

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «DEFENSOR
DE LA FORALIDAD»: COMENTARIO DE LA STC 118/2016,
DE 23 DE JUNIO, SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN
IMPUGNATORIO DE LAS NORMAS FORALES FISCALES¹

The Constitutional Court as “defender of the historical rights
of the foral territories”: comment of the STC 118/2016,
of June 23, on the new system of impugnation
of the fiscal Foral Regulations.

JAVIER TAJADURA TEJADA

Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
javier.tajadura@ehu.eus

Cómo citar/Citation

Tajadura Tejada, J. (2018).
El Tribunal Constitucional como «defensor de la foralidad»:
comentario de la STC 118/2016, de 23 de junio, sobre el nuevo
régimen impugnatorio de las normas forales fiscales.
Revista Española de Derecho Constitucional, 114, 237-269.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.08>

Resumen

La LO 1/2010 sometió las normas forales fiscales al control del Tribunal Constitucional y las sustrajo del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Este estudio analiza la sentencia en la que el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la ley. La sentencia se basa en dos premisas: la habilitación constitucional del

¹ Este trabajo se inscribe en las tareas del proyecto de investigación HAR2017-84032-P y del grupo IT615-13, respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-Agencia Estatal de Investigación/FEDER, Unión Europea, y por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

legislador orgánico para crear nuevos procesos constitucionales y la legitimidad constitucional del fin perseguido con ellos: la protección de la foralidad. El Tribunal rechaza las dos consistentes objeciones planteadas por los recurrentes: la prohibición constitucional de desfigurar los procesos constitucionales directamente establecidos por el constituyente (sin que se acepte que la creación formal de nuevos procesos pueda servir para eludir fraudulentamente dicha prohibición) y la ilegitimidad constitucional de la finalidad de la ley consistente en reducir el ámbito de la jurisdicción ordinaria y el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (sin que pueda aceptarse que dichos sacrificios se encuentren amparados por los derechos históricos de los territorios forales).

Palabras clave

Derechos históricos; derecho a la tutela judicial efectiva; jurisdicción constitucional; jurisdicción ordinaria.

Abstract

The Organic Law 1/2010 submitted the fiscal Foral Regulations to the control of the Constitutional Court and not of the ordinary jurisdiction. This study analyzes the sentence in which the Constitutional Court declared the constitutionality of the law. The sentence is based on two premises: the constitutional empowerment of the organic legislator to create new constitutional processes and the constitutional legitimacy of the end pursued with them (the protection of historical rights). The Court rejects the two consistent objections raised by the appellants: the constitutional prohibition of changing the constitutional resources directly established by the constituent (without it being accepted that the formal creation of new resources may serve to fraudulently evade the prohibition) and the constitutional illegitimacy of the purpose of the law. The objective was to reduce the scope of due process. But it can not be accepted that the reform is protected by the historical rights of the foral territories.

Keywords

Historical rights; due process; constitutional jurisdiction; ordinary jurisdiction.

SUMARIO

I. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2010, DE 19 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES ORGÁNICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL PODER JUDICIAL. II. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO FORAL Y LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LAS NORMAS FORALES FISCALES. III. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1. La inconstitucionalidad de la finalidad perseguida por la ley. 2. La vulneración de los arts. 106 y 153 c) CE. 3. La desfiguración del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente y de los procesos directamente creados por la Constitución. 4. La violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). IV. EL CONFLICTO EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA FORAL. V. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

La historia de la construcción de la autonomía vasca es la historia de la invocación de los derechos históricos para argumentar las demandas de la Comunidad. Las pretensiones se han orientado, particularmente, a fortalecer la posición de los Territorios Históricos, cuyas competencias en materia fiscal y financiera les permiten jugar un papel trascendental en las políticas económicas.

Corcuera y García-Herrera (2002)

I. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2010, DE 19 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES ORGÁNICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL PODER JUDICIAL

La LO 1/2010 sometió las normas forales fiscales (en adelante NFF) al control del Tribunal Constitucional y las sustrajo del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. El establecimiento de este singular régimen impugnatorio respondía a una vieja aspiración política del nacionalismo vasco. Cada vez que se producía una modificación parcial de la LOTC, el PNV intentaba incluir, sin éxito, esta previsión. La situación cambió en el marco de las negociaciones para aprobar los Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. El PSOE permitió con sus votos la aprobación de la ley orgánica que nos ocupa, a cambio del apoyo del PNV al proyecto de ley presupuestaria. El Partido Popular votó en contra (Álvarez Conde, 2010: 20; Sáez Hidalgo, 2011: 204).

Incomprensiblemente, a pesar de su trascendencia constitucional, esta reforma de la LOTC fue aprobada por el procedimiento de urgencia y sin haber sido informada por el Consejo de Estado. Pasó «sin pena ni gloria por las Cortes Generales» (Merino Merchán, 2010: 81). Como vamos a ver, a pesar de su brevedad, la LO 1/2010 alteró el sistema de relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, e incidió negativamente en el derecho a la tutela judicial efectiva.

La nueva disposición adicional quinta de la LOTC —añadida por la LO 1/2010— establece tres nuevos procesos constitucionales: el recurso contra las NFF, la cuestión prejudicial de validez de las NFF y el conflicto en defensa de la autonomía foral.

Los apdos. 1 y 2 del art. 1 de la LO 1/2010 disponen²:

1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre).

El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal.

² Por su parte, el art. 2 de esa misma LO 1/2010 modifica el art. 9.4 LOPJ, dándole la siguiente redacción: «Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica». Finalmente, la disposición adicional única (que carece de rango orgánico) añade una nueva letra d) al art. 3 LJCA, con el siguiente contenido: «d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica».

El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley.

2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.

Los trámites regulados en los artículos 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales.

En la tramitación de los recursos y cuestiones regulados en esta disposición adicional se aplicarán las reglas atributivas de competencia al Pleno y a las Salas de los artículos diez y once de esta Ley.

El apdo. tercero, por su parte, regula otro nuevo proceso constitucional, el conflicto en defensa de la autonomía foral:

Las normas del Estado con rango de ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada.

Están legitimadas para plantear estos conflictos las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, mediante acuerdo adoptado al efecto.

Los referidos conflictos se tramitarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.

La ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por los consejos de Gobierno de las comunidades autónomas de la Rioja y Castilla-León y por las asambleas legislativas de las mismas. El Tribunal acumuló los cuatro recursos y los resolvió en la STC 118/2016, de 23 de junio de 2016. En las páginas siguientes realizaremos un comentario crítico de esta decisiva sentencia.

El objeto del proceso constitucional que nos ocupa lo constituye el contenido de la LO 1/2010, de 19 de febrero, en sus tres previsiones: en primer lugar, en la modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, mediante la adición a esta norma de una disposición adicional quinta (art. 1); en segundo lugar, en la modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial concretamente, dando nueva redacción al párr. primero de su art. 9.4 (art. 2); y, finalmente, en la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la adición de una nueva letra d) a su art. 3 (disposición adicional única).

II. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO FORAL Y LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LAS NORMAS FORALES FISCALES

Antes de examinar los diferentes motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes, el Tribunal dedica el FJ 2 a exponer su doctrina sobre la justificación, contenido y alcance del régimen tributario foral, la naturaleza y rango de las normas forales y su relación con el principio de reserva de ley operante en materia tributaria.

El Tribunal hace un repaso de su jurisprudencia sobre el régimen foral. En este sentido subraya que, como rasgo histórico de la foralidad, actualizada en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, los territorios de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia han conservado, de forma exclusiva, la competencia para mantener, establecer, regular y gestionar, dentro de cada uno sus territorios, su propio régimen tributario, aunque atendiendo a la estructura general impositiva del Estado.

Estos territorios históricos se rigen por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos (art. 37 EAPV). Según ese régimen jurídico peculiar y privativo y de acuerdo con su tradición histórica, son órganos forales de los territorios históricos sus respectivas juntas generales y diputaciones forales, que tienen competencia exclusiva sobre todas las materias que tengan atribuidas por la Ley del Concierto Económico y por otras normas y disposiciones de carácter tributario sobre las cuales les corresponde ejercer la potestad «normativa» y la «reglamentaria». En todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento Vasco (art. 25.1 EAPV).

Las Juntas Generales, órgano de representación y participación popular, ejercen la potestad normativa a través de disposiciones generales (mediante las normas forales) que gozan de un rango superior a los decretos de la diputación foral. Por su parte, la Diputación Foral, órgano colegiado de gobierno y administración del territorio histórico, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (a través de los decretos forales). De esta manera, las normas forales que regulan el sistema tributario de cada territorio histórico son normas que no emanan del Parlamento Vasco, sino de las juntas generales de cada uno de los territorios históricos, tratándose de «disposiciones normativas que [...] carecen de rango de ley y de fuerza de ley» puesto que el ejercicio de la potestad legislativa corresponde, en exclusiva, como acabamos de ver, al Parlamento Vasco (arts. 25.1 EAPV y 6.2 de la Ley de Relaciones entre las Instituciones Comunes).

