

INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO

**ANUARIO  
DEL GOBIERNO LOCAL  
1997**

DIRECCIÓN

TOMÀS FONT I LLOVET

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

**separata**

DIPUTACIÓ DE BARCELONA

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID, 1997

# SUBSIDIARIEDAD Y AUTONOMÍA LOCAL EN LA CONSTITUCIÓN

Javier BARNÉS

Profesor Titular de Derecho administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LA INTERACCIÓN DE DOS MAGNITUDES.—1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—2. DOBLE PERSPECTIVA: LO CONSTITUCIONALMENTE EXIGIBLE Y LA LIBRE ESFERA DEL LEGISLADOR COMPETENCIAL.—3. SUJETOS DE RELACIÓN DE SUBSIDIARIEDAD: ENTIDADES LOCALES E INSTANCIAS SUPERIORES.—4. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS ACERCA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO. LA INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA DE LA COMUNIDAD CONFORME AL ART. 3.B TCE Y LA AUTONOMÍA LOCAL.—1. SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL. LA TRIADA DE LÍMITES AL EJERCICIO DE COMPETENCIAS COMUNITARIAS (ART. 3.B TCE: PRINCIPIOS DE ATRIBUCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD).—2. SU POSICIÓN COMPARTIDA EN EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO.—3. LA SUBSIDIARIEDAD COMO FACTOR DE EQUILIBRIO: INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LA LIBERTAD E IDENTIDAD NACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA. EFECTO DESCENTRALIZADOR E INTEGRADOR.—4. LA SUBSIDIARIEDAD COMO CRITERIO FORMAL Y RELATIVO: LAS COORDENADAS DE ESPACIO Y TIEMPO Y LA DIVERSA REGULACIÓN DE CADA POLÍTICA SECTORIAL.—5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMUNITARIA. UNA RESPONSABILIDAD PARA LOS ESTADOS MIEMBROS.—6. DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL DE PROPORCIONALIDAD.—7. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ART. 3.B TCE Y LA PROTECCIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—8. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE GARANTIZAR LA AUTONOMÍA DE LOS ENTES LOCALES Y LAS REGIONES EUROPEAS A TRAVÉS DEL TRATADO O DE MENCIONAR A ESTAS ENTIDADES EN LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—9. CONCLUSIÓN.—III. LA AUTONOMÍA LOCAL Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA.—1. LA AUTONOMÍA LOCAL EN ALEMANIA.—2. LA TRANSFERENCIA DE NUEVAS COMPETENCIAS A LA UNIÓN EUROPEA Y LA TUTELA DE LA AUTONOMÍA LOCAL EN ALEMANIA.—3. LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL ART. 93 CE.—IV. EL LEGISLADOR COMPETENCIAL Y LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LAS ENTIDADES LOCALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA SUBSIDIARIEDAD.—1. INTRODUCCIÓN: UNA NOTA SOBRE LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—2. LA SUBSIDIARIEDAD COMO CRITERIO O REGLA DE RAZÓN EN MANOS DEL LEGISLADOR COMPETENCIAL (ESTATAL Y AUTÓNOMICO).—V. UNA REFLEXIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN: LA INTERACCIÓN DE DOS MAGNITUDES

### 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

¿Puede contribuir la doctrina de la subsidiariedad a fortalecer la autonomía local? Tal es el interrogante fundamental que pretende despejarse.

El objeto de esta reflexión, en otras palabras, consiste en determinar cuál sea el papel de la subsidiariedad —entendida como primacía o prerrogativa competencial de la unidad inferior frente a las instancias superiores— en el ámbito de la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 CE). La Constitución española de 1978, obvio es decirlo, no ha consagrado explícitamente el principio de subsidiariedad, ni, por tanto, ha podido predicarlo de ninguna de las relaciones competenciales de las plantas en que se articula territorialmente el Estado. Tampoco late implícitamente como criterio de reparto vertical del poder, si bien es evidente que la existencia de diversos niveles (europeo, estatal, autonómico y local) responde, en un sentido muy amplio, a la idea de subsidiariedad. Es más, la autonomía local plasma o expresa de forma paradigmática la doctrina de la subsidiariedad (es la Administración más próxima a los ciudadanos; resulta la primera beneficiaria de la regla de la primacía o preferencia competencial). Pero en sentido estricto, que es el que aquí nos ocupa, la distribución de competencias entre el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales no está presidida ni fundada sobre la técnica de la subsidiariedad, por más que sean reconocibles ciertos elementos o huellas del indicado principio<sup>1</sup>. Tal es, pues, el punto de partida del análisis.

Para dar respuesta a esta cuestión, preciso es, primero, acotar la dimensión o sentido de la subsidiariedad que aquí interesa (núm. I); apuntar, en segundo lugar, los rasgos de una de sus expresiones normativas más características, la subsidiariedad comunitaria, y, en particular, el influjo que su reconocimiento comporta para los Entes locales (núm. II); seguidamente, importa registrar el grado de resistencia que la autonomía local opone frente al proceso de integración europea (núm. III); y, por último, convendría indagar si es posible construir el Régimen local español sobre la idea de la subsidiariedad (núm. IV).

## 2. DOBLE PERSPECTIVA: LO CONSTITUCIONALMENTE EXIGIBLE Y LA LIBRE ESFERA DEL LEGISLADOR COMPETENCIAL

Bajo el prisma constitucional, dos son las cuestiones capitales que han de desentrañarse: si la Constitución española contiene elementos indisponibles en favor de las Entidades locales que sean reflejo de la lógica de la subsidiariedad; así como si permite y, en su caso, con qué límites, que el legislador estatal y autonómico opten por un régimen local que responda o se base en tal principio. Dicho de otro modo: la subsidiariedad, siquiera sea en alguno de sus elementos, como norma o principio jurídico vinculante, de un lado, y como regla de razón o criterio

<sup>1</sup> Para un examen más detenido, me remito a mi trabajo «El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas», en el volumen colectivo por mí coordinado *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993, especialmente pp. 570-589.

político en manos del legislador competencial, de otro. Lo constitucionalmente exigible y lo constitucionalmente admisible.

La primera perspectiva —el mínimo constitucionalmente indisponible— se mueve en el plano del mandato inexcusable o de la prohibición terminante; el problema radica en la identificación de ese umbral. El segundo enfoque, en cambio, se sitúa en la esfera de la libre opción política del legislador, dentro del amplio marco que la Constitución consiente; y aunque su determinación (esto es, si la ley se orienta o no hacia un régimen local inspirado en la subsidiariedad), no presenta de ordinario graves dificultades, sin embargo, todo queda diferido a la voluntad del legislador. En cualquier caso, se trata de dimensiones complementarias, no excluyentes.

En el plano de lo constitucionalmente indisponible habrá que responder, entre otras, a las siguientes cuestiones estrechamente emparentadas: si el legislador estatal y autonómico está obligado a atribuir determinadas competencias a las Entidades locales, que de algún modo sean expresión o consecuencia de la idea de subsidiariedad y, aún antes, si tiene vedada la sustracción de competencias locales en ciertos supuestos; si la autonomía local (art. 137, 140 CE) asegura un contenido o acervo competencial mínimo; o si representa una suerte de límite frente a la integración europea (art. 93 CE); etc. En el marco de la segunda dimensión, de carácter positivo y político, habrá que delimitar el perímetro jurídico de esa libre atribución de competencias a las Entidades locales.

### 3. SUJETOS DE RELACIÓN DE SUBSIDIARIEDAD: ENTIDADES LOCALES E INSTANCIAS SUPERIORES

No son las relaciones competenciales entre las Comunidades Autónomas y el Estado, o entre éstas y la Comunidad Europea, las que ahora interesan, sino las posibilidades de la doctrina de la subsidiariedad en beneficio de las Entidades locales por relación con el nivel autonómico, estatal y comunitario. El término de la comparación, por decirlo de modo gráfico, está representado, ante todo, por las Entidades locales, de un lado, y el Estado y las Comunidades Autónomas, de otro.

