid. A este respecto, añade el art. 23. 7 LFB, según traducción de idéntica fuente, que “*los detalles relativos a los apartados 4 a 6 serán regulados por una ley que requerirá la aprobación del Consejo Federal*”. Esta última es la Ley de 12-3-1993 de cooperación entre la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea, cuyas notas básicas se mencionarán enseguida, BGBl I, 19-3-1993, pág. 313 (la traducción del título de la norma proviene de la misma fuente anterior, pág. 33).

Ha de subrayarse la virtualidad final de este precepto pionero y singular en Derecho Comparado al permitir su tenor que la defensa institucional y procesal de la República Federal sea asumida eventualmente por un representante de los Länder mediante transferencia al efecto del propio Estado. Resulta obligado reincidir en que la institucionalización constitucional de estas previsiones dota a las mismas de un grado de protección al más alto rango, convirtiendo de este modo en inconstitucional todo acto administrativo o norma que violente la literalidad de los textos analizados.

Pero las previsiones constitucionales alemanas no terminan aquí, pues el art. 50 LFB continúa incidiendo en la cuestión al señalar que *“los Länder, a través del Consejo Federal, intervendrán en la legislación y la administración del Estado Federal y en los asuntos de la Unión Europea”*<sup>171</sup>. En cuanto respecta a la composición y al funcionamiento del Consejo Federal, rigen los arts. 51 y 52 LFB, respectivamente, con especial protagonismo en ambos casos de los Länder.

Por su parte, el art. 79.3 LFB se encarga de dotar al sistema de una especie de cláusula de cierre que otorga igualmente a los Länder una garantía de tutela adicional del principio de participación institucional plena. De hecho, el citado artículo declara *“inadmisible cualquier modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Länder, al principio de participación de los Länder en la legislación o a los principios consignados”*<sup>172</sup> en los artículos 1 y 20<sup>173</sup>. La curiosidad de este precepto reside, desde mi perspectiva, en la similitud formal de su espíritu con la DA 1ª CE en el caso de los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra. Y digo similitud formal, pues no existe en dicha norma parecido material alguno, ni reconocimiento tampoco de DD.HH de ningún tipo a los Länder alemanes; lo que sí existe, al igual que en la Adicional 1ª, es una garantía constitucional específicamente referida al respeto de una realidad o realidades territorial, institucional y políticamente diferenciadas, que se insertan en el Estado bajo una garantía de respeto a dicha especificidad y a las necesidades de participación y tutela que ello demanda del propio Estado como constituyente esencial de sí mismo.

Como se ha comentado de pasada con anterioridad, el legislador alemán ha desarrollado las disposiciones constitucionales aludidas a través de la Ley de 12-3-1993 de cooperación entre la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea<sup>174</sup>, norma en aplicación de la cual se ha firmado asimismo un Acuerdo de 29-10-1993 entre el Gobierno Federal y los gobiernos de los Länder sobre cooperación en asuntos de la Unión Europea.

---

171. Ibid., pág. 28. Este precepto fue objeto de modificación mediante Ley de Reforma Constitucional de 21 de diciembre de 1992, BGBl I, 24-12-1992.

172. Creo que la traducción apropiada sería la del término “consagrados” en este punto.

173. Código Comparado, IVAP-Gobierno Vasco, 1996, “La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas”, Vol. II, pág. 32.

174. Ibid., pág. 33.

En resumen, el caso alemán demuestra cómo la existencia de una voluntad política adecuada basta para permitir articular en sede constitucional los mecanismos y fórmulas de participación adecuados para que las entidades subestatales que ostenten competencias legislativas puedan defender sus intereses y derechos ante las instancias comunitarias, sin quebranto alguno del principio de soberanía estatal, ni interferencia eventual en los intereses generales que el Estado ha de representar, pero de los que también forma parte activa e integrante cada entidad subestatal dotada de competencias, especialmente si éstas son legislativas o gozan de un reconocimiento constitucional singular, tal y como sucede con los Derechos Históricos de la Adicional Primera de nuestra Constitución.

## b) El caso de los Länder austríacos

La diferencia fundamental respecto al caso español reside nuevamente en el reconocimiento y asunción constitucional que la Carta Magna austríaca lleva a cabo del fenómeno comunitario y en las implicaciones que ello supone en los intereses de los Länder y, consiguientemente, en sus competencias y potestades con respecto a la Comunidad Europea<sup>175</sup>. En todo caso, y siguiendo la propia Constitución austríaca, es fácil advertir algunas notas de similitud con el caso alemán y de franca distancia con la realidad constitucional española, inexistente en cuanto a la participación autonómica directa ante la Comunidad Europea.

La primera mención constitucional de importancia sustantiva sobre los citados aspectos se encuentra en la redacción actual del art. 16.1 de la Ley Constitucional Federal (en adelante LCF), según el cual *“los Länder, en asuntos que recaigan en su esfera de competencia autónoma, podrán concluir tratados internacionales con los Estados limítrofes de Austria o con sus entidades federadas”*<sup>176</sup>. Aunque el precepto no se refiere estrictamente al fenómeno comunitario, su naturaleza denota, igual que en el caso alemán, una voluntad constitucional introducida mediante reformas sucesivas, en busca de la participación de los Länder incluso en la elaboración y ratificación de TT.II dentro de aquellos asuntos propios de sus títulos competenciales constitucionales. Ese mismo precepto, en sus apartados 2 a 5, regula más a fondo la cuestión fijando los deberes de información recíproca entre la Presidencia del Land y el Gobierno Federal (art. 16.2 LCF), la denuncia de los TT.II por los Länder (art. 16.3 LCF), la efectiva aplicación de los TT.II por los Län-

175. Una interesante visión de conjunto sobre el particular puede encontrarse en el artículo de I. SEIDL-HOHENVELDERN, “Los Länder austríacos y la Unión Europea”, en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, op. cit., págs. 173 a 200.