La naturaleza reglamentaria de las NFF no está en cuestión (Leguina Villa, 1981; Muñoz Machado, 2011). Ahora bien, el Tribunal Constitucional

en este FJ 2 insiste en las singularidades que presentan este tipo de normas. En última instancia, son esas singularidades derivadas del hecho foral las que van a justificar —desde un punto de vista constitucional— la legitimidad del nuevo régimen impugnatorio establecido en la ley recurrida.

Las NFF son «disposiciones normativas con naturaleza reglamentaria (como correcta y expresamente señala el párrafo cuarto del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010)». Ahora bien, se trata de disposiciones que no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la Ley estatal «en la medida que gozan de una singularidad que dimana del régimen foral constitucional y estatutariamente garantizado». Se trata, pues, de un tipo singular de normas reglamentarias, que operan sobre «un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral».

El Tribunal insiste en subrayar esta singularidad para deducir de ella la legitimidad constitucional del nuevo régimen impugnatorio. Ocurre, sin embargo, que, como con meridiana claridad y acierto pleno ha advertido Muñoz Machado (2011: 47), «la mayor independencia de los reglamentos con respecto de las leyes, no transforma su naturaleza ni puede justificar la rebaja de las garantías jurisdiccionales frente a ellos, sino que postula justamente lo contrario, que se fortalezcan», como muestra el caso de los reglamentos municipales. Las administraciones locales —de la misma forma que los territorios históricos— cuentan con fuentes propias de legitimidad democrática. La relación de los reglamentos locales con las leyes no radica en que precisen de estas la necesaria habilitación, sino que solo encuentran en ellas el límite, una vinculación negativa a lo que pueden regular y no una vinculación positiva (Muñoz Machado, 2006: tomo II, 1113).

De esta revisión dogmática de la posición de los reglamentos municipales en relación con las leyes nadie ha pretendido deducir nunca un cambio de su régimen impugnatorio. Esta posición no autoriza a defender que su rango sea distinto al de los reglamentos ordinarios. Ciertamente, en el caso de las NFF, su mayor libertad dispositiva es consecuencia de la autonomía reconocida a las instituciones forales, pero esa libertad no tiene la virtud de transformar los reglamentos en normas con rango de ley y ni siquiera de alterar su fuerza (Muñoz Machado, 2011: 47-48).

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional aceptan que los entes locales aprueben ordenanzas de rango reglamentario para regular y establecer los tributos que les competan dentro de los límites marcados por la Ley de Haciendas Locales. Por lo que ningún problema ni dificultad existe —desde la óptica de la reserva de ley— para que las Juntas Generales regulen también sus tributos mediante normas reglamentarias (Fanlo Loras, 2011: 191).

En todo caso, el Tribunal Constitucional asume el carácter reglamentario de las NFF —que el propio legislador acepta— y se limita a subrayar sus singularidades. Con estas premisas, cabía prever que los recursos serían estimados. Para llegar a otra conclusión el Tribunal hubiera debido alumbrar una construcción doctrinal sólida y coherente sobre la «distinta» naturaleza de las NFF. Ciertamente no era —ni es— una tarea fácil. Resulta comprensible que no se aventurase por esa vía. Lo sorprendente es que, admitida la naturaleza reglamentaria de las NFF, se reconozca la constitucionalidad de la exclusión de aquellas del control jurisdiccional contencioso, aunque el alcance de dicha exclusión diste mucho de ser absoluto.

III. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los recursos de inconstitucionalidad presentados subyace una doble objeción. En primer lugar, se cuestiona el propósito mismo o finalidad de la ley. Los recurrentes rechazan que exista un «déficit de protección de la foralidad» que sea preciso remediar. Esta pretensión no solo carece de fundamento constitucional, sino que resulta incompatible con principios constitucionales básicos y configuradores del Estado de derecho (1). En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se impugna también el modo y la forma arbitrados para alcanzar esa finalidad. Desde esta óptica, los recurrentes consideran que la LO 1/2010, por sustraer las NFF al control de la jurisdicción ordinaria, vulnera los arts. 106. 1 y 153 CE (2); por distorsionar el objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, vulnera lo dispuesto en los artículos 161.1 a) y 163 CE (3); y por afectar de forma negativa y arbitraria a la legitimación para recurrir las NFF, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (4).

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA LEY

Como hemos visto, la ley recurrida satisface una vieja reivindicación política del nacionalismo vasco: equiparar el régimen impugnatorio de las NFF al de las leyes estatales o al de las leyes de la vecina Comunidad Foral de Navarra. La singular estructura político-administrativa de la comunidad autónoma vasca determina que las NFF aprobadas por las Juntas Generales —que son las competentes para establecer y regular los diferentes tributos que nutren la hacienda foral— tengan naturaleza reglamentaria, por lo que

—antes de la LO 1/2010— eran recurribles ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta situación contrastaba con lo que ocurre con las normas fiscales del Estado que, la medida en que tienen rango de ley, solo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional por la reducida lista de sujetos legitimados incluidos en el art. 162 de la Constitución. En este contexto, el legislador orgánico justificó su intervención en la necesidad de remediar un supuesto «déficit de protección de la foralidad» de los territorios históricos vascos:

Las instituciones forales han de operar [...] con normas que, al carecer de rango de ley resultan más vulnerables y, por lo tanto, más frágiles, lo que hace consiguientemente más débil la garantía constitucional de la foralidad de los territorios históricos vascos que la de la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de que en ambos casos el fundamento constitucional es el mismo: la disposición adicional primera de la norma fundamental». Este supuesto déficit va a determinar la conversión del régimen impugnatorio de las NFF —tradicionalmente una cuestión de legalidad ordinaria— en una cuestión constitucional. El legislador orgánico subraya en el preámbulo de la norma impugnada que «los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional [...] lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 37 del Estatuto vasco les reserva en exclusiva»³.

El Tribunal avala expresamente la justificación y el fundamento constitucional de la norma y de los diversos procesos constitucionales por ella establecidos: los derechos históricos. Esto es algo que hay que subrayar puesto que, hasta ahora, a la disposición adicional primera de la Constitución (en adelante DAP) no se le había atribuido nunca tal fuerza expansiva. En el caso que nos ocupa, una reforma de la ley orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, clave de bóveda del edificio constitucional, se fundamenta —constitucionalmente— en los derechos históricos, y concretamente, en la necesidad de establecer una mayor y mejor protección de la foralidad. A esto no cabe objetar el hecho de que el Tribunal Constitucional insista en la competencia

³ Apdo. I del preámbulo de la LO 1/2010.

del legislador orgánico para regular —en el marco de la Constitución— los procesos constitucionales. Lo que importa destacar es que el ejercicio de esa competencia, en el caso concreto que nos ocupa, se fundamenta en la necesidad de proteger la foralidad garantizada en la DAP. De esta forma, se deduce de los derechos históricos la necesidad —al menos en el ámbito de las normas fiscales— de una garantía jurisdiccional determinada. La proporcionada por el Tribunal Constitucional y no la que ofrece la jurisdicción ordinaria. Esto es algo que no resulta fácil de aceptar por la razón evidente de que carece por completo de sentido vincular la noción de «derechos históricos» con una jurisdicción constitucional que surge en un momento «histórico» muy posterior a aquellos.

Como advierte Merino Merchán, ese déficit de protección de la foralidad es inexistente, y «de existir, su protección no deberá hacerse a costa de alterar el sistema general de protección de las normas de nuestro ordenamiento jurídico», en el que, a las normas forales, por su incuestionable naturaleza reglamentaria, las protege el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. »¿O es que este orden no es garantista?» (Merino Merchán, 2010: 87-88).

Frente a estas razonables objeciones, el Tribunal avala la finalidad de la ley por considerar irreprochable, desde el punto de vista constitucional, la equiparación del régimen impugnatorio de las normas fiscales de los territorios forales vascos con las estatales y las de Navarra. Ocurre, sin embargo, que, mientras estas últimas (normas fiscales estatales y navarras) tienen rango de ley, aquellas tienen naturaleza reglamentaria. Y ello es lo que explica que durante más de tres décadas su régimen impugnatorio haya sido diferente.

Las reformas introducidas por la LO 1/2010 cuentan, según el Alto Tribunal «con una justificación que no se opone al texto constitucional». Pero esa justificación no debería aceptarse prescindiendo de sus consecuencias. El efecto concreto e inmediato de la equiparación es disminuir el ámbito de la jurisdicción contenciosa y restringir las posibilidades de impugnación de las NFF. Es decir, el incremento de la garantía de la foralidad de los territorios históricos implica el debilitamiento del derecho a la tutela judicial de los ciudadanos y de las comunidades autónomas limítrofes. Resulta muy aventurado afirmar que no quepa oponer reparos constitucionales a estos objetivos.