En cuanto a la incidencia del Derecho comunitario, ha de notarse que ni la Unión Europea es la llamada a regular o proteger el ámbito competencial de las Entidades locales, ni el principio de subsidiariedad que el Tratado de la Comunidad Europea reconoce (art. 3.B TCE) tiene por objeto disciplinar las relaciones entre la Comunidad y las entidades subestatales. Y aun cuando la intervención comunitaria afecte en mayor o menor medida a la esfera local, es claro que a la Unión no le incumbe configurar el régimen local de los Estados miembros, ni tampoco dispensar protección específica alguna *frente* a sus respectivos Estados. Cuestión distinta es que la presencia y participación de las Entidades locales *ante* y *en* las instituciones comunitarias pueda permitirles tender un puen-

te directo con la Unión Europea. Pero, en términos jurídicos, la subsidiariedad comunitaria no está ideada para dar mayor solidez a las Entidades locales, como habrá ocasión de explicitar<sup>2</sup>. La óptica que importa en esta sede es justamente la inversa, a saber: cuál es la fuerza que la autonomía local constitucionalmente garantizada opone frente al proceso de integración y al cotidiano hacer de las instituciones comunitarias<sup>3</sup>.

#### 4. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS ACERCA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

a) En primer lugar, conviene hacer una observación preliminar acerca de la recíproca interacción entre estas dos magnitudes, *autonomía local* y *subsidiariedad*. La consagración constitucional de la autonomía local en favor de determinados entes supone, en primer término, la garantía de la existencia de una concreta planta administrativa —en España, la de los municipios y provincias— y un núcleo competencial resistente. Por el contrario, el principio de subsidiariedad en sentido estricto no postula por sí mismo la creación o el mantenimiento de un determinado nivel o planta, sino que lo presupone como un *prius* lógico. Es decir, entra en juego en un momento ulterior, a fin de propugnar la primacía de la unidad más pequeña *entre las existentes* que, en nuestro ordenamiento, como en tantos otros, son las Entidades locales. Así las cosas, la idea de la subsidiariedad presta un indudable apoyo a la autonomía local por cuanto será de los municipios, primero, y de las provincias, después, de quienes predique la indicada primacía o preferencia. El fortalecimiento que la subsidiariedad imprime a la autonomía local no se localiza, por tanto, en el plano de la existencia misma del Ente, sobre el que nada dice, sino en el terreno de su esfera competencial.

Por otra parte, mientras la subsidiariedad representa una garantía *relativa* para los Entes locales, la autonomía local tiene carácter *absoluto*. Al fin y al cabo, la subsidiariedad mira a la legitimidad de la intervención pública, no al contenido mismo de la autonomía, en tanto que ésta garantiza un núcleo irreductible que no puede desconocerse, cualesquiera que fueren las razones o motivos en pro de su desapoderamiento (racionalidad económica; eficacia; mejor prestación a nivel superior; etc.)<sup>4</sup>. Piénsese, en efecto, que las Entidades locales podrían encontrar serias dificultades para atender o desempeñar por sí mismas una determinada función en

<sup>2</sup> Vid. *infra* núm. II, 7, 8 y 9.

<sup>3</sup> Vid. *infra* núm. IV.

<sup>4</sup> Fenómeno similar cabe apreciar en relación con los derechos constitucionales, en donde es dable distinguir entre el límite interno, que mira al contenido indisponible (contenido esencial), y lo que podríamos denominar límites externos al derecho, que se refieren a la legitimidad del poder público, a la licitud de la intervención pública, en razón de consideraciones ajenas al contenido del derecho (v. gr.: respeto de la reserva de ley y del principio de legalidad; proporcionalidad; licitud del fin perseguido; etc.). Sobre este tema, puede verse mi trabajo «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en la obra colectiva por mí coordinada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 37-38.

términos de eficacia, por ejemplo, y, en tal hipótesis, la lógica de la subsidiariedad autorizaría la transferencia de competencias hacia arriba. Ahí terminaría la tutela de la Entidad local (con la exigencia de ciertos requisitos para que intervenga el nivel superior). Sin embargo, la garantía institucional brinda una protección o prohibición absoluta, no relativa, aunque mínima: la intangibilidad de un núcleo duro, del que no pueden verse desposeídos los entes locales, aun cuando desde la más estricta racionalidad económica resultara aconsejable su transferencia<sup>5</sup>.

b) Es capital, como ya se ha insistido, la distinción entre la subsidiariedad como *doctrina* o *idea* en la historia del pensamiento o como postulado o *criterio político* en manos del constituyente o del legislador competencial, de un lado, y como *principio jurídico positivizado*, de otro. Sólo así es posible desvelar de qué «subsidiariedad» estamos hablando en cada caso. De una parte, en cuanto norma jurídica y en el plano competencial, es obvio que el principio de subsidiariedad admite plasmaciones diversas, que no pueden desconocerse (art. 3.B TCE, art. 23 GG; art. 6 de la Constitución portuguesa<sup>6</sup>; o, en nuestro caso, la Carta de la Autonomía Local; art. 2 de la LBRL; etc.)<sup>7</sup>. De otra, el constituyente o el legislador ordinario podrán servirse de tal regla, como una especie de medida de prudencia, para definir —o redefinir— las competencias que a cada nivel —en este caso, las Entidades locales— deban corresponder<sup>8</sup>. Nos interesará esta vertiente cuando notemos que el legislador puede inspirarse en la lógica de la subsidiariedad a la hora de llenar de contenido el Régimen local.

Distinta es, por último, la perspectiva que ofrece la subsidiariedad como criterio de deslinde entre la acción del Estado, de un lado, y el individuo y la sociedad, de otro<sup>9</sup>. En ese sentido, el derecho del individuo a la autodeterminación sin interferencias del poder político representa el primer aspecto de la subsidiariedad. El Estado no puede introducirse en esa esfera de libertad, a no ser que concurren los criterios que aquella encierra. La subsidiariedad actúa, pues, como garantía de los derechos fundamentales. Con todo, esta dimensión queda también fuera de nuestra consideración.

<sup>5</sup> Vid. *infra* núm. III.1.b).

<sup>6</sup> Vid. F. DE QUADROS, *O principio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 61-63.

<sup>7</sup> De ello nos ocupamos más abajo (núms. II y III).

<sup>8</sup> Cfr. V. CONSTANTINESCO, *Subsidiarität: Zentrale Verfassungsprinzip* (nota 2); del mismo autor, «Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?», *EuZW*, 18 (1991) p. 563. Asimismo, mi trabajo «El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas», *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (1994), pp. 823-862, especialmente pp. 829-833. Desde otra perspectiva, M. CHITI, «Principio di Sussidiarietà, Pubblica Amministrazione e Diritto Amministrativo», *Diritto Pubblico*, Cedam, 1995, 3, pp. 505-542.

<sup>9</sup> Esta perspectiva ha sido cultivada especialmente en el seno de la doctrina social de la Iglesia. Para una introducción, entre otros, *vid.* mi trabajo «El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas», cit. (nota 1), pp. 518-522; M. SPIEKER, «Das Subsidiaritätsprinzip. Antropologische Voraussetzungen und politische Konsequenzen», *Zeitschrift «Die neue Ordnung»*, II, 1994.

c) En función de la mayor o menor amplitud con que sean concebidos (y del significado que en cada ordenamiento tenga cada una de las categorías fundamentales), se pueden trazar numerosas relaciones entre la idea de subsidiariedad y otros principios estructurales como la cláusula del Estado social y democrático de Derecho; el federalismo; el principio de descentralización; el principio de eficacia; o, también, con los derechos constitucionales en cuanto derechos de defensa o libertad; la autonomía local; etc. En éstos y otros principios, bienes o derechos pueden encontrarse ciertos elementos, trasunto de la lógica de la subsidiariedad, sea ésta entendida en la vertiente de las relaciones entre el Estado y la sociedad, o en la de la distribución territorial del poder, aunque no se trate de conceptos intercambiables ni idénticos<sup>10</sup>. En todo caso, se trata de cuestiones que exceden en mucho del objeto de nuestro estudio.

## II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO. LA INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA DE LA COMUNIDAD CONFORME AL ART. 3.B TCE Y LA AUTONOMÍA LOCAL

Con carácter introductorio y a nuestro limitado propósito, interesa retener las siguientes notas del principio de subsidiariedad consagrado por el Tratado de Maastricht:

### 1. SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL. LA TRIADA DE LÍMITES AL EJERCICIO DE COMPETENCIAS COMUNITARIAS (ART. 3.B TCE: PRINCIPIOS DE ATRIBUCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD)

El principio de subsidiariedad se ha plasmado en el Tratado de Maastricht con carácter principal (arts. A, B y F TUE, 3.B párr. 2.º TCE) y en relación con algunas políticas sectoriales (arts. 126.1, 127, 128, etc., del TCE; art. K.3.2.b TUE).