176. Código Comparado, IVAP-Gobierno Vasco, 1996, “La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas”, Vol. II, pág. 58. Este precepto constitucional se introdujo mediante Ley de reforma constitucional de 29-11-1988, BGBl nº 53, 20-12-1988.

der (art. 16.4 LCF) y el derecho de supervisión sobre la ejecución de dichos Tratados de que dispone la Federación en determinadas competencias (art. 16.5 LCF).

Pero las previsiones constitucionales austríacas profundizan más respecto a la participación de los Länder en la integración comunitaria, pues el art. 23. D. 1. LCF estipula que *“la Federación deberá informar inmediatamente a los Länder sobre cualquier proyecto en el marco de la Unión Europea que afecte a sus competencias exclusivas o que de cualquier forma les resulte de interés, así como darles la oportunidad de adoptar una posición al respecto”*<sup>177</sup>. En línea con este aspecto, también el art. 23. D. 2. LCF recoge una importante previsión para los supuestos en que la Federación reciba una posición uniforme de los Länder sobre proyectos comunitarios que afecten a competencias legislativas de los propios Länder. En tales casos, la Federación se encontraría vinculada por dicha posición uniforme de los Länder dentro de las negociaciones y votaciones que se celebren en el marco comunitario. De hecho, concluye el citado precepto afirmando que la Federación sólo podría apartarse de la posición adoptada por los Länder en función de razones ineludibles de política exterior e integración, en cuyo caso subsiste en la Federación la obligación de comunicar dichas razones a los Länder de forma inmediata.

La participación directa de los Länder austríacos en la toma de decisiones comunitarias queda, si no garantizada, sí al menos constitucionalmente prevista por el art. 23. D. 3. LCF, según el cual,

“en la medida en que un proyecto en el ámbito de la Unión Europea afecte a materias que sean competencia legislativa de los Länder, el Gobierno Federal podrá transferir a un representante designado por éstos la participación en las deliberaciones del Consejo. Esta facultad quedará garantizada mediante la coparticipación del miembro competente respectivo del Gobierno Federal y en cooperación con él. El apartado (2) será de aplicación al representante de los Länder. Éste, según el artículo 142, responderá ante el Consejo Nacional en asuntos cuya competencia legislativa corresponda a la Federación y ante los Parlamentos de los Länder en materias de la competencia legislativa de éstos”<sup>178</sup>.

Finalmente, el art. 23. D. 4. LCF remite el desarrollo de los apartados 1 a 3 del art. 23. D. a un Acuerdo al efecto, que deberán celebrar la Federa-

---

177. Código Comparado, IVAP-Gobierno Vasco, 1996, “La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas”, Vol. II, pág. 60.

178. Ibid. La forma en que el representante de los Länder ejerce esta representación tiene su importancia, una vez más, por el explícito reconocimiento constitucional del mecanismo; sin embargo, lo que ha de subrayarse en este punto es que el representante de los Länder responde de sus gestiones en la negociación ante el Consejo Federal cuando aquéllas fueron en defensa o representación de competencias federales, mientras que su responsabilidad se dirige ante los Parlamentos de los Länder cuando se trata de competencias legislativas de estos últimos.

ción y los Länder, aunque lo importante continúa siendo, sin duda, la constitucionalización explícita de la participación institucional directa de los Länder ante la Comunidad Europea, salvo en lo referente a su legitimación procesal ante el TJCE, cuestión esta que omite la LCF, quedando pendiente por tanto de desarrollo al efecto mediante Acuerdo entre la Federación y los Länder.

### c) El caso de las Comunidades y Regiones belgas

La normativa belga se encuentra poblada de referencias a la cuestión regional ante el Derecho Comunitario, tanto en el propio texto constitucional como en sucesivas reformas operadas y en nuevas normas y Acuerdos intergubernamentales que han regulado el fenómeno con no poca profundidad, tal y como abordaré a continuación.

De la mano de VAN BOXSTAEL, cabe recordar a título preliminar que,

“basándose en el antiguo artículo 81 de la Ley especial de reformas institucionales del 8 de agosto de 1980, las Comunidades y las Regiones han sido incluidas dentro de la delegación belga en las dos conferencias intergubernamentales sobre la Unión política y sobre la Unión económica y monetaria cuyos trabajos terminaron con ocasión del Consejo europeo de Maastricht los días 9 y 10 de diciembre de 1991”<sup>179</sup>.

Según el mismo autor, la participación de las Comunidades y Regiones belgas en la formación del Derecho Comunitario originario es un hecho perfectamente admisible hoy día. A pesar del silencio constitucional al respecto, la posibilidad se encuentra bien contemplada por el Acuerdo General de Cooperación de 8-3-1994, firmado entre el Estado Federal, las Comunidades y las Regiones<sup>180</sup>. Según el art. 4 del Acuerdo se confía a la Conferencia Interministerial de Política Exterior la composición de la delegación belga. Mientras tanto, el art. 5 aclara que los representantes de las diversas Administraciones afectadas negocian en pie de igualdad, pues el representante del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores sólo ejerce una dirección coordinadora<sup>181</sup>.

En todo caso, afirma VAN BOXSTAEL que *“la participación de las Comunidades y de las Regiones en la elaboración de los tratados de base se extiende en adelante más allá del nivel gubernamental”*; de hecho,

---

179. J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, op. cit., págs. 276.

180. Acuerdo cuya base es el art. 92 bis 4, de la Ley especial de reformas institucionales de 8-8-1980, modificada a su vez por el art. 3. 1. 2º, de la Ley especial de 5-5-1993.

181. J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, op. cit., pág. 277.

“el artículo 16. 2, apartado 2, nuevo, de la ley especial de reformas institucionales<sup>182</sup> extiende a los Consejos de Regiones y de Comunidades una prerrogativa que el artículo 168 de la Constitución reconoce a las Cámaras legislativas federales: la de estar informados de las negociaciones en curso dirigidas a una revisión de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas así como de los tratados y actos que posteriormente los han modificado o completado, y tener conocimiento del proyecto de tratado antes de su firma”<sup>183</sup>.