En última instancia, en este recurso se pone de manifiesto la tensión existente entre los derechos históricos de los territorios forales y el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos. En un primer momento, la sentencia pretende eludir esta tensión mediante el expediente de prescindir de uno de los dos elementos en pugna. Según el Tribunal, nada hay que objetar a una ley cuya finalidad es la protección de la foralidad (aunque ello suponga una disminución de

la protección de los ciudadanos). El reconocimiento de la constitucionalidad de esa finalidad —la necesidad de remediar un «presunto déficit de protección» de la foralidad olvidando que este trae causa exclusivamente de la propia foralidad que se pretende garantizar— va a condicionar todos los razonamientos posteriores del Tribunal. Incluidos, como veremos después, los relativos a la relación de esa finalidad con el derecho a la tutela judicial efectiva al que nos hemos referido.

Desde el punto de vista foral, la aceptación por parte del Tribunal de la justificación de la ley, así como de su fundamentación en la DAP, supone —a primera vista— una importante victoria. La foralidad resulta expandida en la medida en que se proyecta sobre el conjunto del sistema procesal. Ahora bien, los efectos de esa expansión son limitados, por lo que un examen detallado de la sentencia que nos ocupa obliga a reducir la magnitud de la victoria foral a sus justos términos.

En todo caso, la interpretación expansiva de la DAP que el Tribunal realiza carece de toda justificación. El Tribunal Constitucional siempre ha afirmado que la DAP no es un título competencial autónomo, sino que son los estatutos los que tienen que reconocer las competencias derivadas de los derechos históricos. O en todo caso, leyes habilitadas por los estatutos. Es cierto que, en la práctica, se admite que algunas leyes estatales reconozcan singularidades de carácter organizativo o competencial (por ejemplo, la Ley Básica de Régimen Local de 1985 o la Ley de Carreteras de 1988) (Castells Arteche, 2007), pero el caso que nos ocupa es sustancialmente diferente puesto que se trata de leyes orgánicas estatales reguladoras del sistema procesal. Estas leyes no pueden ser utilizadas para la «actualización foral».

A mayor abundamiento, la exclusión del control jurisdiccional contencioso no puede considerarse un derecho histórico porque, por un lado, se trata de una garantía establecida en tiempos relativamente recientes, y, por otro, ese control es un elemento esencial de nuestro Estado de derecho. «Así como no puede pensarse en una actualización foral que elimine el derecho de asociación, o restrinja la libertad religiosa [...] no sería posible una actualización de derechos históricos que hiciera desaparecer los derechos a la tutela judicial que la Constitución reconoce» (Muñoz Machado, 2011: 41).

2. LA VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 106 Y 153 C) CE

Para los recurrentes, la LO 1/2010, al conferir al Tribunal Constitucional el control de las disposiciones reglamentarias de las Juntas Generales de los territorios históricos, y despojar a los tribunales del orden contencioso-administrativo

de ese control, en contra del modelo de control de constitucionalidad existente, que establece una relación tasada de las disposiciones susceptibles de ser declaradas inconstitucionales (leyes y disposiciones o actos con fuerza de ley) a través del recurso y de la cuestión inconstitucionalidad, vulnera los siguientes preceptos constitucionales: arts. 106.1, 153 c), 161.1 a), 162.1 a) y 163 CE y la propia LOTC.

El Tribunal, con buen criterio, rechaza que su ley orgánica pueda ser utilizada como parámetro de constitucionalidad de las leyes de reforma. Entre la ley orgánica y su reforma opera el criterio de sucesión temporal: «Sea cual sea el lugar que la Ley orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador y, en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos». El legislador orgánico es el único constitucionalmente habilitado para delimitar nuestro sistema de jurisdicción constitucional y la forma de acceso a los diferentes procesos constituidos, como así se ha puesto de manifiesto en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional acomodando su contenido a las necesidades y circunstancias de cada momento⁴.

Establecido lo anterior, procede examinar, por un lado, la compatibilidad de la ley orgánica con los arts. 106 y 153 c) CE. Este examen nos mostrará cuál es el alcance de la exclusión del control de las NFF por parte de la jurisdicción ordinaria. Y, por otro, la compatibilidad de la reforma con el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el Constituyente. Tal será el objeto de los apdos. c) y d) del FJ 3 de la sentencia.

La tesis del Tribunal se resume en esta afirmación: como la exclusión del control de las NFF por parte de la jurisdicción ordinaria no es absoluta, la modificación del régimen impugnatorio, habida cuenta la finalidad antes vista, es conforme con la Constitución y no puede considerarse vulneradora de lo dispuesto en los arts. 106 y 153 c) CE. Esta interpretación de la LO 1/2010 es razonable y limita mucho su alcance práctico, pero, a nuestro juicio, no es suficiente para salvar su constitucionalidad. El problema es que los preceptos constitucionales mencionados no contienen excepción alguna. Por lo que resulta difícil de admitir que, si el constituyente no limitó expresamente el ámbito del control de la jurisdicción contenciosa, pueda hacerlo

⁴ Leyes orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; 6/2007, de 24 de mayo; 1/2010, de 19 de febrero; 8/2010, de 4 de noviembre; 12/2015, de 22 de septiembre, y 15/2015, de 16 de octubre.

el legislador. Es la propia Constitución la que delimita el ámbito de esa jurisdicción (Muñoz Machado, 2011: 45).

En el caso de los recursos interpuestos contra las NFF como en el supuesto de la cuestión prejudicial sobre las mismas, el parámetro de validez de las normas enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el art. 28 de la LOTC (apdo. 1 de la disposición adicional quinta LOTC, en la redacción dada por la LO 1/2010), conforme al cual, para determinar la conformidad o disconformidad con la Constitución de las NFF, se tomarán en consideración tanto los preceptos constitucionales como 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 estas.

De acuerdo con el anterior marco normativo podemos afirmar ya en este momento —como señaló el abogado del Estado— que el objeto de la competencia que se atribuye al Tribunal Constitucional para controlar las normas forales ni es exclusivo de la jurisdicción constitucional ni es excluyente de la intervención de los tribunales ordinarios, concretamente, los de la jurisdicción contencioso-administrativa.

- a) En efecto, de un lado, la nueva disposición adicional quinta LOTC acota el objeto del control que corresponde efectuar al Tribunal Constitucional con relación a las normas forales emanadas de las Juntas Generales, no a todas, sino exclusivamente a una clase concreta de ellas, a saber, las que tengan carácter fiscal, y, dentro de estas, a aquellas que hayan sido dictadas en el ejercicio de las competencias reconocidas por el art. 41.2a EAPV, a saber, las que se dirijan a mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado.
- b) De otro lado, puesto que el art. 28 LOTC acoge lo que se ha denominado como el bloque de la constitucionalidad formado por la propia Constitución y las leyes del Estado delimitadoras de competencias estatales y autonómicas o armonizadoras del ejercicio de las autonómicas o, en materia financiera, la ley orgánica a que hace referencia el art. 157.3, la remisión que hace la disposición adicional quinta al art. 28 LOTC, para fijar el parámetro de validez de las NFF, debe entenderse en el sentido de que únicamente serán objeto del control atribuido al Tribunal Constitucional aquellas NFF de las previstas en el art. 41.2a EAPV que desconozcan o contradigan alguna disposición integrante del bloque de la constitucionalidad a

que hace referencia el art. 28 LOTC. Sostiene el Tribunal que son parámetro inmediato o directo de la validez de las NFF, además de la Constitución, tanto el Estatuto de Autonomía como la ley por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, por tratarse de normas ordenadoras de las relaciones tributarias entre el Estado y los territorios históricos. Y por expresa remisión de la Ley del Concierto Económico, son también parámetro mediato o indirecto del enjuiciamiento de su validez las normas estatales reguladoras de los diferentes tributos que configuran la estructura general impositiva del Estado como la Ley General Tributaria. De esta forma, el denominado «bloque de la constitucionalidad» resulta notablemente ampliado.

Por el contrario, el Tribunal excluye como parámetro de validez de las NFF a las siguientes:

- a) Todas aquellas normas a las que también se remite la Ley del Concierto Económico (tratados o convenios internacionales y normas de armonización fiscal de la Unión Europea), puesto que ni unos ni otras son leyes del Estado delimitadoras de las competencias de este y los territorios históricos, de aquellas a las que hace referencia el art. 28 LOTC. El control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una NFF y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España⁵ como de la adecuación de las NFF a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea⁶ corresponde a la jurisdicción ordinaria.
- b) En segundo lugar, el Tribunal excluye también a las leyes del Parlamento Vasco como parámetro de validez de las NFF: «Tampoco sería residenciable ante este Tribunal Constitucional —sino ante los órganos de la jurisdicción ordinaria— la eventual contradicción entre las normas forales fiscales y las leyes del Parlamento Vasco que se hayan dictado “para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado”». Y ello porque estas leyes, aunque sean delimitadoras de las competencias tributarias entre los diferentes territorios históricos o entre estos y la comunidad autónoma vasca, no son —de conformidad con el art. 28 LOTC— leyes del Estado distributivas de competencias.