El art. 3.B, párrafo 2.º TCE, relativo a la Comunidad Europea, constituye el precepto central y consagra el principio general de subsidiariedad en los siguientes términos:

<sup>10</sup> Para una introducción a esta rica temática, *vid.* algunos ejemplos en H. HEBERLEIN, «Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung», *NWZ*, 1995, pp. 1052-1056; o, más ampliamente, S. U. PIEPER, *Subsidiarität*, C. Heymanns Verlag, 1994, pp. 49-60; 75-139; 151-172; P. HÄBERLE, «Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 119 (1994), pp. 170-206, sin perjuicio, claro está, del clásico estudio de J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968. Una visión desde Estados Unidos, en D. J. EDWARDS, «Fearing Federalism's: Subsidiarity in the European Union», *The American Journal of Comparative Law*, 1996, pp. 537-583.

Con carácter interdisciplinar, es de destacar la obra colectiva, editada por A. RIKLIN y G. BATLINER, *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Vaduz, 1994, con aportaciones desde la filosofía, teología, ciencia política, economía, ecología, sociología, historia, y el Derecho.

«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.»

Según el art. B TUE, tendrá que observarse el principio en la consecución de los objetivos del Tratado de la Unión y, por consiguiente, en el empleo de los medios e instrumentos a su servicio (art. F.3 TUE)<sup>11</sup>. El principio de subsidiariedad luce, pues, no sólo en el ámbito de la Comunidad Europea (art. 3.B TCE), sino también en el de la Unión Europea y las políticas y formas de cooperación que en su ámbito consagra el Tratado (A y F.1 TUE)<sup>12</sup>. Con todo, es el art. 3.B TCE el principio verdaderamente operativo, tanto por su contenido, cuanto por su eventual sometimiento al control del Tribunal de Justicia<sup>13</sup>.

Respecto de su alcance y contenido en el ámbito competencial de la Comunidad Europea (art. 3.B TCE) conviene retener siquiera sea brevemente:

a) El art. 3.B TCE se localiza en el Título II («Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea»), al igual que otras expresiones específicas del principio, proyectadas sobre ciertas políticas sectoriales (educación y formación profesionales; cultura; salud pública, p. ej.)<sup>14</sup>, en las que en ocasiones se restringe la acción comunitaria a determinadas actuaciones (cooperación, fomento), de forma que, aun cuando se dieran los presupuestos legitimantes del art. 3.B TCE (insuficiencia de los Estados, mayor eficacia a nivel comunitario), la Comunidad no podría intervenir (v. gr., en el plano de la armonización). En ciertos ámbitos sectoriales se produce, pues, una derogación del régimen

<sup>11</sup> El art. 3.B TCE se integra o completa, en una lectura sistemática, con otras disposiciones de carácter general como la que luce en el art. A, párrafo 2.º, del Título I («Disposiciones comunes»):

«El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos.»

Y el art. B del Título I *in fine*, destaca que:

«Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el art. 3.B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.»

Por último, el art. F, también del Título I, desde otro perfil, añade que:

«La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, ...».

<sup>12</sup> Cfr. BEUTLER, BIEBER, PIPKOM y STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 73 y 85.

<sup>13</sup> Téngase en cuenta que el TJCE carece de competencias, entre otros, respecto de los arts. A, B y F TUE citados (art. L TUE).

<sup>14</sup> En mayor o menor medida, según los casos: educación (art. 126.1 TCE); formación profesional (art. 127 TCE); cultura (art. 128 TCE); salud pública (129 TCE); consumo (art. 129. A TCE); redes transeuropeas (art. 129.B TCE); industria (art. 130 TCE); cohesión (art. 130 A TCE); investigación (art. 130.G TCE); medio ambiente (art. 130.R TCE); cooperación al desarrollo (art. 130.U TCE).

general establecido por el indicado precepto. Por su ubicación sistemática, tampoco juega el principio de subsidiariedad en el ámbito del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, ni en el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, sectores en los que la distribución de competencias, sin duda más detallada y concreta, parece hacer innecesaria su aplicación. En materia política —en la integración fuera del campo de la Comunidad Europea (Título V: cooperación política; política exterior y de seguridad común; y Título VI: cooperación en justicia y en asuntos interiores)— tiene un eco menor<sup>15</sup>. La vigencia general del principio en el seno de la Comunidad Europea es indiscutible; su aplicación y efectos dependerán, en primer término, de cada política sectorial y su concreta regulación, en punto a la atribución de competencias que la Comunidad haya sido investida en cada caso.

b) La subsidiariedad no constituye un título atributivo de nuevas competencias o un criterio de asignación, sino de regulación o graduación de las ya atribuidas. Sirve exclusivamente para determinar el ejercicio de las competencias no exclusivas entre la Comunidad y los Estados miembros, cualquiera que sea su naturaleza (normativa, de ejecución, financiera). En tal sentido, la primera dificultad estriba en determinar cuáles son las competencias exclusivas (como, p. ej., la política comercial común) y concurrentes —sin duda, mayoritarias— de la Comunidad (términos hasta ahora ajenos al Derecho comunitario y su sistema competencial), puesto que el Tratado no las determina<sup>16</sup>. Su distinción adquiere, pues,

<sup>15</sup> El art.K.3.2.b) (Título VI) contiene también una evidente y específica consagración de la subsidiariedad.

<sup>16</sup> La subsidiariedad no se aplica, pues, en ámbitos como la política agraria común, pesca, política comercial frente a terceros países o control de ayudas. Aquí es sólo invocable el principio de proporcionalidad.

La noción de competencias exclusivas ha nacido en la Comunidad asociada a la creación del mercado común —cuya consecución está formulada en términos imperativos para la Comunidad— y de las libertades fundamentales que le son inherentes (cfr. v. gr.: Informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992, cit.; J. PIPKORN, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäischen Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit», *EuZW*, [1992], 697, 699). Ello significa que la técnica de la aproximación de legislaciones que incidan sobre el funcionamiento del mercado común (art. 100 TCE), la principal actividad de la Comunidad, queda fuera del radio de acción del principio de subsidiariedad. Cfr. MÜLLER y GRAFF, «Rechtswirkungen der Verfassungsziele», en M. DAUSES (editor), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, Beck, München, 1993, p. 51. Además de esta técnica, también el derecho de la competencia y las reglas relativas al control de ayudas disponen de una densa regulación en el propio Tratado que resuelve la delimitación de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. La subsidiariedad tiene, por ello, una mejor aplicación en otros sectores como el de la política industrial (cfr. ENGEL, «Regionen in der Europäischen Gemeinschaft: Eine integrationspolitische Rollensuche», *Integration*, 14, 1991, p. 25).

El problema de su determinación se complica, sin duda, como consecuencia del peculiar sistema competencial comunitario, en el que no existe catálogo, sino una atribución de competencias orientada y condicionada a la satisfacción de determinadas funciones y objetivos; el correcto ejercicio de las competencias comunitarias deriva y se mide por el criterio finalista (*vid.*, p. ej., M. JESTAEDT, «Rechtsgehalt und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips nach dem Vertrag über die Europäische Union», en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union: Wieviel Eurozentralismus - Wieviel Subsidiarität?*, Forschungsergebnisse im Überblick, IV Kongreß «Junge Juristen und Wirtschaft», Essen, 2-4 Juni 1993, Hanns Martin Schleyer-Stiftung, p. 79; J. BARNES, «El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas», cit. (nota 1), pp. 528-532.

una notable importancia práctica y cabe esperar que los Estados miembros y los órganos comunitarios (en particular, la Comisión) tengan interpretaciones diferentes<sup>17</sup>.

c) La subsidiariedad se inserta en un precepto (art. 3.B TCE) en el que se consagran otros dos criterios competenciales. En efecto, el párrafo primero garantiza el conocido principio de competencias de atribución que caracteriza a la Comunidad (ésta actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y los objetivos por él asignados), mientras que el párrafo tercero del mismo art. 3.B TCE recoge el principio de proporcionalidad proyectado sobre el ejercicio de las competencias comunitarias (ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado)<sup>18</sup>.