En cuanto a la participación de las Comunidades y Regiones en el plano institucional comunitario, VAN BOXSTAEL considera que

“Bélgica se ha mostrado generosa a la hora de distribuir entre las colectividades federadas que la componen las prerrogativas que obtiene, en el plano internacional, de su participación en instituciones internacionales o supranacionales. Las reglas que rigen su representación ante las instituciones comunitarias en las que participa (el Consejo de la Unión europea y el Comité de representantes permanentes) constituyen una aplicación especial de esos principios generales”<sup>184</sup>.

En lo que más nos interesa aquí, desde una perspectiva comparativa, la posibilidad de ostentar una representación subestatal en el Consejo pasa por ubicar en el escaño correspondiente al Estado a un miembro de uno de los gobiernos federados.

“Esta habilitación se ha incluido en el artículo 81, 6, nuevo, de la ley especial de reformas institucionales<sup>185</sup>, según el cual los Gobiernos de Regiones y de Comunidades están autorizados a comprometer al Estado dentro del Consejo de las Comunidades Europeas, cuando uno de sus miembros representa a Bélgica, según lo establecido en alguno de los acuerdos de cooperación a los que se refiere el artículo 92bis, 4bis”<sup>186</sup>.

Y fue en base a esta última disposición como se logró firmar entre el Estado, las Comunidades y las Regiones el Acuerdo de 8-3-1994 sobre representación belga en el Consejo de Ministros de la Unión Europea<sup>187</sup>.

---

182. Este artículo se refiere a la versión modificada por el art. 1. 1, de la Ley especial de 5-5-1993.

183. J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, op. cit., págs. 277 y 278.

184. Ibid., pág. 280.

185. Esta Ley fue objeto de modificación por el art. 2 de la Ley especial de 5-5-1993.

186. J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, op. cit., pág. 281.

187. Ibid. Sin embargo, según el propio autor, no fue necesario aguardar al Acuerdo mencionado para que los Gobiernos de las Comunidades y Regiones belgas representaran a Bélgica ante el Consejo, pues “desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, un protocolo adoptado en el seno de la Conferencia interministerial de política exterior ha repartido el derecho de representación del Estado entre las autoridades federales, regionales y comunitarias”, para el período que restaba de presidencia belga en la UE, finalizado el 31-12-1993; Ibid., págs.

Otra de las cuestiones fundamentales es la que se refiere a la participación de Comunidades y Regiones en la definición de la posición estatal de cara a la Comunidad Europea. En este punto, el anterior art. 81 de la Ley especial de reformas institucionales de 8-8-1980 venía siendo interpretado de forma extensiva, de forma tal que, en aquellas materias que fueran competencia propia, los Gobiernos de las Regiones y Comunidades belgas debían participar de forma obligatoria en la preparación de la postura de Bélgica como Estado miembro. Más tarde, el art. 6.3. 7º de la Ley especial (introducido mediante Ley especial de 8-8-1988) se encargó de estipular expresamente la obligación de la Administración estatal sobre la organización de una concertación específica con los ejecutivos subestatales, tanto de cara a la preparación de las negociaciones, como para el seguimiento de los trabajos de las instituciones comunitarias en materias de competencia de las Comunidades y Regiones belgas<sup>188</sup>.

En cuanto respecta al papel de las Comunidades y Regiones belgas ante el TJCE, también en esta ocasión queda reflejada una clara voluntad política en la Administración central para que dichas entidades subestatales puedan defender sus derechos e intereses legítimos ante el tribunal tutelar de la legalidad comunitaria. Según VAN BOXSTAEL,

“el legislador belga se ha esforzado por ofrecer a las Comunidades y a las regiones que ha establecido un acceso mínimo a la jurisdicción europea, confiriéndoles de alguna manera, como órganos del Estado belga, una especie de sustituto de la “legitimación activa” y de la “legitimación pasiva” que sigue faltándoles”<sup>189</sup>.

En torno a la legitimación activa, la fórmula utilizada encuentra su fundamento jurídico en el art. 81.7 de la Ley especial de reformas institucionales de 8-8-1980<sup>190</sup>. Este precepto permite a las Administraciones de las Comunidades y Regiones instar con carácter obligatorio a la autoridad federal a la formulación del recurso procesal oportuno en las materias propias de la competencia de aquéllas<sup>191</sup>. Nuevamente, y de forma similar a lo sucedido en Alemania y Austria, frente al vacío del caso español, la virtualidad del sistema belga reside en reconocer una fórmula de legitimación por sustitución obligatoria que, en todo caso, y dado el rango legal de la norma que positiviza la figura, será siempre susceptible de tutela jurisdiccional en eventual caso de incumplimiento por parte del Estado.

En lo referido a la “legitimación pasiva”, la cuestión queda resuelta de forma incompleta y meramente residual, pues la autoridad federal puede, en

188. *Ibid.*, pág. 292.

189. *Ibid.*, págs. 308 y 309.

190. Este precepto fue objeto de modificación por el art. 2 de la Ley especial de 5-5-1993.

191. Véase J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 309.

el curso de un procedimiento, sustituir a los órganos de Comunidades y Regiones responsables de un incumplimiento que el Derecho Comunitario reclame al Estado belga. Esta curiosa forma de sustitución procesal parece convertirse hoy ya en obligatoria en virtud del art. 16.3. 2º de la Ley especial de reformas institucionales<sup>192</sup>. Lo fundamental es que dicho precepto ha convertido en obligatoria la participación de las Comunidades y Regiones afectadas en un procedimiento ante una jurisdicción internacional o supranacional, como condición de ejecución directa del mecanismo de sustitución al que se refiere el art. 169 de la Constitución y el art. 16. 3 de la Ley especial de reformas institucionales de 5-5-1993<sup>193</sup>. Como se ve, la vía de participación no sólo queda garantizada de hecho, sino que se asume su eventual y ulterior tutela gracias al rango legal de la propia disposición que instaura la figura.