⁵ SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5; y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5.

⁶ SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b.

- c) Finalmente, el Tribunal recuerda que los eventuales vicios formales o procedimentales en los que hubieran podido incurrir las NFF tampoco pueden erigirse en el objeto del control de constitucionalidad previsto en la nueva disposición adicional quinta LOTC.

Estas precisiones contenidas en el FJ 3 letra c) resultan fundamentales para comprender el verdadero alcance del privilegio jurisdiccional de las NFF consagrado por el legislador orgánico. En este sentido, la exclusión del conocimiento por parte de los tribunales del orden contencioso-administrativo de los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las NFF y la correspondiente atribución del mismo al Tribunal Constitucional ha de entenderse «en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica». Términos que, en todo caso —diga lo que diga el Tribunal Constitucional— no coinciden con lo previsto en los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes que no establecen ningún tipo de exclusión o limitación del ámbito de la jurisdicción contenciosa al que constitucionalmente corresponde el control de todas las normas reglamentarias.

El legislador orgánico ha reducido —con el alcance que acabamos de exponer— el ámbito competencial de la jurisdicción contenciosa garantizado por los arts. 106 y 153 c). En nuestra opinión, se trata de una limitación que solo el poder de reforma constitucional podría legítimamente establecer. El Tribunal, sin embargo, ha aceptado que lo haga el legislador.

En este sentido conviene recordar que nuestro Constituyente, a la hora de delimitar los ámbitos competenciales de la jurisdicción ordinaria y constitucional, rechazó expresamente el modelo austriaco. Como es sabido, el primer Tribunal Constitucional de la historia creado por influencia directa de Kelsen tenía atribuida la facultad de controlar la constitucionalidad de los reglamentos. En el momento presente, los tribunales constitucionales de diversos países (Chequia, Croacia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Macedonia, Moldavia) tienen también esa facultad. Pero no es el caso del nuestro. La Constitución atribuye el control de las normas reglamentarias —sin exclusión alguna— a la jurisdicción ordinaria. Es cierto que el legislador puede atribuir nuevas competencias a la jurisdicción constitucional, pero esa facultad tiene límites. Y uno de ellos es claro: «No pueden vaciar la competencia, atribuida constitucionalmente, de los tribunales ordinarios» (Álvarez Conde, 2010: 56; Díez-Picazo, 2010: 73).

El Tribunal Constitucional no lo ve así y considera constitucional la mencionada exclusión. Tampoco aprecia que con ello se desnaturalice nuestro modelo de jurisdicción constitucional.

3. LA DESFIGURACIÓN DEL MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DISEÑADO POR EL CONSTITUYENTE Y DE LOS PROCESOS DIRECTAMENTE CREADOS POR LA CONSTITUCIÓN

Los recurrentes alegan que la LO 1/2010 contradice el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente y, concretamente, lo dispuesto en los arts. 161.1.a y 163 CE sobre el objeto del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y 162 sobre la legitimación para interponer el primero de ellos. Este es uno de los nudos gordianos del recurso, determinar si estamos, o no, ante procesos constitucionales que alteran el sistema de control de constitucionalidad establecido por el constituyente (González Hernández, 2011: 123).

El Tribunal desestima este argumento en el FJ 3 d). Para ello comienza recordando que

[...] nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración, pudiendo articular cada nuevo proceso, no solo como un instrumento de resolución de controversias constitucionales, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la propia Constitución le impone.

Buena prueba de ello ha sido la atribución a este Tribunal Constitucional, hasta la fecha, del conocimiento de diversos procesos no previstos en la Constitución⁷. En este contexto, la ley impugnada crea tres nuevos procesos constitucionales: los recursos contra las NFF, las cuestiones prejudiciales de validez sobre las mismas y los conflictos en defensa de la autonomía foral.

Ahora bien, que el legislador orgánico pueda crear nuevos procesos constitucionales no quiere decir que pueda hacerlo sin limitación alguna. Es más, entre estos límites hay que destacar la prohibición de desnaturalización de los

⁷ El control previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas (atribuido por la LO 2/1979), luego derogado (por la LO 4/1985), y, en la actualidad, nuevamente atribuido aunque respecto de los proyectos de Estatuto de Autonomía y propuestas de reforma de los mismos (por la LO 12/2015); de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (por la LO 2/1979); de los conflictos en defensa de la autonomía local (por la LO 7/1999).

procesos existentes. Esto es concretamente lo que reprochan los recurrentes a la LO 1/2010.

El Tribunal, al enfrentarse a esta concreta objeción, reconoce —en el FJ 3 d)— que

[...] lo que singulariza a los procesos introducidos por los apartados 1 y 2 de la nueva disposición adicional quinta LOTC es la naturaleza de las normas que constituyen su objeto (una concreta clase, aunque singular, de normas reglamentarias como son las normas forales fiscales de las juntas generales), pues la interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones sobre las mismas se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.

Es evidente, por tanto, que los nuevos procesos no difieren de lo establecido para el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. En este punto, la finalidad de la LO 1/2010 es clara: ampliar el objeto del control abstracto de constitucionalidad que puede llevar a cabo la jurisdicción constitucional.

El Tribunal considera conforme con la Constitución esa ampliación. Entiende que, en la medida en que se trata de «nuevos» procesos no cabe reprocharles el efecto de desnaturalizar los existentes:

Para el legislador orgánico lo relevante es la identidad material de lo regulado por las diferentes disposiciones normativas en materia tributaria (sean disposiciones legislativas del Estado o de la Comunidad Foral de Navarra, o normas forales fiscales de los diferentes territorios que integran la Comunidad Autónoma del País Vasco), sin que esté en su propósito dotar a estas de rango, valor o fuerza de ley, algo que, por lo demás, no solo quedaría fuera de su alcance sino que sería contrario a la propia naturaleza reglamentaria de aquellas disposiciones normativas forales.

El Tribunal rechaza, obviamente, que el legislador orgánico pueda alterar la naturaleza reglamentaria de las NFF. De lo que deduce que las NFF —precisamente por su naturaleza reglamentaria— no pueden incluirse dentro de las normas controlables a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. Hasta aquí nada hay que objetar a la argumentación del Tribunal. Sin embargo, a continuación, a través del formalismo de considerar a los procesos establecidos por la ley recurrida como «nuevos» va a declarar conforme con la Constitución lo que previamente había descartado como ampliación inconstitucional del objeto de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad:

La inidoneidad de las normas forales fiscales para constituirse en objeto del recurso de inconstitucionalidad (art. 161 1 a) CE) o de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) nada dice en contra de su posible control de constitucionalidad a través de un nuevo proceso creado bajo el manto de los arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE. Es irrelevante, a estos efectos, que las reglas de la interposición y sus efectos, legitimación, tramitación y sentencia sean las de aquellos, pues tal remisión, por sí sola, ni menoscaba el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente ni altera la regulación de los procesos de control de constitucionalidad directamente creados por él.

Se trata de un argumento muy discutible. Si, como dice el Tribunal, las NFF no pueden ser objeto de control a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad por tratarse de normas reglamentarias, no se entiende que el legislador orgánico —al amparo de los preceptos constitucionales mencionados— pueda establecer unos nuevos procesos cuya única finalidad es precisamente lograr ese fin (Saéz Hidalgo, 2011: 205 y ss.). Salvo que se considere constitucional la utilización fraudulenta del art. 161. 1 d). Y digo fraudulenta porque con ella se persigue expresamente alcanzar una finalidad constitucionalmente prohibida. Es decir, mediante el expediente formal de crear un «nuevo» proceso constitucional, el Tribunal admite que el legislador orgánico pueda llevar a cabo lo que de otro modo sería reputado inconstitucional (la inclusión de las NFF dentro de las normas impugnables a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad). «Afirmar que las NFF siguen teniendo carácter reglamentario y a la vez darles un régimen jurídico similar al de la ley equivale a perseguir subrepticamente un resultado no permitido por el ordenamiento jurídico», advierte Díez-Picazo (2010: 77).