— Por lo que hace al primero —el principio de competencias de atribución<sup>19</sup>—, el art. 3.B, párrafo 1.º del 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), reproduce lo que disponen los arts. 4.1, párrafo 2.º TCE (cada órgano comunitario actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado); 4.A TCE (relativo al Sistema Europeo de Bancos Centrales y al Banco Central Europeo); 4.B TCE (sobre el Banco Europeo de Inversiones); y E TUE (el Parlamento, el Consejo, la Comisión y el TJ ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos), y ha de contemplarse desde tres ángulos: material, instrumental y funcional. La Comunidad sólo podrá intervenir sobre aquellas *materias* que le hayan sido asignadas por el Tratado; actuará únicamente a través de aquellas *formas y medios* de Derecho derivado que de ordinario están ya expresamente previstas en el Tratado; y su *acción* se limitará habitualmente a la *producción normativa*, correspondiendo su aplicación en la mayor

---

El Tratado de Maastricht ha supuesto un crecimiento considerable de las competencias exclusivas de la Comunidad en el ámbito de la unión económica y monetaria y la proyectada transferencia a la Comunidad de la moneda única. Cfr. C. O. LENZ, «Immanente Grenzen des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ* (1993), 57 (64); A. WEBER, «Die Wirtschafts- und Währungsunion nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *JZ*, 1994, pp. 18 ss. (Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Währungsunion).

Para un somero análisis crítico de las posiciones doctrinales y del informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992 (nota 9), *vid.* T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», en *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

<sup>17</sup> R. V. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», en Everling/Narjes/Sedemund (editores), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht*, FS für A. Deringer, Baden-Baden, 1993, p. 28.

<sup>18</sup> Véase el Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. I [*vid.*, v. gr. en D. MERTEN (editor), *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 130-135]; asimismo, el informe del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, anexo 1, núm. I (nota 9), y el Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad (núm. I.2).

<sup>19</sup> *Compétence d'attribution; Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. El principio ha estado siempre vigente en la Comunidad. Para una visión panorámica véase OPPERMANN, *Europarecht*, 1991, núm. marg. 432 ss.

parte de los casos a los Estados miembros<sup>20</sup>. De ahí que la Comunidad carezca de la cláusula denominada *Kompetenz-Kompetenz*, esto es, de la potestad para decidir sobre sus competencias, y sean los Estados los «Señores» o «Dueños» del Tratado en cuanto conservan el poder de disposición sobre aquella<sup>21</sup>.

El principio de subsidiariedad, a renglón seguido, aclara y limita por su parte el alcance del principio de competencias de atribución: si el párrafo 1.º del art. 3.B TCE exige como presupuesto legitimante que el Tratado le haya atribuido a la Comunidad la competencia, el párrafo 2.º del mismo precepto limita y condiciona su ejercicio (con la excepción de las competencias exclusivas) a la insuficiencia de los Estados miembros y a la mayor eficacia de la acción comunitaria o, lo que es lo mismo, determina si, a pesar de tener atribuida la competencia, puede o no ejercerla<sup>22</sup>. La aplicación del principio de subsidiariedad, en efecto, presupone la existencia de una competencia no exclusiva, ya asignada, por virtud del art. 3.B, párrafo 1.º TCE. Si, en fin, el párrafo 1.º exige la *atribución de la competencia* y el 2.º determina *si es posible su ejercicio*, el párrafo 3.º del mismo artículo —principio de proporcionalidad— regula el *cómo* ha de ser tal ejercicio, en caso de que conforme a los dos primeros principios sea lícita la intervención europea.

— De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE<sup>23</sup>, el principio de proporcionalidad postula que, en la hipótesis de que haya varios medios posibles para alcanzar el objetivo establecido por el Tratado, se escoja aquel que resulte menos gravoso para el ciudadano. Se mueve, pues, en el plano de la defensa de los derechos fundamentales. Por su parte, el art. 3.B, párrafo 3.º TCE, contiene una singular regulación del principio de proporcionalidad, circunscrita al ámbito competencial<sup>24</sup>. Según el Tri-

<sup>20</sup> Cfr. T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», en D. MERTEN (editor), *Die Subsidiarität Europas*, cit., p. 29, y la bibliografía allí citada (nota 16).

<sup>21</sup> («Herren des Verträge»), *vid. BVerfGE* 75, 223 (186); U. EVERLING, en: BERNHARDT, GECK, JAENICKE, STEINBERGER, FS für Mosler, 1983, pp. 173 ss.; NICOLAYSEN, *Europarecht*, I, 1991, pp. 72 ss.; D. MERTEN, «Subsidiarität als Verfassungsprinzip», en la obra por el mismo autor coordinada: *Die Subsidiarität Europas*, cit., p. 79 (nota 18); W. KAHL, «Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip nach Art. 3b EG-Vertrag», *AöR*, 118 (1993), cit. 414, 416.

No obstante, como es bien sabido, en el ámbito de la interpretación del Derecho comunitario, los Estados miembros han dejado de ser los Señores de los Tratados fundacionales. *Vid.* en tal sentido, R. BERNHARDT, *Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts*, en FS für H. Kutscher, 1981, 17-24 (21); J. SCHWARZE, «Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Beziehungen», *EuR*, 1983, 1-39; *apud* S. MAGIERA, «Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaft», en *Staat und Partaien*, FS für R. Morsey, 1992, p. 220.

<sup>22</sup> En términos análogos, *BVerfGE* de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c).

<sup>23</sup> Cfr., v. gr., S. de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, Rep. 1989, 2237 (2269).

<sup>24</sup> Véase mi trabajo: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario y Comparado», *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994). La jurisprudencia constitucional alemana niega rotundamente la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. *Vid.*, por todas, *BVerfGE*, 79, 311 (314); 81, 310 (338); y la importante Sentencia *Rastede*, *BVerfGE*, 79, 127 ss. Respecto de la autonomía local, en la medida en que ésta ocupa una posición análoga a la de los derechos fundamentales, sí le sería de aplicación, pese a que esta proyección resulte controvertida.

bunal Constitucional Federal en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht<sup>25</sup>, el principio de proporcionalidad, aunque contenga en primer término una prohibición de exceso en el ámbito de los derechos fundamentales, tiene también cabida en el seno de una Comunidad de Estados —que no constituyen ni forman una unidad estatal— al objeto de limitar la intensidad de la regulación comunitaria en defensa de la identidad nacional (art F.1 TUE)<sup>26</sup>. La Comunidad ha de observar el principio *también* en sus relaciones competenciales con los Estados miembros<sup>27</sup>.

El objeto del art. 3.B, párrafo 3.º TCE, es, en efecto, matizar o graduar el cómo ha de intervenir la Comunidad, es decir, con qué grado de intensidad («sin exceder nunca de lo necesario», afirma el precepto), tanto en el ejercicio de sus competencias exclusivas como concurrentes. Así, por ejemplo, en el plano de la intensidad o densidad normativa habría que preferir las directivas a los reglamentos, esto es, las normas básicas a las normas de detalle y desarrollo; el reconocimiento recíproco antes que una armonización; la primacía de la coordinación, del fomento y la cooperación sobre los preceptos materiales; y en general el acto no vinculante (Recomendación; códigos de conducta; acuerdos con interlocutores sociales; reconocimiento recíproco; etc.) a cualquier norma de contenido obligatorio y, desde luego, el apoyo financiero a la reglamentación; etc.<sup>28</sup> El principio de proporcionalidad (art. 3.B, párr. 3.º TCE) no pone en cuestión la intervención misma, sino la forma en que ésta ha de llevarse a cabo.

Sin que nos sea ahora permitido detenernos en un análisis más profundo, es evidente que este precepto ha recogido únicamente algunos de los aspectos que pueden derivarse del principio de proporcionalidad, y ello tanto desde el plano subjetivo —sólo se predica de la Comunidad, no de la acción de los Estados miembros—, como en el objetivo —no se refiere a la defensa de los derechos fundamentales, sino tan sólo al ejercicio de las competencias comunitarias—, e incluso desde la perspectiva de su contenido material se ha circunscrito a mencionar uno de los tres subprincipios que lo integran, el de «la necesidad de la intervención», también llamado el del «medio más moderado» o «principio de la mínima intervención» —sin aludir, en efecto, al criterio de la «utilidad» o «aptitud» de la acción comunitaria para alcanzar el fin que se persigue ni a «la ponderación de bienes e intereses» (o «proporcionalidad en sentido estricto») <sup>29</sup>—. El precepto no ha agotado, pues, su dogmática ni la entera construcción jurisprudencial del TJCE que, por lo que hace

<sup>25</sup> BVerfGE de 12 de octubre de 1993, II.3.d).