La conclusión que aporta VAN BOXSTAEL no puede ser más elocuente, y refleja con claridad las carencias del sistema español respecto al belga, incluso a pesar de la inexistencia en este sistema constitucional de garantía o cláusula de reconocimiento de Derechos Históricos sobre las Comunidades y Regiones. Para este autor, en el caso belga,

“el constituyente y el legislador han aprovechado plenamente las oportunidades que les ha ofrecido el Tratado sobre la Unión Europea y han abierto a las autoridades comunitarias<sup>194</sup> y regionales, en todos los campos de su competencia, las puertas de la Unión. Han multiplicado las ocasiones de una expresión autónoma de sus preocupaciones, de un interés directo por la decisión, de una responsabilidad real europea”<sup>195</sup>.

---

192. Este precepto se refiere a su versión modificada mediante el art. 1 de la Ley especial de 5-5-1993.

193. En aplicación de los citados artículos, existe un mecanismo de sustitución consistente en permitir a la autoridad federal, en lugar de las autoridades de las Comunidades y Regiones que incumplen, acometer las medidas de ejecución que demanda el Derecho Internacional y/o Comunitario bajo determinados requisitos tasados. Véase J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, op. cit., págs. 310 a 313.

194. El término “comunitarias” se refiere aquí a Comunidades belgas como entidad subestatal.

195. J. L. VAN BOXSTAEL, “La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea”, op. cit., pág. 314.

## 5. CONCLUSIONES

– Euskadi y Navarra se enfrentan a retos de difícil encaje jurídico en la Comunidad Europea, debido a sus escasas vías de participación en todos los niveles comunitarios. En el caso español, ello obedece en gran medida a una lectura alejada de la realidad constitucional en la materia que los sucesivos gobiernos centrales han mantenido.

– Al margen de la cesión inicial de soberanía de España a la Comunidad Europea, ésta ha ido asumiendo competencias de diversos ámbitos, con la consiguiente influencia en las competencias de las Comunidades Autónomas. Entre ellas, Euskadi y Navarra, cuyos márgenes de maniobra política y jurídica se han visto considerablemente afectados.

– Euskadi, sus Territorios Históricos y la Comunidad Foral de Navarra carecen hoy de un cauce de representación directa ante las Instituciones comunitarias, mientras que, en cuanto a sus vías de intervención ante el Tribunal de Justicia, éstas han de ampararse en las previsiones existentes para las personas jurídicas legitimadas ante el TJCE, pues las CC.AA carecen todavía de legitimación activa directa para entablar o personarse en los procedimientos suscitados ante el citado tribunal.

– Los Derechos Históricos constituyen la vía de tránsito lógica del concepto de Fueros a la integración constitucional de determinados territorios que han mantenido a lo largo de ese periodo una continuidad voluntaria de vocación política y jurídica pública. Lo común entre las dos figuras es su naturaleza de pacto histórico entre iguales. La distinción que caracteriza el tránsito reside en la dificultad del reconocimiento de dicha situación de igualdad desde la perspectiva del Estado y la Comunidad Europea.

– Las consecuencias derivadas de la DA 1ª CE van mucho más allá del razonamiento teórico, al demostrar que el acuerdo en este contexto territorial ha sido y es una auténtica fórmula resolutoria de planteamientos políticos originariamente antagónicos. En el caso de Euskadi y Navarra, la cuestión presenta un doble interés, pues el pacto que plasma la DA 1ª CE constituye un pacto o acuerdo sobre una relación histórica y jurídica fruto de periodos precedentes, reflejados constitucionalmente en el reconocimiento que la Disposición Adicional Primera CE hace de los Derechos Históricos de los Territorios Forales.

– El punto de referencia de la “unidad constitucional” como límite a los DD.HH aparece en la soberanía infranqueable de los Derechos Fundamentales, y no en la soberanía del Estado que está al servicio de los individuos y de sus Derechos Fundamentales. El papel a desarrollar por el Derecho Comunitario en todo ello es más que protagonista.

– No existe pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional acerca de la relación entre los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra y el fenómeno

no jurídico comunitario. Existen, eso sí, algunos pronunciamientos sobre el papel de las CC.AA en general ante el fenómeno comunitario, pero nunca desarrolladas mediante la noción de DD.HH que recoge la Adicional 1ª CE. Si el propio constituyente desconocía inicialmente la potencialidad del precepto, lo mismo cabe decir del Tribunal Constitucional como directo heredero del desconocimiento generalizado que subyacía antes, durante y después de la definitiva elaboración del texto constitucional sobre DD.HH.

– El Concierto Económico vasco ha sido ya cuestionado en ocasiones desde el nivel interno, con respecto a su adecuación al Derecho Comunitario. En cualquier caso, incluso dentro de sus principios generales (art. 3 de la Ley 12/1981 del Concierto Económico), se mencionan los límites o características que deben presidir el sistema tributario vasco. Entre ellos, se menciona la necesidad de “*sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español o a los que éste se adhiera*” (art. 3.1.5º Ley 12/1981). El tenor es evidente, pero hasta hoy obviado. Si el Concierto se extralimita, o las normas en aplicación del mismo así lo hacen, tales normas violentan tanto el Derecho Comunitario, como nuestra Constitución, el Estatuto y la propia Ley del Concierto, pues el Derecho es hoy un mosaico global pero conexionado entre sus normas y principios.

– Las fórmulas de participación directa de las CC.AA se han venido articulando en base a las oficinas de representación autonómica en Bruselas y al consabido fracaso de las relaciones bilaterales existentes entre las CC.AA y el Estado, especialmente en el caso específico del País Vasco.