Llegados a este punto, hay que subrayar —como hacen los recurrentes— que los nuevos procesos constitucionales establecidos por la LO 1/2010 no solo alteran la regulación de algunos de los previstos expresamente por la CE (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), sino que desfiguran también el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente y su relación con la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal recuerda como «de nuestro marco constitucional puede deducirse que el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde, como regla general, prioritariamente, al Tribunal Constitucional, mientras que el de las disposiciones reglamentarias es de la competencia, también como regla general, prioritariamente, de los Tribunales ordinarios». Pero este marco o regla general no puede interpretarse en términos absolutos: «Nuestro modelo constitucional del control jurisdiccional de las normas legales y reglamentarias, ni impide a este Tribunal, en algunos supuestos, controlar normas

reglamentarias, ni excluye de la jurisdicción ordinaria, en todo caso, el control de normas con fuerza y rango de ley».

Efectivamente, existen diferentes procedimientos por los que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar normas infralegales: el recurso de amparo (art. 161. 1 b CE), los conflictos de competencias (art. 161. 1 c CE), las impugnaciones de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas (arts. 161.2 CE). Por otro lado, la jurisdicción ordinaria está facultada para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley en el caso de que contradigan el derecho de la Unión Europea, en cuyo caso puede llegar a inaplicarlas; también puede controlar los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, en cuyo caso puede igualmente llegar a inaplicarlos.

Sin embargo, el Tribunal prescinde en su razonamiento de dos datos relevantes. En primer lugar, los supuestos en que el Tribunal puede enjuiciar normas infralegales están expresamente previstos en la Constitución. No ocurre lo mismo con las NFF⁸. Pero, sobre todo, en segundo lugar, en todos esos casos el control de las normas infralegales por parte del Tribunal Constitucional no excluye la posibilidad de que sean enjuiciadas también por la jurisdicción ordinaria.

Estas consideraciones —que el Tribunal elude— invalidan sus razonamientos. Efectivamente, el reparto de tareas entre la jurisdicción ordinaria y constitucional no se establece en términos absolutos. La posibilidad de que la jurisdicción constitucional enjuicie normas infralegales está expresamente prevista en una serie de normas constitucionales. Ahora bien, en todos ellos esa atribución no supone, en modo alguno, excluir esas normas de su enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo previsto en el art. 106 CE.

En esta sentencia se acepta que el legislador orgánico —al amparo del art. 161. 1 d)— amplíe los procesos para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar normas reglamentarias. Ahora bien —y esto es lo que resulta especialmente criticable—, se admite además que esa ampliación suponga la reducción del ámbito competencial constitucionalmente garantizado de la

⁸ Es cierto que, al margen de esos supuestos expresamente previstos por la Constitución, los conflictos entre órganos constitucionales —que no están recogidos en la Constitución— también pueden dar lugar al enjuiciamiento de disposiciones reglamentarias. Por otro lado, por la vía del recurso de inconstitucionalidad se pueden impugnar también los reales decretos adoptados para declarar los estados de crisis o la intervención de una comunidad autónoma (art. 116 y 155 CE). Ahora bien, a pesar de su falta de previsión expresa, ninguno de estos supuestos plantea los problemas de encaje constitucional que aquí examinamos.

jurisdicción contencioso-administrativa. En nuestra opinión, esa reducción resulta incompatible con lo previsto en el art. 106 CE y, por ende, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este momento de la argumentación del Tribunal, entra en juego la interpretación previa sobre el significado y alcance de la exclusión de la jurisdicción ordinaria efectuada anteriormente y ya comentada:

Cuando la disposición adicional quinta LOTC atribuye a este Tribunal el control de constitucionalidad de las normas forales fiscales —advierte el Tribunal— no está excluyendo, como hemos visto con anterioridad, todo control de esas normas por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando se planteen problemas que no traspasen el umbral de la legalidad ordinaria, quien esté provisto de un interés legítimo las podrá impugnar, directa o indirectamente, ante los mismos (lo que sucederá cuando estemos ante una norma foral fiscal que no sea de las que configuran el régimen tributario de los territorios históricos, o cuando aun siéndolo, la contradicción que se le imputa lo es con una disposición que no forma parte integrante del bloque de la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28 LOTC, esto es, con los tratados y convenios internacionales, con las normas de armonización fiscal de la Unión Europea o con las leyes del Parlamento Vasco). Y si existiesen dudas sobre su eventual contradicción con las normas que integran el bloque de la constitucionalidad definido en el art. 28 LOTC (con los preceptos constitucionales y estatutarios, de la ley del concierto, de la ley general tributaria o de las leyes reguladoras de los diferentes tributos del Estado), el órgano judicial podrá despejar esas dudas mediante la realización, de forma fundada, de un juicio de validez de la norma aplicable, o, en caso contrario, plantear una cuestión prejudicial sobre su eventual invalidez ante este Tribunal Constitucional.

A la vista de cuanto antecede —concluye el Tribunal— no cabe duda de que es posible realizar una interpretación de los preceptos impugnados respetuosa con la Constitución, pues tanto de su literalidad como de su contenido se puede deducir, de modo natural y no forzado, que puesto que las normas forales fiscales han venido sustituyendo en los territorios históricos a las disposiciones legislativas del Estado en materia tributaria, fruto de la garantía de la foralidad que el texto constitucional consagra (disposición adicional primera), y dado que el constituyente ha habilitado expresamente al legislador orgánico para que, dentro de su libertad de configuración, introduzca nuevos procesos de control de constitucionalidad [...] ningún reparo se le puede oponer al hecho de que haya decidido someter a aquellas normas al mismo mecanismo de control jurisdiccional que tienen las disposiciones de la Comunidad Foral de Navarra, al responder unas normas y otras, legales y reglamentarias, a la misma

finalidad constitucional, actualizada en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía: el mantenimiento, establecimiento y regulación, dentro de su territorio, de su propio régimen tributario.

Hasta ahora, el control de las NFF correspondía a la jurisdicción ordinaria. La LO 1/2010 ha modificado su régimen impugnatorio, pero no en el sentido de excluir por completo el control de aquella, que era, en definitiva, la vieja aspiración del nacionalismo vasco.

Con la reforma operada,

[...] el control de las normas forales fiscales —subraya el Tribunal— es un control compartido entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, fruto de una decisión del legislador orgánico articulada al amparo de una expresa habilitación constitucional (arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE), en el ejercicio de la competencia del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y a la búsqueda de un objetivo constitucionalmente legítimo como es el de atender a la singularidad de una institución —la de la foralidad en materia tributaria (disposición adicional primera CE)—. Decisión esta que ni desfigura el control general de la potestad reglamentaria de las Juntas Generales de los territorios históricos por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios (arts. 106.1 y 153 c) CE, y 38.3 EAPV), ni transforma el modelo de jurisdicción constitucional (o el del control de las normas reglamentarias) diseñado por el constituyente (arts. 161.1 a) y 163, de un lado, y 161.1 d), 162.2 y 165 CE), ni, en fin, altera la regulación de los procesos constitucionales directamente creados por el propio texto constitucional (arts. 53.1, 153 a), 161.1 a), 161.1 b), 161.1 c), 161.2 y 163 CE). Por tanto, interpretados en el sentido expuesto los artículos (impugnados) no resultan contrarios a los arts. 106.1, 153 c), 161.1 a) y 163 CE [...], y así se expresará en el fallo.

En definitiva, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley con base en los dos argumentos examinados: la habilitación constitucional del legislador orgánico para crear «nuevos» procesos constitucionales y la legitimidad constitucional del fin perseguido con ellos: la «protección de la foralidad».

Estos dos argumentos prevalecen sobre las dos consistentes objeciones planteadas por los recurrentes: la prohibición constitucional de desfigurar los procesos constitucionales directamente establecidos por el constituyente (sin que se acepte que la creación formal de nuevos procesos pueda servir para eludir fraudulentamente dicha prohibición) y la ilegitimidad constitucional de la finalidad de la ley consistente en reducir el ámbito de la jurisdicción ordinaria y el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (sin que

pueda aceptarse que dichos sacrificios se encuentren amparados por los derechos históricos de los territorios forales). Objeciones que la doctrina ya había apuntado (Muñoz Machado, 2011; Merino Merchán, 2010: 85; Díez-Picazo, 2010: 73). Al análisis de esta última objeción se dedica el apartado e) del FJ 3.

4. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE)

Los recurrentes consideran que el cambio de régimen impugnatorio de las NFF llevado a cabo por la LO 1/2010, atribuyendo la competencia para su control al Tribunal Constitucional, implica una disminución constitucionalmente inaceptable de las garantías establecidas a favor de las personas físicas y jurídicas afectadas por dichas normas, así como una importante limitación para que las comunidades autónomas vecinas puedan recurrirlas, por carecer de legitimación tanto para entablar recursos de inconstitucionalidad (art. 32.2 LOTC) como para impugnarlas ahora ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 9.4 LOPJ y 3 d) LJCA].