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Así, ZULEEG, «Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß», *DVBl.*, 20 (1992), p. 1334.

<sup>28</sup> *Vid.* v. gr. el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992, cit., núm. IV.1 (nota 9).

<sup>29</sup> Ciertamente, el principio de necesidad presupone al de aptitud o utilidad; es decir: la Comunidad deberá elegir el medio más moderado (y por tanto necesario) de entre todos aquellos *útiles* o *aptos* para alcanzar el fin propuesto. Me remito a mi trabajo «Introducción al principio de pro-

a su proyección sobre los derechos fundamentales, sigue teniendo plena vigencia. El principio de proporcionalidad se proyecta, pues, sobre dos ámbitos diferenciados: el del ejercicio de competencias comunitarias (según el art. 3.B, párr. 3.º TCE) y el de los derechos fundamentales (conforme a la jurisprudencia del TJCE, que lo fundamenta, al igual que otras jurisprudencias constitucionales, en la cláusula del Estado de Derecho que preside la Comunidad<sup>30</sup>).

## 2. SU POSICIÓN COMPARTIDA EN EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO

En el entero contexto del Derecho comunitario, el principio de subsidiariedad (art. 3.B TCE) no constituye el criterio esencial ni se erige en el centro del sistema competencial, por cuanto requiere de la concurrencia de todo un conjunto de reglas y criterios con los que forma un todo unitario e inescindible (el principio de competencias de atribución y de proporcionalidad, a los que ya hemos hecho referencia; la cláusula de integración del art. 235 TCE; los preceptos reguladores de cada política sectorial; etc.). Y ello sin perjuicio de que, en términos políticos, haya polarizado el viejo debate del reparto competencial. En la realidad constitucional, tampoco constituye el eje del modelo federal ni ha presidido la intervención pública en la economía<sup>31</sup>.

El principio de subsidiariedad no afecta ni cuestiona en modo alguno las competencias —exclusivas o concurrentes— de la Comunidad. De él no se derivan efectos sobre el equilibrio de poderes o la primacía del Derecho comunitario o el principio de lealtad (art. 5 TCE)<sup>32</sup>, del que es posible extraer consecuencias aun cuando la competencia concurrente sea ejercida por los Estados miembros. Las obligaciones y deberes que el Tratado atribuye a los órganos comunitarios permanecen invariables.

## 3. LA SUBSIDIARIEDAD COMO FACTOR DE EQUILIBRIO: INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LA LIBERTAD E IDENTIDAD NACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA. EFECTO DESCENTRALIZADOR E INTEGRADOR

El principio de subsidiariedad (art. 3.B TCE) significa, de un parte, la primacía de los Estados miembros (en el ejercicio de las competencias

porcionalidad en el Derecho Comunitario y Comparado», *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994).

<sup>30</sup> Vid. mi trabajo «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario y Comparado», *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994).

<sup>31</sup> J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit. (nota 10); R. STOBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, 1989, pp. 286-289; R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Springer, 1990, pp. 520-521; Vid. recientemente, v. gr.: C. KIRCHNER, J. HAAS, «Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft», *JZ*, 1993, 760 (771), quienes concluyen que el principio de subsidiariedad no constituye un principio estructural de la *Grundgesetz* ni tampoco un elemento indisponible (art. 79.III GG) del Estado federal.

<sup>32</sup> Así, unánimemente el Consejo Europeo de Edimburgo, cit. (nota 9).

concurrentes), como regla o presunción general (con lo que se proscribe, entre otras consecuencias, el principio *in dubio pro comunitate*) y, de otra, un título legitimante para la intervención comunitaria, en la medida en que concurran los presupuestos que prescribe el citado precepto.

Con frecuencia, se pone el acento en la primera dimensión —señaladamente entre la doctrina alemana—, es decir, el principio de subsidiariedad como instrumento de defensa frente a los eventuales excesos comunitarios, con olvido de que, en efecto, constituye al propio tiempo un título de intervención en favor de la Comunidad o, lo que es lo mismo, de la integración europea. El más escrupuloso cumplimiento de los requisitos del art. 3.B, párrafo 2.º TCE (insuficiencia de los Estados miembros, mayor eficacia de la acción comunitaria), con todas las cautelas y garantías que quieran añadirse en su concreción (procedimientos complejos en los que participen todos los órganos comunitarios para mejor determinar si concurren o no las citadas condiciones; una detallada motivación de los actos jurídicos comunitarios; etc.) puede, con todo, desembocar y llamar por hipótesis a la intervención comunitaria, a una mayor integración. Una correcta y motivada aplicación del principio podría, en efecto, conducir a un crecimiento en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas.

En realidad, no es que se olvide tal dimensión, sino que, al contrario, por temor a sus consecuencias, se subraya el primero de los efectos: la subsidiariedad como muro de contención frente a la acción comunitaria. Ha de notarse, no obstante, que del principio de subsidiariedad se puede abusar en las dos direcciones posibles: sirviéndose de él para fomentar sin justificación ni fundamento una mayor intervención comunitaria, o bien, por contra, para bloquear desde las instancias inferiores la acción de la Comunidad. Tanto el exceso como el defecto son impugnables.

A nuestro juicio, pues, no parece riguroso reprocharle a la subsidiariedad su eventual efecto integrador, cuando en realidad ello no es sino una consecuencia de la misma naturaleza de las cosas, de la lógica a la que responde —conforme a la cual se legitima la acción comunitaria si concurren los presupuestos—. Lo que cabría criticar desde la óptica de la técnica jurídica, una vez más, sin embargo, es el deficiente y poco evolucionado sistema competencial de la Comunidad, su indefinición y carácter funcional y, en consecuencia, su virtual fuerza expansiva; lo que no hace sino urgir a una mayor concreción —catálogo de materias en las que puede intervenir la Comunidad, p. ej.—; etcétera.

El análisis crítico ha de distinguir, por consiguiente, dos planos de distinta naturaleza: la subsidiariedad como título de intervención, de una parte, y el ineludible proceso constituyente en que ha de desembocar el tema competencial, de otra. En primer término, en efecto, no hay razón para inadmitir la integración europea cuando venga de la mano del principio de subsidiariedad que, por lo demás, no resulta responsable de las imperfecciones del sistema competencial comunitario. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que son numerosos los aspectos a los

que el art. 3.B, párrafo 2.º TCE, no puede dar respuesta por sí mismo y a los que las reformas del propio Tratado tendrán que enfrentarse (v. gr.: lista tasada de competencias comunitarias; una clarificación competencial entre funciones y materias; etc.). Así, por ejemplo, si se quieren poner a salvo algunos ámbitos materiales de la eventual acción comunitaria (como desean los *Länder* respecto de la educación y cultura, v. gr.) bastaría con fijar en el Tratado las materias que quedan exentas de la aplicación de los criterios que el art. 3.B TCE contiene (como en cierto modo han realizado los preceptos relativos a tales políticas sectoriales). La subsidiariedad no puede, pues, sustituir el proceso constituyente en el plano europeo.

Por lo demás, integración y subsidiariedad no se excluyen mutuamente. Son, por el contrario, las dos caras de una misma moneda que se complementan recíprocamente<sup>33</sup>. En el seno de la subsidiariedad se concilian la posibilidad de adoptar las decisiones al nivel más próximo y cercano a los ciudadanos y, en consecuencia, la salvaguardia de la identidad nacional, de un lado, y la integración europea en cuanto necesaria y eficaz, de otro. Constituye un centro o nudo de intersección de las relaciones competenciales (no exclusivas) entre la Comunidad y los Estados miembros, una «línea de frontera». La integración europea —que, desde luego, no se mide por la *cantidad* de normas emanadas de los órganos comunitarios y su *grado de detalle* y la centralización no son, en fin, términos sinónimos. La integración generada con respeto del principio de subsidiariedad constituye una unificación saludable y ya no es centralismo, porque éste no discrimina ni distingue entre aquel ejercicio de competencias que por razones de necesidad y eficacia puede corresponder al nivel superior de aquel otro que resulta innecesario, sino que absorbe y desconfía del nivel inferior.