– Existe la posibilidad de que las competencias legislativas del País Vasco y Navarra puedan llegar a chocar con determinadas disposiciones o principios del Derecho Comunitario; del mismo modo, cabe que una normativa comunitaria de Derecho derivado entre en contradicción con las competencias legislativas autonómicas, cuestionando la DA 1ª CE. La norma autonómica, como la estatal, quedaría directamente preterida, en beneficio y aplicación del Derecho Comunitario. De existir contradicción entre el Derecho Comunitario y las competencias legislativas derivadas de la DA 1ª CE, Euskadi y Navarra deben asumir la posibilidad de que el orden constitucional de competencias pueda alterarse, por las nuevas competencias absorbidas por las instituciones comunitarias.

– La representación de los intereses encarnados por los DD.HH para Euskadi y Navarra sigue sin encontrar una fórmula de manifestación ante el TJCE. La problemática queda, pues, a expensas de la voluntad política estatal o, en su defecto, de la representación que el propio Estado asegure a los intereses autonómicos, al derivar éstos de una disposición constitucional esencial como la DA 1ª CE.

– Las vías de participación autonómica fijadas se mantienen en el establecimiento de deberes de coordinación e información recíprocas, la designación de asesores y una simple participación indirecta, a través de reunio-

nes preparatorias. La perspectiva carece de una aproximación sustantiva que pone en riesgo abierto de cuestionamiento, sin posible tutela, los DD.HH reconocidos para Euskadi y Navarra por la DA 1ª CE.

– El reconocimiento constitucional existente en la DA 1ª CE lo es desde el punto de vista competencial, pero también desde la perspectiva de la asunción de los hechos diferenciales que caracterizan a Euskadi y Navarra como Territorios Forales, a sus instituciones, a su Derecho Público y, por supuesto, a los derechos de los ciudadanos en todo el sistema inserto en la Comunidad Europea y reconocido por ésta. Ello no prejuzga la posibilidad de que el TJCE controle la compatibilidad de aplicaciones concretas del sistema con el Derecho Comunitario, sin entrar a cuestionar las peculiaridades constitucionales del sistema español o de cualquier otro.

– Existe una serie importante de factores emergentes, pero vigentes cada vez con más fuerza en el contexto comunitario, que han motivado cambios en el concepto de soberanía; en su manifestación exterior y desde los Estados miembros hacia la Comunidad Europea. La perspectiva aparece distinta en la manifestación interior, esto es, desde los Estados descentralizados hacia sus entidades subestatales, con especiales carencias en el caso de España y especiales consecuencias jurídicas en el ámbito territorial de este estudio. La nueva “soberanía” comunitaria es compartida entre los Estados miembros, y lo que queda de las soberanías internas es relativamente compartida dentro de cada Estado miembro descentralizado. Al margen de los ejemplos de Austria, Bélgica y Alemania, que han abordado la problemática mediante las modificaciones constitucionales y los acuerdos internos necesarios, España continúa sin solucionar la cuestión en su Derecho interno, trasladando así, hasta el ámbito comunitario y su jurisdicción, problemas internos singulares como el de los DD.HH de Euskadi y Navarra ante la Comunidad Europea.

– Los DD.HH se ejercen y esgrimen frente al Estado porque éste los reconoce y asume constitucionalmente, y también debieran ejercerse frente a la Comunidad Europea, ya que el mismo Estado los ha reconocido constitucionalmente frente a aquélla. Cuestión distinta es que dichos DD.HH avalen la necesidad de que sean Euskadi y Navarra quienes los defiendan ante la Comunidad Europea, y no el Estado, que no es su titular pero ha levantado acta de su existencia en la Constitución.

– La existencia de un pacto constitucional originario, que se manifiesta en la constitucionalización de los DD.HH de Euskadi y Navarra, ha de servir para atajar las disfunciones tanto en el plano interno como en el nivel comunitario. Salvo eventual inconstitucionalidad de la DA Única del EAPV y de la DA 1ª de la LORAFNA, ambos preceptos permiten que los DD.HH de Euskadi y Navarra se actualicen hasta desbordar el límite del marco constitucional aludido en la DA 1ª CE. Ahora bien, si aquello que se encuentra vedado al legislativo estatal lo está también a los titulares de DD.HH, cualquier ejercicio de lo dispuesto en la DA 1ª CE, DA EAPV y DA 1ª LORAFNA con fines de eximir a Euskadi y Navarra del marco constitucional exigiría de un nuevo pacto o negociación for-

mal de Euskadi y/o Navarra con las Cortes para acometer una reforma constitucional con las subsiguientes implicaciones en el plano comunitario.

– Estas conclusiones ratifican la existencia de un pacto constitucional originario sobre DD.HH entre el Estado y los Territorios Forales. Dicho pacto constitucional ha permitido a Euskadi y Navarra dotarse de sistemas de organización y autogobierno que puedan llegar a obviar derechos y principios constitucionales básicos. El pacto ha recibido el reconocimiento de la jurisdicción, incluso desde el propio TC. Si la existencia del pacto es palpable, falta que la Administración central lo asuma y defienda como propio y como parte integrante del mismo, no sólo desde el interior, sino también hacia la Comunidad Europea, en ejercicio de la posibilidad de actualización de los DD.HH que la DA 1ª CE recoge.

– La configuración de la Comunidad Europea es fruto de un Tratado Internacional con todos sus elementos. No obstante, existe igualmente una inequívoca vocación integradora en los Tratados comunitarios, la cual exige modular las distintas fórmulas y vías de participación subestatal en la gestación, ejecución y aplicación jurisdiccional del Derecho Comunitario. Así, como organización internacional con vocación de integración, los reconocimientos regionales existentes en las constituciones internas deben formar parte del “acervo comunitario”, tal y como sucede con los Derechos Constitucionales internos. A tal fin, la existencia de un Tratado Internacional singular no debe constituir un obstáculo, pues su especialidad consiste en integrar voluntades; voluntades que nacen de todas las instituciones y organismos que conforman los Estados miembros, incluidos sus ciudadanos.