En nuestra opinión, esta es la cuestión —material y sustantiva— crucial del proceso. Y desde la que debería haberse enfocado la resolución del recurso. La desfiguración del modelo de jurisdicción constitucional y la reducción del ámbito de la jurisdicción ordinaria que hemos examinado —y que el Tribunal considera conforme con la Constitución siempre que la ley se interprete en los términos anteriormente expuestos— producen efectos indiscutibles sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho constitucionalmente configurado como garantía de todos los demás derechos y cuya afectación negativa hubiera requerido una mucho más consistente motivación, por el legislador primero y por el Tribunal después. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha enfocado el caso desde la lógica del derecho a la tutela judicial efectiva, sino desde la óptica de la defensa de la foralidad. El Tribunal no ha actuado como jurisdicción de la libertad, sino como jurisdicción de la foralidad. Aunque se trate de un recurso de inconstitucionalidad y no de amparo, el derecho a la tutela judicial efectiva debería haber ocupado un lugar más destacado en el esquema argumentativo general utilizado por Tribunal Constitucional. Ese lugar lo ocupó, como hemos visto, la protección de la foralidad.

La foralidad está garantizada por la Constitución. El Tribunal, como defensor de la Constitución, lo es también de la foralidad. Pero esta tiene unos límites. El Tribunal, en esta sentencia, ha expandido la foralidad hasta el punto de afectar negativamente al derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta es la principal objeción constitucional de cuantas se plantean a la ley que nos ocupa. Criado Gámez (2011: 248) ha advertido «la notable desproporción entre los fines que persigue la ley y los medios que utiliza». La reforma afecta al derecho a la tutela judicial efectiva. Incide, de forma evidente, en el art. 24 CE y esa afectación o incidencia resulta negativa. Las garantías disminuyen. Y esto es algo que lejos de negarlo, el legislador orgánico reconoce expresamente. Esta es la finalidad de la ley: proteger las NFF de posibles impugnaciones. En este contexto, el Tribunal no puede negar la evidencia. La atribución al mismo del control de constitucionalidad de las NFF supone una opción legislativa que «incide de forma directa, aunque no necesariamente ilegítima, en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues impide, en parte, el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a que se someten el resto de las normas forales». El Tribunal considera legítima y constitucional la disminución de garantías que la reforma implica, y la «incidencia directa» de dicha disminución sobre el art. 24 CE. La legitimidad de la incidencia se fundamenta —como hemos visto— en la finalidad de la ley que no es otra que «paliar el déficit de protección de la foralidad».

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales —fundamento de legitimidad de todo el ordenamiento y clave de bóveda de su unidad como nos recordaba Rubio Llorente— nos encontramos ante uno de los pronunciamientos más desafortunados de nuestro Tribunal. Para proteger la foralidad se desprotege a los ciudadanos. Este era el objetivo del legislador y el Tribunal lo avala. «La atribución de la competencia a este Tribunal Constitucional para efectuar aquel control cuenta, como hemos comprobado con anterioridad, con una justificación objetiva suficiente desde el punto de vista constitucional». Paliar el presunto déficit de protección de la foralidad derivado del hecho de que, a diferencia de las normas fiscales estatales y navarra —que gozan del rango de ley—, las de los territorios históricos eran impugnables ante la jurisdicción contenciosa.

Ahora bien, una cosa es aceptar que esa concreta justificación de la ley sea constitucional y otra muy distinta es negar —como hace el Tribunal a continuación— que existan otras justificaciones y efectos de la reforma, cuya constitucionalidad pueda discutirse. Para el Tribunal,

[...] el hecho de que se haya atribuido a este Tribunal el control de constitucionalidad de las normas forales fiscales no permite apreciar como intención del legislador la de impedir el acceso de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos a un control judicial de mayor intensidad, limitando una capacidad de reacción frente a las mismas. Y ello porque una parte de su control, como hemos podido comprobar con anterioridad, sigue correspondiendo a los órganos de la

jurisdicción contencioso-administrativa, lo que evita convertirlas en normas jurisdiccionalmente inmunes.

Efectivamente, la interpretación de la norma efectuada por el Tribunal y la propia lógica del Estado de derecho, así como los imperativos del derecho de la Unión Europea, evitan que pueda hablarse de inmunidad de las NFF respecto a la jurisdicción ordinaria. Pero ello no quiere decir que la intención del legislador no fuera, precisamente, la que el Tribunal, en un innecesario juicio de intenciones, rechaza que fuera. El Tribunal subraya que así se iguala a los destinatarios de las NFF con los de las normas fiscales estatales y navarras y que, en ningún caso, se produce indefensión. Tiene razón el Tribunal cuando dice que no hay indefensión, pero sí hay disminución de garantías. El Tribunal lo reconoce, pero, incomprensiblemente, lo acepta, como una consecuencia constitucionalmente legítima de la ley recurrida

El Tribunal recuerda —una vez más— cómo la finalidad de la norma es equiparar el régimen impugnatorio de las NFF a las leyes fiscales aprobadas por el Estado o por la Comunidad Foral de Navarra. Pero este es un argumento político o de oportunidad, no estrictamente jurídico, del que no cabe deducir, sin más, la constitucionalidad de la reforma. El régimen impugnatorio de las NFF era hasta ahora diferente del de las leyes fiscales del Estado y de Navarra porque se trataba de normas de distinto rango. Ese es el problema al que el Tribunal no se enfrenta con el rigor que cabe esperar de él. En todo caso, el Tribunal convierte esa «equiparación» del régimen impugnatorio en un argumento a favor de la compatibilidad de la reforma con el art. 24. Si el régimen impugnatorio de las leyes fiscales estatales y navarras no vulnera el derecho a la tutela judicial, una reforma como la operada por la ley impugnada cuya finalidad es extender dicho régimen a las NFF tampoco lo vulnera.

Ocurre, sin embargo, que, en el caso de las normas con rango de ley, su enjuiciamiento ha sido expresamente atribuido por la Constitución al Tribunal Constitucional. Y el de las normas reglamentarias a la jurisdicción ordinaria. En ese contexto, la ley impugnada altera ese modelo con una finalidad clara: disminuir las posibilidades impugnatorias y con ello el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (Díez-Picazo, 2010: 73).

Con la única excepción que ahora vamos a exponer —y que no supone violación del art. 24CE—, nunca hasta ahora se había excluido el control jurisdiccional de normas reglamentarias. Como ha subrayado Muñoz Machado (2011: 32 y ss.), el único ámbito orgánico y funcional en el que se ha consagrado legalmente la exclusión del control jurisdiccional es el de las resoluciones de la Comisión arbitral prevista en el art. 39 del Estatuto vasco. Sus decisiones —que resuelven los conflictos que se susciten entre las

instituciones autonómicas y las de cada uno de sus territorios históricos declarando quien es el titular de la competencia— no son recurribles, pero si una institución no acata la decisión y dicta un acto o norma sobre una materia en la que la Comisión no le ha reconocido competencia, ese acto o norma sí es impugnabile por la jurisdicción contencioso-administrativa. Fácilmente se comprende que esta exclusión no afecta al derecho a la tutela judicial puesto que los interesados en el conflicto son las instituciones y no directamente los ciudadanos. Estos mantienen el derecho de impugnar los actos o normas forales directamente. Por ello la doctrina ha defendido razonablemente la constitucionalidad de esta exclusión (Cobrerros, 2009).

La exclusión no es contraria al art. 24 CE. La doctrina del Tribunal Constitucional es que las personas jurídicas públicas son titulares del derecho al proceso, pero solo frente a los jueces y tribunales, no en relación con el legislador. Este puede restringir, por tanto, el acceso al proceso a las personas públicas, pero para lo que no está facultado es para extender esa exclusión a las personas físicas o jurídicas de carácter privado⁹. En la sentencia que comentamos, el Tribunal se desmarca de esa doctrina al aceptar que el legislador pueda restringir también —en determinados casos— el derecho al proceso de las personas privadas.

El Tribunal, para salvar tanto la constitucionalidad de la norma como su conformidad con su consolidada jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, formula un razonamiento claramente contradictorio. La premisa es cierta: «La atribución del control de una disposición sin rango legal al Tribunal Constitucional no puede servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria»¹⁰. A nuestro juicio, y por las razones expuestas que coinciden en buena medida con las planteadas por los recurrentes, esto es lo que hace la LO 1/2010.

Tras esta premisa cierta, el Tribunal no rechaza que, en este caso, se produzca una «disminución de las garantías». Pero considera que esa disminución no supone «un sacrificio desproporcionado»:

Lo cierto es que la decisión del legislador orgánico —continúa el razonamiento del Alto Tribunal— al modificar el diferente régimen de impugnación de las normas forales fiscales vascas y las dictadas en materia tributaria por la Comunidad Foral de Navarra, unas y otras dictadas en el ejercicio de una foralidad constitucionalmente garantizada y estatutariamente reconocida, no ha supuesto

⁹ SSTC 175/2001, de 26 de julio, y 26/2008, de 11 de febrero.