Si en virtud del principio de subsidiariedad (art. 3.B TCE) interviene la Comunidad, es evidente que lo hará «cargada de razón», sin duda con un mayor consenso en beneficio de la integración; crecerá el grado de aceptación y de legitimidad de la Comunidad a resultas de la más detallada motivación de sus actos; y se ponderarán mejor todos los intereses en juego<sup>34</sup>.

Antes del Tratado de Maastricht, la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas —sin duda, el más importante— no estaba sometida al rigor de un instrumento de control y medición como el principio de subsidiariedad que, aunque no sea de precisión (no es un criterio de evidencia), constituye un avance en el esquema de distribución competencial en tanto que representa un parámetro razonable con el que determinar el grado de «integración» que en cada caso resulta

<sup>33</sup> En sentido análogo, *vid.* S. HESELHAUS, «Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration», en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union*, cit., p. 76 (nota 25); T. RIEGER, «Eurozentrismus oder zurück zur Subsidiarität?», en la misma obra colectiva, p. 146.

<sup>34</sup> En tal sentido, S. HESELHAUS, «Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration», cit., p. 76 (nota 33).

aconsejable, por necesario y eficaz. La obligación de motivar y legitimar la acción comunitaria trae consigo una mayor transparencia y racionalidad a la hora de resolver el problema de *cuáles* son las competencias que tiene atribuidas la Comunidad y *cuándo* resulta lícito su ejercicio<sup>35</sup>. De ahí que su incorporación al Derecho comunitario represente un dato positivo. En todo caso, no cabe desconocer que el objetivo inmediato de su consagración, a nuestro juicio, reside en autorizar, bajo ciertas condiciones, la intervención subsidiaria de la Comunidad.

#### 4. LA SUBSIDIARIEDAD COMO CRITERIO FORMAL Y RELATIVO: LAS COORDENADAS DE ESPACIO Y TIEMPO Y LA DIVERSA REGULACIÓN DE CADA POLÍTICA SECTORIAL

El principio de subsidiariedad es ante todo un método, un criterio formal para legitimar el ejercicio de competencias no exclusivas ya asignadas con carácter previo, más que un concepto sustantivo, con un contenido apriorístico o autónomo<sup>36</sup>. El art. 3.B TCE no ha garantizado un núcleo o un ámbito material que, en todo caso, deba quedar en manos de los Estados y, menos aún, de la instancia regional o local. Ahora bien, si bien no se ha ocupado de preservar un contenido sustantivo indisponible frente a la acción comunitaria, es evidente, sin embargo, de la mano de una interpretación sistemática del entero Tratado (art. 3.B, objetivos y fines, políticas sectoriales, etc.) que la Comunidad nunca podría desapoderar ni invadir el ámbito tradicional de competencias regionales, como la educación, formación profesional, sanidad, política regional o cultura, por ejemplo.

Cuáles sean las consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad a cada caso concreto es algo no determinable *a priori*, tanto por lo que se refiere al nivel o escalón en que deberá ejercerse la competencia cuanto a la duración de su ejercicio<sup>37</sup>. El art. 3 B TCE constituye un criterio formal del que no se deriva un resultado eterno, sino variable o en movimiento, según las circunstancias de lugar y tiempo. Es, por consiguiente, un principio dinámico<sup>38</sup>: hoy puede demandar una mayor amplitud de la acción comunitaria sobre una determinada política sectorial, y mañana, por el contrario, un retroceso de la Comunidad. Se

<sup>35</sup> Así, también M. JESTAEDT, «Die Relativität des Subsidiaritätsprinzips», *Europäische Union, Arbeitsgeber* 20/45, 1993, 725 (726).

La Comisión, en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1), advierte, con acierto, el doble efecto —descentralizador e integrador— que posee el principio (cfr. núm. I.1).

<sup>36</sup> Desde otro punto de vista, J. SCHWARZE prefiere tratar el principio de subsidiariedad como un procedimiento, antes que como un criterio sustantivo o material. Cfr. «The Distribution of Legislative Powers and the Principle of Subsidiarity: The Case of Federal States», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, p. 734.

<sup>37</sup> Sobre la concreta aplicación práctica del principio de subsidiariedad, *vid.* G. WINTER, *Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht*, *Europarecht* (1996), pp. 247-269.

<sup>38</sup> Así lo denomina, v. gr., el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, cit., anexo I núm. I (nota 9). La Comisión, en su Informe al Consejo Europeo

trata, en otros términos, de una regla temporal: la acción subsidiaria sólo se legitima en tanto perduren los presupuestos en que se funda. Pero sus resultados dependen, por la misma razón, del factor espacial. La acción subsidiaria de la Comunidad puede serlo en relación con uno o varios Estados miembros o con todos (v. gr., en materia de medio ambiente, donde el estándar global de protección es bien diferente entre los diversos países, resulta posible la acción comunitaria exclusivamente sobre algunos de ellos)<sup>39</sup>.

La Comunidad, por su parte, está en continua evolución y desarrollo. Su razón de ser estriba en «comunitarizar» competencias hasta ahora desempeñadas por los Estados miembros individualmente. Los límites competenciales están, en cierto modo, en continuo movimiento, sin que ello signifique, sin embargo, un ilimitado crecimiento comunitario. Junto a la necesidad de integración europea, la salvaguardia de la identidad nacional pertenece también a los objetivos y fines del Tratado fundacional (arts. A, B *in fine* y F.1 TUE)<sup>40</sup>.

La flexibilidad o plasticidad del principio no deriva tan sólo del factor espacio-tiempo, al que acabamos de hacer referencia, sino del elemento material —la política sectorial— sobre el que se proyecte en cada caso<sup>41</sup>. El principio del art. 3.B TCE tendrá una aplicación más intensa (como presunción competencial en beneficio de los Estados miembros) cuanto menor sea la intervención comunitaria prevista en el Tratado en el ámbito material de que se trate<sup>42</sup>. Y, a la inversa, cuanto mayor sea el grado de detalle y de definición en el Tratado de un objetivo comunitario, menos espacio le resta a la subsidiariedad<sup>43</sup>.

---

de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1), utiliza el mismo término (cfr. núm. I.2).

<sup>39</sup> La posibilidad de intervenir sobre uno o varios Estados y no sobre todos no se desprende sólo de la misma noción de subsidiariedad, sino que se ve, por lo demás, avalada y fortalecida por el principio de proporcionalidad.

<sup>40</sup> Cfr. S. MAGIERA, «Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien», cit., pp. 225-226 (nota 30).  
<sup>41</sup> V. CONSTATINESCO afirma en tal sentido que la aplicación del principio es relativa y flexible; asimismo, BÜSCHER, *EG-Magazin*, 11/1992, p. 23; *apud* W. KAHL, «Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip», cit., p. 436 (nota 21). Véase un ejemplo de su aplicación a la política agraria, en J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», cit., pp. 284 ss. (nota 19); o al mercado interior en P. M. SCHMIDHUBER y G. HITZLER, «Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip», *EuZW*, 1993, pp. 8-10; al medio ambiente: G. CROSS, *Subsidiarity and the Environment*, *Yearbook of European Law*, 15 (1995), 107-134; en el Derecho de la Competencia: W. MÖSCHEL, «Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht», *NJW*, 5 (1995), pp. 281-285; etc.

<sup>42</sup> En sentido análogo, *vid.* R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., pp. 36, 34-36 (nota 17).

<sup>43</sup> Cfr. el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 y anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, núm. I.4.

## 5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMUNITARIA, UNA RESPONSABILIDAD PARA LOS ESTADOS MIEMBROS

El principio de subsidiariedad rige para todos los órganos comunitarios, no sólo para la Comisión <sup>44</sup>. Los Estados miembros participan de forma decisiva en la producción normativa de la Comunidad por medio del representante del Gobierno en el Consejo y aplican el Derecho comunitario a través de sus propios órganos legislativos y administrativos <sup>45</sup>.