– Otra perspectiva se ampara en la interpretación clásica del TCE y del TUE como Tratados Internacionales que no legitiman a las entidades subestatales más allá de su participación consultiva en el Comité de las Regiones. En ello colabora la interpretación estatal, unilateral y centralista, de la realidad constitucional interna y de su traslación externa ante la Comunidad Europea. Por contra, mi interpretación se extiende a la consideración de las entidades subestatales como partes integrantes del Estado ante la Comunidad: si lo que legisla o ejecuta una Comunidad Autónoma en violación del Derecho Comunitario es imputable no a aquélla sino al propio Estado, resulta imprescindible reconocer que dicha Comunidad Autónoma pueda tomar parte en los procesos de adopción, aplicación y ejecución del Derecho Comunitario.

– Agotado el periodo inicial que gestó una organización internacional en sentido formal, se ha pasado a un entramado global de Estados integrados y relacionados entre sí mediante una serie de principios, objetivos y sistemas de tutela administrativa y jurisdiccional en común. Ese mínimo común denominador tiende a desbordar los límites de la competencia estricta sobre relaciones internacionales para que las restantes entidades que conforman los Estados, en especial las que tienen potestad legislativa y competencias propias, puedan participar en la construcción de un sistema que deberán aplicar a diario.

– La consideración de la Comunidad Europea como fruto de una voluntad emanada de diversos Estados, cuyas peculiaridades internas se encuentran en cada una de sus Constituciones, debe producir la asunción comunitaria de la participación subestatal en todos los ámbitos comunitarios; se trata del fruto de una suma de voluntades democráticas manifestadas hacia el interior de cada Estado en el nivel constitucional respectivo, pero también hacia el exterior de los mismos, en el nivel constitucional comunitario.

– La existencia de una suma de pactos constitucionales se manifiesta, como forma de reconocimiento suficiente de los DD.FF, en el plano comunitario, incluso a pesar de que la Comunidad carece de vías de tutela o ejecución directa sobre tales DD.FF. Existe, por tanto, una presunción de confianza constitucional recíproca en la protección de los DD.FF en cada nivel interno. Si ello es así en un materia tan nuclear de nuestros sistemas jurídicos, idéntica presunción de confianza recíproca debería avalar la existencia en cada nivel interno de particularidades, descentralizaciones de poder legislativo y ejecutivo, hechos diferenciales o, por supuesto, DD.HH colectivos en relación a los sujetos que los ostentan, pero singulares, en referencia a su contenido material vigente y de actualización potencial en los casos de Euskadi y Navarra.

– Los DD.HH de Euskadi y Navarra no han logrado hacer llegar hasta el frente comunitario la existencia constitucional de un pacto que sí ha trascendido en el contexto de otros Estados miembros. En el caso de Euskadi y Navarra, su titularidad competencial originaria ha llegado a ser violentada en algunos casos por la Comunidad Europea. A pesar de que muchos autores reconocen la vocación federal de los Tratados, la cuestión no aparece clara desde la perspectiva de los DD.HH vascos y navarros. El principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (art. 6.3 TUE) avala la legitimidad ante la Comunidad Europea del pacto constitucional interno sobre DD.HH.

– El análisis comparativo examinado centra su atención en tres casos paradigmáticos del contexto comunitario, cuyo estudio demuestra una diferente percepción de la participación comunitaria subestatal desde las Administraciones de los Estados miembros. Ello se manifiesta incluso a pesar de carecer de instrumentos de reconocimiento constitucional con el vigor y la naturaleza de pacto que caracteriza a los DD.HH de Euskadi y Navarra. Los ejemplos de Alemania, Austria y Bélgica permiten analizar la situación de Euskadi y Navarra con optimismo respecto a la defensa de sus DD.HH ante la Comunidad Europea desde la perspectiva jurídica. En todo caso, dicha perspectiva requiere una lectura política adecuada a la importancia de dichos DD.HH, que el ejecutivo central debe asumir y hacer llegar ante la Comunidad Europea.

– Diversas disposiciones constitucionales complementarias han reforzado durante 1992 los derechos de intervención del Bundestag y del Consejo Federal y, con ello, la protección de las competencias de los Länder alemanes en el proceso decisorio de la Comunidad Europea. La fórmula es básicamente la de los derechos de aprobación y posibilidades de intervención directa.

– La articulación de la situación de las CC.AA frente a la Comunidad se acomete, en el caso español, sin ningún reconocimiento constitucional que, como hemos visto, contradice algunos preceptos de los Tratados comunitarios y colisiona con diversas competencias derivadas de los DD.HH de la DA 1ª CE. El problema radica en que, dada la ausencia de pronunciamiento constitucional directo y al basarse la intervención autonómica en las Conferencias Sectoriales, cuyas decisiones carecen de ropaje jurídico, las CC.AA carecen de vía de tutela alguna sobre su situación ante la Comunidad, dato este claramente reconocido en el caso de los Länder alemanes mediante la reforma constitucional llevada a cabo.

– El caso alemán demuestra que la existencia de una voluntad política adecuada basta para permitir introducir en sede constitucional los mecanismos de participación adecuados para que las entidades subestatales que ostenten competencias legislativas defiendan sus intereses ante las instancias comunitarias. Lo anterior no quebranta el principio de soberanía estatal, ni interfiere en los intereses generales que el Estado debe representar, pero de los que también forma parte integrante cada entidad subestatal con competencias. Esto resulta especialmente patente si éstas son legislativas o gozan de un reconocimiento constitucional específico, como sucede con los DD.HH de la DA 1ª CE.

– La distinción básica en el caso de Austria respecto a España reside nuevamente en la asunción constitucional que la Carta Magna austríaca lleva a cabo del fenómeno comunitario y en las implicaciones derivadas de los intereses de los Länder y, consiguientemente, en sus competencias con respecto a la Comunidad Europea. En la propia Constitución austríaca existen notas de similitud con el caso alemán y de clara distancia con la realidad constitucional española, inexistente en referencia a la participación autonómica ante la Comunidad Europea.