¹⁰ STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 5.

un sacrificio desproporcionado del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

Es cierto que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por una norma no requiere, necesariamente, de un pronunciamiento de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero quienes antes de la reforma podían acudir a dicha jurisdicción y ahora ya no pueden hacerlo, ven mermadas sus garantías. El Tribunal considera esa merma un «sacrificio proporcionado». Este razonamiento es el que subyace en toda la sentencia: en el conflicto entre derechos fundamentales y foralidad, el Tribunal «sacrifica» el derecho a la tutela judicial efectiva (obviamente, solo en parte, en la medida en que acepta una merma o disminución de su alcance) en el altar de la foralidad. Pero ese sacrificio no solo no es directamente deducible ni exigible del texto constitucional, sino que, dada la posición central y nuclear que ocupan los derechos en la Constitución¹¹, resulta, a nuestro juicio, inaceptable.

Tras rechazar que la reforma vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas titulares de derechos e intereses legítimos, el Tribunal debe examinar el mismo problema en relación con las comunidades autónomas. La reforma priva a las comunidades autónomas de la posibilidad de impugnar las NFF de forma directa, por carecer de legitimación para entablar recursos de inconstitucionalidad (art. 32.2 LOTC) y para impugnarlas, por razón de su inconstitucionalidad, ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 9.4 LOPJ y 3 d) LJCA]. El Tribunal considera que esta privación no es inconstitucional. En este caso, se trata de una conclusión que no se aparta de su doctrina sobre el art. 24 y las personas jurídicas públicas.

El Tribunal rechaza así, de forma categórica, que la ley impugnada vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva. Admite que se ha producido una restricción o limitación del derecho, pero la considera razonable y proporcionada. Todo sea por paliar el «déficit de protección de la foralidad» (FJ 3 e).

IV. EL CONFLICTO EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA FORAL

En el FJ 4 y último de la sentencia, el Tribunal examina la constitucionalidad del apdo. tercero de la nueva disposición adicional quinta LOTC, que

¹¹ Los derechos fundamentales de los ciudadanos, no los «derechos históricos» de los territorios forales. Sobre el difícil encaje de la categoría de «derechos históricos» en una Constitución racional-normativa, véase Tajadura Tejada (2008).

introduce un nuevo proceso constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía foral (el tercero, junto a los ya examinados recursos y cuestiones prejudiciales de validez sobre la constitucionalidad de las NFF).

Las normas del Estado con rango de ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada.

Están legitimadas para plantear estos conflictos las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, mediante acuerdo adoptado al efecto.

Los referidos conflictos se tramitarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.

Los recurrentes consideran que este proceso, en la medida en que no concluye con una sentencia exclusivamente destinada a determinar la titularidad de la competencia controvertida, sino a anular, en su caso, una disposición estatal con rango de ley, es un recurso de inconstitucionalidad encubierto a favor de sujetos a los que la Constitución no les atribuye la legitimación activa para impugnar directamente una ley o norma con fuerza de ley.

El Tribunal, en coherencia con la posición fijada en los fundamentos jurídicos anteriores, rechaza esta pretensión. Considera que nos encontramos ante un nuevo proceso constitucional cuyo objeto son los «conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada», establecido por el legislador orgánico al amparo de la cláusula del art. 161.1 d) CE¹². Si a ello sumamos que el nuevo proceso tiene por finalidad la ya examinada de paliar el déficit de protección de la foralidad, «ningún reproche se le puede hacer al legislador orgánico por el hecho de que, de conformidad con la previsión del art. 161.1 d) CE, haya procedido a dotar a los derechos históricos que la Constitución “ampara y respeta” [...] de los instrumentos procesales idóneos para su defensa y protección. Debe rechazarse, en consecuencia, la violación del art. 161.1 a) CE».

El Tribunal recurre así nuevamente a la DAP y en este caso lo hace para justificar una configuración asimétrica de las garantías constitucionales de la autonomía local que comprende no solo su contenido institucional, sino también los mecanismos jurisdiccionales de defensa del legislador. Se incurre de

¹² STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 1, con relación al conflicto en defensa de la autonomía local creado por la LO 7/1999, de 21 de abril.

nuevo en una interpretación «inconstitucional» de la DAP porque, como acertadamente advierte Muñoz Machado (2011: 57), mientras el diferente contenido de la autonomía local puede tener justificación en los derechos históricos, «la diferenciación de las garantías jurisdiccionales no tiene ningún sentido posible porque es un derecho vinculado al art. 24. 1 CE».

El Tribunal niega que nos encontremos ante un recurso de inconstitucionalidad encubierto mediante el que se amplíe de forma ilegítima el elenco de sujetos legitimados para impugnar las normas con rango de ley (*ibid.*: 58). El rechazo se justifica con los mismos y poco convincentes razonamientos que sirvieron al Tribunal para declarar (en su STC 240/2006) la constitucionalidad del conflicto en defensa de la autonomía local creado por la LO 7/1999 (Roura Gómez, 1999).

En definitiva, el Tribunal, en su fallo, declara que los arts. 1 y 2, así como la disposición adicional única, de la LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, no son inconstitucionales interpretados en los términos del FJ 3 d) y desestima el recurso en todo lo demás.

V. CONCLUSIONES

El análisis de esta sentencia nos permite formular las siguientes consideraciones:

- a) La cláusula de apertura o de desconstitucionalización de las funciones del Tribunal Constitucional resulta problemática. Pedro de Vega advirtió en su momento, y justo es recordarlo aquí, sobre los peligros de esa cláusula. Sus temores se han visto confirmados por la realidad. Aunque se diga que la facultad del legislador orgánico de crear nuevos procesos constitucionales está limitada por el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente y por la imposibilidad de desfigurar los procesos por él establecidos, estos límites no siempre se respetan. En su autorizado comentario a esta cláusula, Aragón Reyes (1999: 195) advierte como «el límite general es, claro está, el del respeto a la misma Constitución, de ahí que las leyes orgánicas no pueden encomendar competencias al Tribunal que supongan la vulneración de los ámbitos competenciales constitucionalmente atribuidos a otros órganos». En la práctica, —y el caso que hemos analizado es paradigmático— la cláusula puede ser utilizada no solo para establecer nuevos procesos cuya compatibilidad con los existentes y

con el marco constitucional establecido resulta muy discutible, sino también para vulnerar el ámbito competencial constitucionalmente garantizado de la jurisdicción ordinaria.

- b) La LO 1/2010 introdujo una modificación fundamental en nuestro modelo de justicia constitucional. En determinados casos —que la sentencia analizada identifica con gran precisión— el control de constitucionalidad de unas normas de rango reglamentario se atribuye al Tribunal Constitucional. Pero no se trata de un control adicional, es decir, superpuesto al que la Constitución atribuye a la jurisdicción contenciosa. La ley recurrida, en los casos señalados, excluye por completo el control de la jurisdicción contenciosa. El Tribunal considera compatible esa exclusión con lo previsto en los arts. 106 y 153 c) CE. Sin embargo, es claro que esos preceptos carecen de excepciones. La argumentación del Tribunal en la sentencia que hemos comentado no logra demostrar con argumentos convincentes la legitimidad de esa exclusión. Se limita a deducirla de la DAP y de la foralidad por ella garantizada. Aquí radica el principal interés de la sentencia: el Tribunal lleva a cabo una interpretación expansiva de la foralidad al proyectarla sobre el sistema procesal. Esta expansión supone una auténtica «mutación» de la DAP. Para el Tribunal, los «derechos históricos» facultan al legislador orgánico para modificar el reparto competencial constitucionalmente establecido entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, y excluir en algunos casos las NFF —a pesar de su indiscutible naturaleza reglamentaria— del control de la primera.
- c) La sentencia lleva así a cabo una interpretación expansiva de la foralidad que da lugar a un auténtico «privilegio foral». El Tribunal —apartándose también en este punto de su doctrina consolidada— admite que la actualización foral prevista en la DAP se lleve a cabo por leyes orgánicas procesales. Y desde esa óptica, considera constitucionalmente legítimo que la ley recurrida contemple el nuevo régimen impugnatorio de las NFF —y su exclusión parcial del control de la jurisdicción contenciosa— como un «derecho histórico». Ahora bien, este supuesto derecho encubre realmente un privilegio incompatible con la doctrina consolidada del Tribunal sobre la vinculación del legislador al derecho a la tutela judicial efectiva (de las personas físicas y jurídicas privadas). Por las razones que hemos expuesto, entendemos que ni la LOTC es un instrumento normativo constitucionalmente adecuado para llevar a cabo actualización foral alguna, ni la exclusión del control de la jurisdicción contenciosa puede ser considerada un derecho histórico. En última instancia, el Tribunal ha consagrado

un privilegio contrario al principio de igualdad. Como acertadamente ha denunciado Muñoz Machado (2011: 52-53), la ley cuya constitucionalidad ha confirmado el Tribunal en la sentencia que nos ocupa, «supone el establecimiento de un privilegio a favor de normas de carácter reglamentario, dictadas por Administraciones Públicas, del que no gozan las demás Administraciones» y es por ello «contraria al principio de igualdad [...] en cuanto el derecho fundamental del artículo 24 estará diferentemente garantizado según cuál sea el territorio en el que pretenda utilizarse». Este no es un derecho que permita regulaciones especializadas o fragmentadas según el territorio que se considere como podría ocurrir con el uso de la lengua o el derecho a la asistencia sanitaria.