La aplicación práctica del principio depende en buena parte del propio Consejo, puesto que es el órgano comunitario legiferante por excelencia <sup>46</sup>, lo cual remite a la responsabilidad política de los Estados miembros. Ellos son, en efecto, los Señores del Tratado; la Comunidad no ha perdido su cordón umbilical. De ahí que los Estados no puedan esconderse en la Comunidad para diluir su responsabilidad <sup>47</sup>, ni recargar las Directivas hasta hacerlas irrecognoscibles respecto de los Reglamentos, sea para defender sus peculiaridades nacionales (en ocasiones, por puros intereses proteccionistas de la propia industria nacional <sup>48</sup>), o sea, para ahorrarse las eventuales dificultades que su transposición en el ámbito interno —fase descendente— pudiera entrañar <sup>49</sup>.

En cualquier caso, todas las instituciones comunitarias están implicadas en la aplicación del principio de subsidiariedad <sup>50</sup>.

## 6. DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad ha de auxiliar y completar cuanto dispone el principio de subsidiariedad en el control del ejercicio de las competencias comunitarias.

No faltan autores <sup>51</sup> e incluso manifestaciones iniciales de los órganos comunitarios <sup>52</sup> que propugnan una concepción amplia del principio de subsidiariedad (art. 3.B, párr. 2.º) comprensiva e integradora del principio

<sup>44</sup> Vid. el concreto examen de cada una de las instituciones comunitarias en R. VON BORRIES, «Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union», *EuR* (1994), pp. 263-301 (280).

<sup>45</sup> Sobre este extremo, vid. v. gr.: H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pp. 218 ss.

<sup>46</sup> Así lo advierte expresamente el propio Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c).

<sup>47</sup> P. M. SCHMIDHUBER, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», *DVBl.*, 1993.

<sup>48</sup> T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», cit., p. 24 (nota 16).

<sup>49</sup> Cfr. la obra colectiva: *Subsidiarity: The Challenge of Change*, Working Document Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991, EIPA, Maastricht, 1991, pp. 24 y 59.

<sup>50</sup> Vid. el concreto examen de cada una de las instituciones comunitarias en R. VON BORRIES, «Das Subsidiaritätsprinzip...», cit. (nota 44), pp. 263-301 (280).

<sup>51</sup> Vid. v. gr.: BEUTLER, BIEBER, PIKCOM, STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, cit., p. 229 (nota 22); U. PIEPER, «Subsidiaritätsprinzip- Strukturprinzip der Europäischen Union?», *DVBl.* (1993), 705 (709); una glosa del citado informe de la Comisión, en P. M. SCHMIDHUBER, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», cit. (nota 47); y en iguales términos, P. M. SCHMIDHUBER, G. HITZLER, «Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag ein wichtiger

de proporcionalidad (art. 3.B, párr. 3.º), conforme a la cual éste constituiría un elemento más de la subsidiariedad. Ciertamente, de ello no tiene por qué derivarse padecimiento alguno en el sistema de garantías que uno y otro representan. El resultado final será el mismo en su aplicación práctica.

Se trata, sin duda, de dos principios estrechamente emparentados, incardinados secuencialmente en uno de los preceptos centrales, según sabemos, para la comprensión del sistema competencial comunitario, el art. 3.B TCE, novedoso, sin duda, en el Derecho positivo (el de subsidiariedad, como principio general en el ámbito competencial carecía del rango de principio no escrito; el de proporcionalidad, en cambio, gozaba ya de un amplio reconocimiento jurisprudencial como principio general no positivado del Derecho comunitario, aunque circunscrito a la esfera de los derechos fundamentales, como ya hemos notado). Ambos tienen claros rasgos en común: presumen la existencia de una competencia atribuida a la Comunidad; ni uno ni otro pretenden frenar la integración europea o congelar las competencias comunitarias en su estado actual, sino, por el contrario, controlar su ejercicio<sup>53</sup>. Persiguen, en efecto, limitar la acción del poder público —en nuestro caso, la comunitaria— y sujetarla a parámetros de racionalidad; otorgar el máximo grado de libertad al individuo, a la sociedad, y al nivel inferior de poder; etc.<sup>54</sup>. Su aplicación

---

Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft», *NVwZ*, 1992, 720 (723).

Desde otro punto de vista, se han postulado opiniones radicalmente contrarias conforme a las cuales el principio de subsidiariedad constituiría un supuesto del principio de proporcionalidad; *vid.* J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», cit., p. 281, 283 (nota 41).

Sobre el debate habido en torno a las relaciones entre los dos principios en el seno de la dogmática alemana, véase una visión panorámica en J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit. (nota 10), pp. 88 ss.; y, en el plano de la actividad económica, M. HOFFMANN-BECKING, *Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot*, en FS für H. J. Wolff, Beck, München, 1973.

<sup>52</sup> Cfr. el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, *in totum* (nota 9). Por ello, afirma en el núm. IV del citado informe que la subsidiariedad en cuanto reguladora de la «intensidad de la medida» (léase «principio de proporcionalidad») propugna que se elija aquel medio que menos restrinja las competencias de los Estados miembros y la libertad personal y del empresario. Más adelante, sin embargo, utiliza adecuadamente el término «principio de proporcionalidad» para referirse a la intensidad de la acción comunitaria.

El informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (nota 9), sin embargo, hace un uso riguroso y diferenciado de ambos principios (*vid.* el anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad).

La Comisión, en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1), distingue con mayor precisión dogmática —y en un claro giro de su posición original— entre un principio y otro (cfr. núms. I.1, II.1 y III).

<sup>53</sup> Cfr. ZULEEG, «Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß», cit., p. 1336 (nota 27).

<sup>54</sup> A la proporcionalidad se le podría llamar «subsidiariedad de los medios», y a la regla del art. 3.B párr. 2.º TCE, «subsidiariedad de los fines».

En cierto modo, podría decirse en términos muy amplios que la subsidiariedad viene a asumir en el ámbito competencial la función que atiende el principio de proporcionalidad en el plano de los derechos fundamentales (defensa o libertad; restricción de la acción estatal a lo imprescindible);

secuencial en la práctica conduce, en ocasiones, a una cierta difuminación de sus perfiles dogmáticos. Su ubicación sistemática parece incluso representar una confirmación de su proximidad.

La frontera o deslinde entre ambos principios podría fijarse, sin embargo, a partir de la siguiente premisa: la subsidiariedad responde a la pregunta de *cuándo* es lícita la intervención pública o la de una concreta instancia de poder. La proporcionalidad da respuesta, en cambio, a la cuestión de *con qué medio* es legítima tal intervención. La proporcionalidad se cuestiona la legitimidad de los «medios» en relación con un «fin» que le viene ya predeterminado, en tanto que la subsidiariedad enjuicia el «fin» en sí mismo; o, en otros términos, «*si es legítimo intervenir*» o, por contra, no hay razón para ello; y, en caso positivo, aquélla se preocupará por el «*cómo*» podría ejercerse el poder estatal<sup>55</sup>. La subsidiariedad determina los presupuestos legitimantes de la intervención y el nivel o escalón al que corresponde; la proporcionalidad, la intensidad de su ejercicio.

Tal secuencia lógica —*cuándo* y, en su caso, *cómo*— parece lucir en el propio Tratado de la Unión Europea: el art. 3.B TCE sienta, en primer lugar, los criterios en virtud de los cuales es válida la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas, es decir, *cuándo* los objetivos de la acción pretendida no puedan alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor a nivel comunitario (párr. 2.º). Seguidamente, el precepto añade *cómo* habrá de ser la intervención: ninguna acción de la Comunidad, y, por tanto, tampoco las acciones subsidiarias, excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado (párr. 3.º). En suma, pues, a la pregunta del *cuándo* responde el precepto: en los casos de insuficiencia de los Estados y mayor eficacia de la Comunidad; y a la cuestión del *cómo*, afirmará: sin exceder en ningún caso de lo necesario o indispensable<sup>56</sup>.

---

en tal sentido, J. LAITENBERGER, «Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassung», en la obra colectiva *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union*, cit., p. 111 (nota 25). No obstante, el reconocimiento del principio de proporcionalidad en el ámbito competencial (art. 3.B, párr. 3.º TCE) hace innecesaria tal observación.

<sup>55</sup> Así, en la concepción de DÜRIG: *Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat*, JZ, 1953, pp. 193 ss. (199).