– La normativa vigente en Bélgica se encuentra plagada de referencias a la cuestión regional ante el Derecho Comunitario, tanto en el propio texto constitucional como en sucesivas reformas, y en nuevas normas y acuerdos intergubernamentales que han regulado el fenómeno en profundidad.

– Como sucede en los casos de Alemania y Austria, la virtualidad del sistema belga se basa en reconocer la fórmula de legitimación por sustitución obligatoria que, además, dado el rango legal de la norma que positiviza la figura, resulta siempre susceptible de control jurisdiccional en caso de incumplimiento por el Estado.

– A pesar de la inexistencia en el contexto del sistema constitucional belga de garantía de reconocimiento de Derechos Históricos sobre las Comunidades y Regiones, el constituyente y el legislador han aprovechado las oportunidades que les han ofrecido los tratados comunitarios, abriendo a las Comunidades y Regiones las puertas de la Comunidad Europea.

## 6. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- AHEDO, I. “La relación con Iparralde”, Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- AJA, E. “El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales”, Alianza editorial, Madrid, 1999.
- ALDECOA LUZARRAGA, F. “En busca de un pacto político a favor de la acción exterior y comunitaria de las Comunidades Autónomas”, en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, 1996.
- ALONSO OLEA, E. J. “El Concierto económico (1878-1937). Orígenes y formación de un Derecho Histórico”, IVAP, 1995.
- ALONSO OLEA, E. J. “Continuidades y discontinuidades de la Administración provincial en el País Vasco. 1839-1978. Una esencia de los Derechos Históricos”, IVAP, 1999.
- ARGULLOL, E. “Constitución y reforma estatutaria en el País Vasco”, Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- ARRIETA ALBERDI, J. “Las “imágenes” de los derechos históricos: un estado de la cuestión”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- BENGOETXEA, J. R. “El futuro de Euskadi y el futuro de Europa”, Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- CAÑO, J. “Los derechos históricos en el Siglo XX”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- CARRILLO, M. “El entronque constitucional”, Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- CASTELLS ARTECHE, J. M. “Europa-Euskal Herria”, *Euskonews & Media* nº 31, <http://www.euskonews.com>.
- CIENFUEGOS MATEO, M. “La intervención de las CC.AA en cuestiones relativas a las Comunidades Europeas a través de la Comisión General de las CC.AA y la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas”; *Autonomías* nº 22, Julio 1997, Barcelona.
- CLAVERO, B. “Entre desahucio de fuero y quiebra de Estatuto”, Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- CLAVERO, B. “Derechos humanos (individuales) y derechos históricos (colectivos)”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- COELLO, C. “La disposición adicional primera de la Constitución y la organización autonómica vasca: la quiebra del modelo vasco”, Universidad de La Rioja, Logroño, 1997.

- COELLO, C. "Consideraciones sobre la obra de Miguel Herrero de Miñón en torno a los Derechos Históricos", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, nº 5, 2000.
- Código Comparado, IVAP-Gobierno Vasco, 1996, "La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas", Vol. II.
- CRIADO ALONSO, F. "Participación regional en el Gobierno de la Unión Europea: los casos de Galicia, Euskadi y Escocia y la política común de pesca", *RVAP* nº 51, Mayo-Agosto, 1998.
- CRUZ ALLI, J. "Los Hechos Diferenciales y la Constitución de 1978", en la obra colectiva *Estado autonómico y Hecho Diferencial de Vasconia*, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan 2000, nº 15.
- CRUZ ALLI, J. "Los hechos diferenciales en la Constitución de 1978", *Euskonews & Media* nº 98, <http://www.euskonews.com>.
- CRUZ ALLI, J. "Paz y Fueros. Los Derechos Históricos como instrumentos de pacificación", en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao, 2000.
- DALMAU I ORIOL, C. "Propuestas y aspiraciones de las CC.AA sobre la articulación de mecanismos para garantizar la participación autonómica en la toma de decisiones en el seno de la Unión Europea", *Autonomías* nº 22, Julio 1997, Barcelona.
- Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, Nº 128, 1994, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 26-9-1994.
- Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, Nº 129, 1994, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 27-9-1994.
- EZEIZABARRENA, X. "Derechos Históricos y Derecho Comunitario ante la Propuesta del Lehendakari", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- EZEIZABARRENA, X. "Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario", XV Congreso de Estudios Vascos, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2002.
- EZEIZABARRENA, X. "Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law", *IUS FORI-Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco*, nº 1, Primer semestre 1999.
- EZEIZABARRENA, X. "Problemática y régimen jurídico de la pesca con redes de enmalle a la deriva: especial referencia al Derecho Comunitario", *Actualidad Administrativa*, nº 42, 1998.
- FERNÁNDEZ MONGE, J. "La Comunidad Europea y la Comunidad Autónoma del País Vasco", IVAP, 1989.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "Los Derechos Históricos de los territorios forales", Madrid, 1985.