- d) En la sentencia comentada, la lógica de la foralidad ha prevalecido sobre la lógica de los derechos fundamentales, que es la que, por su naturaleza y funciones, debería presidir e informar siempre todos los razonamientos del Tribunal. Hasta tal punto es así que el Tribunal, tras reconocer que la ley recurrida implica una merma de las garantías consagradas por el art. 24 CE, considera que dicho sacrificio no es desproporcionado dado, que con él se persigue paliar un supuesto déficit de protección de la foralidad. El Tribunal se ha apartado así también de su propia jurisprudencia relativa al derecho al proceso y a su vinculación al legislador. Esto es sumamente grave puesto que, a nuestro juicio, la exclusión de un tipo concreto de norma reglamentaria del control jurisdiccional al que todas las demás están sometidas podría vulnerar también el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
- e) Toda la sentencia pivota sobre un concepto muy discutible y que encierra, además, una formidable contradicción: el supuesto déficit de protección de la foralidad. Que las NFF fueran en todo caso recurribles ante la jurisdicción contenciosa no es expresión de déficit alguno, sino la consecuencia obligada de que son normas reglamentarias. La única forma de excluir ese control es modificar su rango y atribuirles el propio de ley. En la medida en que el legislador no está legitimado para ello y que solo el poder de reforma podría crear nuevas normas con rango de ley o atribuir a algunas de las existentes dicho rango, se ha evitado seguir esta vía. Ahora bien, para lograr el mismo fin (la exclusión del control de la jurisdicción contenciosa) se ha utilizado la vía fraudulenta de, sin alterar su rango, equiparar su régimen impugnatorio con el de las leyes. El Tribunal debió haber advertido que tan inconstitucional es que el legislador eleve el rango de las NFF como

que equipare su régimen impugnatorio con el de las normas con rango de ley.

Las singularidades de las NFF —son normas reglamentarias, pero emanan de una asamblea electa y regulan los tributos— no justifican la equiparación de su régimen impugnatorio con el de las leyes. De hecho, esa singularidad la comparten con los reglamentos municipales reguladores de los tributos locales cuyo régimen impugnatorio nadie ha pretendido alterar. A mayor abundamiento, si las NFF no tiene rango de ley es precisamente como consecuencia de la foralidad que ampara una singular estructura político-administrativa, que el Tribunal expone con meridiana claridad en el FJ 2 de la sentencia. El supuesto déficit de protección es inherente al propio sistema foral. Resulta contradictorio apelar a la foralidad para mantener unas determinadas estructuras político-administrativas (juntas generales y diputaciones forales) y denunciar al mismo tiempo un supuesto déficit de protección de las normas emanadas de las mismas.

La decisión de dotarse de un solo Parlamento y de constituir tres territorios históricos es una opción legítima adoptada por el País Vasco, «por lo que lo menos que ahora puede exigirse es una auto-coherencia con la misma y no el subterfugio de modificar normas estatales de carácter orgánico para conseguir en la práctica que la C.A. vasca tenga en realidad cuatro parlamentos» (Fanlo Loras, 2011: 191). Con esta sentencia, el Tribunal ha amparado este subterfugio que no es otra cosa que un fraude constitucional.

La única forma constitucionalmente legítima de lograr la equiparación del régimen impugnatorio de las normas fiscales vascas respecto a las navarras y estatales es atribuir las competencias en materia tributaria al Parlamento Vasco, y despojar de ellas a los territorios históricos. Naturalmente, esta medida, desde la óptica de los «derechos históricos», será considerada herética por el nacionalismo vasco. Pero no menos herética resulta —desde la perspectiva de nuestro Estado de derecho— excluir del control de la jurisdicción contenciosa —aunque sea parcialmente— una norma reglamentaria.

- f) El Tribunal ha perdido una magnífica ocasión para evitar la asunción de una carga añadida a su ya muy abultado volumen de trabajo. Desde esta óptica, uno de los más lúcidos críticos de la ley impugnada, se preguntó si «puede sostenerse si es razonable ampliar las competencias del Tribunal Constitucional en un momento histórico en el que el propio órgano constitucional ha declarado de todas las maneras posibles, que han de introducirse reformas en su Ley

Orgánica para aliviar la carga de trabajo que le abrumba» (Muñoz Machado, 2011: 56). El Tribunal debió declarar la inconstitucionalidad de unos «nuevos» procesos que no solo carecen de cobertura constitucional, sino que son también contrarios a principios y valores constitucionales básicos.

- g) A pesar de la indudable trascendencia constitucional de todo lo expuesto en este comentario, hay que reconocer y subrayar que los efectos prácticos de la sentencia serán muy reducidos. La razón es fácilmente comprensible. Las NFF podrán seguir siendo impugnadas ante la jurisdicción ordinaria por violación del derecho de la Unión Europea, que es el motivo por el que se han recurrido y se siguen recurriendo la gran mayoría de ellas. Ahora bien, a pesar de que los efectos prácticos de la ley tal y como ha sido interpretada por el Tribunal en esta sentencia puedan resultar bastante limitados, creo que es preciso advertir las consecuencias teóricas de esta injustificada expansión de la foralidad —que en última instancia implican una mutación de la DAP— así como su incompatibilidad con la doctrina del propio Tribunal tanto sobre la DAP como sobre el derecho a la tutela judicial.

Bibliografía

- Álvarez Conde, E. (2010). Estudio preliminar de la LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. En E. Álvarez Conde (dir.). *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas* (pp. 17-64). Madrid: IDP.
- Aragón Reyes, M. (1999). Comentario al art. 161 de la Constitución. En O. Alzaga (ed.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo XII (pp. 189-254). Madrid: Edersa; Cortes Generales.
- Castells Arteche, J. M. (2007). *El hecho diferencial de Vasconia. Evidencias e incertidumbres*. Donostia (San Sebastián): Fundación para el estudio del Derecho Histórico y Autómico de Vasconia.
- Cobrerros, E. (2009). *Estudios sobre la Comisión Arbitral*. Oñati: IVAP.
- Corcuera, J. y García-Herrera, M. A. (2002). *La constitucionalización de los derechos históricos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Criado Gámez, J. M. (2011). El blindaje de las normas forales fiscales y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En J. M. Criado Gámez (dir.). *El blindaje de las Normas Forales fiscales* (pp. 227-254). Madrid: Iustel.
- Díez-Picazo, L. (2010). Notas sobre el blindaje de las Normas Forales Fiscales. En E. Álvarez Conde (dir.). *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas* (pp. 65-80). Madrid: IDP.

- Fanlo Loras, A. (2011). El blindaje de las normas forales fiscales vascas en la doctrina del Consejo Consultivo de la Rioja. En J. M. Criado Gámez (dir.). *El blindaje de las Normas Forales fiscales* (pp. 159-196). Madrid: Iustel.
- González Hernández, E. (2011). La «excepción vasca» y la LO 1/2010, de 19 de febrero, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El «riesgo» de desnaturalización de la jurisdicción constitucional. En J. M. Criado Gámez (dir.). *El blindaje de las Normas Forales fiscales* (pp.109-129). Madrid: Iustel.
- Leguina Villa, J (1981). Territorios Históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 63-92.
- Merino Merchán, J. F. (2010). Cuestiones que plantea la LO 1/2010. En E. Álvarez Conde (dir.). *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas* (pp. 81-92). Madrid: IDP.
- Muñoz Machado, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel.
- (2011). Crítica de la exclusión de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos vascos del control jurisdiccional contencioso-administrativo. En J. M. Criado Gámez (dir.). *El blindaje de las Normas Forales fiscales* (pp. 19-58). Madrid: Iustel.
- Roura Gómez, S. (1999). El conflicto en defensa de la autonomía local. *Revista Vasca de Administración Pública*, 55, 227-251.
- Sáez Hidalgo, I. (2011). La Ley Orgánica 1/2010: una respuesta injustificada desproporcionada e inconstitucional a una reivindicación nacionalista. En J. M. Criado Gámez (dir.). *El blindaje de las Normas Forales fiscales* (pp. 197-226). Madrid: Iustel.
- Tajadura Tejada, J. (2008). Constitución y Derechos históricos: Legitimidad democrática frente a legitimidad histórica. *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, 137-192. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.22.2008.6813>.