- GAY MONTALVO, E. "La integración europea y las nacionalidades históricas", en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- JÁUREGUI, G. "Un nuevo Pacto Político para la Convivencia: Algunas reflexiones desde la perspectiva jurídico-constitucional", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- JÁUREGUI, G. "La actividad internacional de la CAPV. La implicación europea", *Euskonews & Media* nº 36, <http://www.euskonews.com>.
- JÁUREGUI, G. "La globalización y sus efectos en el principio de soberanía", en *La institucionalización jurídica y política de Vasconia*, obra colectiva junto a J. M. CASTELLS y X. IRIONDO, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan, 1997.
- JÁUREGUI, G. "Los nacionalismos minoritarios y la Unión Europea. ¿Utopía o ucronía?", Ariel, Barcelona, 1997.
- JÁUREGUI, G. "El Estado, la Soberanía y la Constitución ante la Unión Europea", *RVAP* nº 53 II, Enero-Abril 1999.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Ordenamiento comunitario y ordenamiento autonómico: Algunos problemas en la adaptación del Derecho comunitario por los Parlamentos Autonómicos", *RVAP* nº 53 II, Enero-Abril 1999.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. "La titularidad de los Derechos Históricos vascos", *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. "Derechos Históricos y Constitución", Taurus, 1998.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. y LLUCH, E. "Constitucionalismo útil", en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. "Autodeterminación y Derechos Históricos", en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. "España y Vasconia: presente y futuro", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. "El valor de la Constitución", Barcelona, 2003.
- IRIONDO, X. "Europa y Euskal Herria: luces y sombras", *Euskonews & Media* nº 29, <http://www.euskonews.com>.
- KEATING, M. "Plurinational democracy and the European order", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- LACASTA-ZABALZA, J. I. "España uniforme", ed. Pamiela, Pamplona, 1998.
- LAFOURCADE, M. "Iparralde ou las provinces du Pays Basque nord sous l'ancien régime", *Euskonews & Media* nº 3, <http://www.euskonews.com>.
- LAFOURCADE, M. "Las instituciones tradicionales y públicas de la Vasconia continental", *Euskonews & Media* nº 38, <http://www.euskonews.com>.

- LETAMENDÍA, F. (Coordinador). "Nacionalidades y Regiones en la Unión Europea", IVAP, 1999.
- LOJENDIO IRURE, I. "La Disposición Adicional Primera de la Constitución española", IVAP, 1988.
- LOPERENA, D. "Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos", en *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos*, UPV-EHU, 1985.
- LOPERENA, D. "Derecho histórico y régimen local de Navarra", Gobierno de Navarra, 1988.
- LOPERENA, D. "La democratización de las instituciones forales. El RD 121/1979, de 26 de Enero", en *Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Civitas-Gobierno de Navarra, 1990.
- LOPERENA, D. "Sistema de relaciones Navarra-Estado durante el Siglo XIX", *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Diez de Salazar*, Vol. I, Estudios histórico-jurídicos, ed.: M<sup>a</sup> Rosa Ayerbe Iribar, UPV-EHU, 1992.
- LOPERENA, D. "Navarra y el nacionalismo compatible", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- LÓPEZ GUERRA, L. "El cumplimiento de las previsiones estatutarias", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- MANGAS MARTÍN, A. "La participación directa de las Comunidades Autónomas en la actuación comunitaria: fase preparatoria", en P. PÉREZ TREMPES (coord.), *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1998.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. "La posición de las CC.AA ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", IVAP, 1996.
- MONREAL, G. "El ideario jurídico de Antoine d'Abbadie", *Euskonews & Media* nº 16, <http://www.euskonews.com>.
- MUÑOZ MACHADO, S. "La Disposición Adicional Primera de la Constitución", en *Derecho Público Foral de Navarra: El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra-Civitas, 1992.
- MURILLO DE LA CUEVA, E. L. "Comunidades Autónomas y política europea", IVAP-Civitas, 2000.
- NIETO ARIZMENDIARRIETA, E. "Reflexiones sobre el concepto de Derechos Históricos", *RVAP* nº 54, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L. "La participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea", en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, 1996.

- PARIENTE DE PRADA, I. "La participación de las Comunidades Autónomas en la creación del Derecho Comunitario: Estudio particular del caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco", en *Estado autonómico y hecho diferencial de Vasconia*, IVAP-Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan nº 15, 2000.
- PÉREZ TREMP, P. "Las competencias en materia internacional y la Unión Europea", en *Autonomías* nº 22, Barcelona, Julio 1997.
- ROIG MOLÉS, E. "Asimetría y participación autonómica en la formación de la voluntad española en asuntos de la UE: ¿participación a dos velocidades?", *RVAP* nº 55, Septiembre-Diciembre 1999.
- SAIZ ARNAIZ, A. "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional", *RVAP* nº 53 II, Enero-Abril 1999.
- SÁNCHEZ RUIZ, A. "Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario", IVAP, 1997.
- SCHEFOLD, D. "La participación de los Länder alemanes en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea", en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, 1996.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. "Los Länder austríacos y la Unión Europea", en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, 1996.
- SORAUREN, M. "Historia de Navarra", ed. Pamiela, Pamplona, 1999.
- TAMAYO SALABERRÍA, V. "La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979", IVAP, 1994.
- TORNOS, J. "La opción estatutaria", Jornadas de Estudio sobre la Propuesta del Lehendakari, Universidad del País Vasco, Donostia, 2003.
- URZAINQUI, T. "Navarra, el regreso de un Estado europeo", XV Congreso de Estudios Vascos, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2002.
- URZAINQUI, T. "Recuperación del Estado propio", ed. Nabarralde, Gasteiz-Iruña, 2002.
- URZAINQUI, T. "Navarra sin fronteras impuestas", Pamiela-Nabarralde, Iruña, 2003.
- URZAINQUI, T. y OLAIZOLA, J. M. "La Navarra marítima", ed. Pamiela, Pamplona, 1998.
- VAN BOXSTAEL, J. L. "La participación de las Comunidades y Regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea", en *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vol. I, IVAP, 1996.
- VV.AA, *Revista Vasca de Administración Pública* Nº 40, Sept.-Dic. 1994:
- LEJEUNE, Y. "La participación de las regiones en Bélgica".

Ezeizabarrena, X.: Los derechos históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario

MAGIERA, S. "Participación de los Estados alemanes (Länder) en los asuntos europeos tras la reforma constitucional de 1992".

BENGOETXEA, J. R. "La participación de las Autonomías en las Instituciones Comunitarias".

DIEGO, J. L. "La participación de las CC.AA en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea: Un balance y una propuesta".

ZUBIRI, I. "El sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea", Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 2000.

ZUBIRI, I. "El concierto económico en el conjunto del sistema fiscal español y europeo", en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.