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional alemana, el principio de proporcionalidad, en cierto sentido, es de carácter formal, puesto que se centra en la relación medio-fin; el de subsidiariedad exige una decisión básica interna, de ahí que requiera una concreción normativa para su aplicación al caso concreto. Es más *ratio legis* que *lex*, en tanto que la proporcionalidad resulta inmediatamente aplicable y goza de un carácter normativo pleno; cfr. J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 91-92 (nota 10).

<sup>56</sup> La idea de la *necesidad* que de algún modo subyace a los dos principios no constituye un disolvente que desdibuje los contornos de uno y otro. El criterio de la necesidad opera con una perspectiva diversa en cada caso. En el supuesto de la subsidiariedad, determinará si es legítima o no la acción comunitaria (léase, necesaria); en relación con la proporcionalidad, por contra, decidirá la intensidad de la acción (esto es, el grado de intervención que es necesario). De otra opinión, U. PIEPER, «Subsidiaritätsprinzip- Strukturprinzip der Europäischen Union?», cit., p. 709 (nota 51).

Sin embargo, el deslinde entre ambos principios dependerá en última instancia de la amplitud con que sean concebidos. Así, sólo un concepto muy amplio de subsidiariedad podría albergar en su interior a la proporcionalidad —«subsidiariedad de los medios» o de los instrumentos a utilizar por el poder público (el medio más gravoso o intenso será «subsidiario» del más suave, podríamos decir)—; la subsidiariedad demandaría, por sí misma, que el poder público escogiera el instrumento menos intervencionista o lesivo, sea respecto del individuo o del escalón inferior de poder.

No obstante, una versión tan amplia carece de apoyo positivo y, lejos de entrañar ventajas de ningún género, contribuye a la difuminación dogmática de ambos principios. Parece, pues, más riguroso, en consecuencia, apostar por una concepción estricta que, sin perjuicio del reconocimiento de sus similitudes, permita su uso e invocabilidad autónomos.

#### 7. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ART. 3.B TCE Y LA PROTECCIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Aunque el sistema comunitario europeo se haya forjado a través de tratados internacionales, es sabido que forma una organización supranacional sustancialmente distinta y diversa a las figuras asociativas tradicionales propias del Derecho internacional. La referencia a los pueblos de Europa (art. A.2 TUE); la ciudadanía de la Unión (arts. 8.8.c TCE); o el reconocimiento comunitario de derechos y obligaciones de inmediata y directa aplicación sin necesidad de la mediación estatal, entre otros factores, son manifestaciones bien elocuentes de esta singular naturaleza que caracteriza a la Comunidad, alejada del modelo dualista típico del Derecho internacional. Expresión también de este fenómeno son las referencias expresas del Tratado de Maastricht a las «Regiones» y «Corporaciones Locales»<sup>57</sup> y las disposiciones que a ellas se dirigen, por ejemplo, en el ámbito de la política económica (art. 104-104.B TCE); de las redes transeuropeas (art. 129.B TCE); y, por supuesto, la misma creación del Comité consultivo compuesto por representantes de las Regiones y Corporaciones Locales (art. 198.A TCE)<sup>58</sup>. Con todo, la cuestión, más modesta, que ha de abordarse, podría formularse como sigue: ¿qué influjo ejerce la Unión Europea sobre los Entes locales y, más concretamente, el art. 3.B TCE?

Desde luego, las posibilidades de entrelazamiento e interacción son tan extensas como amplios sean los puntos de intersección o convergencia competencial entre la intervención de la Unión Europea, de un lado, y las competencias que cada ordenamiento haya reconocido a los Entes

<sup>57</sup> Cfr. Preámbulo, arts. 130A ss.

<sup>58</sup> Vid. S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union», en la obra colectiva, editada por K. Grupp y M. Ronellenfisch, *Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland und Europa*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 17-18.

locales. Los Estados son plenamente libres para decidir si sus obligaciones comunitarias se hacen efectivas a través de la instancia regional y local. En ese sentido, cuanto mayor sea el grado de descentralización real de un Estado, más incidencia podrá tener el Derecho comunitario sobre la esfera competencial de las Entidades locales. Cuanto más intensa sea la intervención europea sobre la comunidad local, mayor protagonismo habrá de tener la garantía constitucional de la autonomía local<sup>59</sup>.

Por lo demás, mucho se ha debatido —sobre todo en el seno de la doctrina alemana<sup>60</sup>— acerca del influjo del principio de subsidiariedad *ex art. 3.B TCE* sobre la autonomía local. En esta sede, el interrogante fundamental consiste en determinar si el citado art. 3.B TCE brinda algún género de protección o tutela (jurídica) a las Entidades locales. Así las cosas, la respuesta no puede ser sino negativa<sup>61</sup>.

Si bien es cierto, desde luego, que los Entes locales, en particular los Municipios, constituyen la unidad más pequeña y que, por consecuencia, han de ser los primeros beneficiarios de la lógica de la subsidiariedad, esto es, de la primacía o preferencia competencial para la satisfacción y cumplimiento de los intereses generales, no lo es menos, sin embargo, que los municipios y provincias no son los sujetos de la relación de subsidiariedad a que se refiere el art. 3.B TCE. No es sólo, pues, que no hayan sido nombrados por el tan citado precepto —que regula exclusivamente la intervención subsidiaria de la Comunidad—, o que el TCE no cuestione la distribución interna del poder (al fin y al cabo, para «comunitarizar» competencias nacionales, la Comunidad, has-

<sup>59</sup> No faltan normas expresamente dirigidas a la autonomía local: la Directiva de tratamiento residual de aguas en los municipios (91/27/CEE, del Consejo, de 21 de mayo; arts. 104-104B TCE) sobre la disciplina presupuestaria de las Entidades locales en pro de la política económica; etc. Por otra parte, si se admite —como en Alemania— que la autonomía local no se define por un catálogo de competencias, sino por un principio de universalidad de la competencia (esto es, toda competencia no atribuida expresamente a otro ente, corresponde a las Corporaciones locales, sin necesidad de título atributivo alguno), habrá que convenir que la incidencia de la Unión Europea sobre la esfera local se extiende a todos los ámbitos en los que aquélla tiene competencias.

Para un estudio más amplio acerca de las relaciones entre la Unión Europea y la autonomía local, puede verse S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung», cit., *in totum* (nota 58).

<sup>60</sup> Véase con carácter general la tesis doctoral de S. WIENHUES, *Kommunale Selbstverwaltung in einer Europäischen Union. Deutsche Gemeinden und spanische —municipios— im europäischen Integrationsprozeß*, Heidelberg, 1996 (en prensa), y en particular la doctrina citada en p. 210, a la que me remito. Asimismo, *vid.* S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union», cit. (nota 58), p. 13, y bibliografía citada en nota 2; y H. J. BLANKE, «Die kommunale Selbstverwaltung im Zuge fortschreitender Integration», *DVBl.*, 1993, pp. 819 ss.

<sup>61</sup> Es más, si de las Regiones se afirma que no obtienen una protección jurídica del art. 3.B TCE, a pesar de verse más afectadas en su esfera de actuación que las Entidades locales, es evidente que, con mayor razón, habrá que llegar a idéntica conclusión respecto de los Entes locales. En cuanto a los efectos derivables del art. 3.B TCE en beneficio de la instancia regional, me remito a mis trabajos: «El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas», cit. (nota 1), pp. 509-596; así como, posteriormente, «El principio de subsidiariedad y su impacto sobre las Regiones europeas», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pp. 823-862, o en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 18 (1994), pp. 47-87. En igual sentido, A. WEBER, «Die Bedeutung der Regionen für die Verfassungsstruktur der Europäischen Union», en la obra colectiva *Verfassungsrecht im Wandel*, C. Heymanns, 1994, pp. 681-693.

ta ahora, sólo se ha entendido directamente, como no podía ser de otra forma, con los Estados), sino es que, además, parece discutible que las Entidades locales sean las «unidades más pequeñas» para el ejercicio de ciertas competencias que, como las relacionadas con la construcción del mercado único o la unión monetaria, han sido asumidas por la Comunidad ante la insuficiencia de los Estados nacionales.

Lo cual no significa tampoco, obvio es decirlo, que, de acuerdo con el orden interno de distribución de competencias, las Entidades locales no puedan participar en éstas u otras materias en las que se encuentra implicada la Comunidad (comercio, medio ambiente, etc.) y la Unión Europea (v. gr.: asilo, emigración, lucha contra la delincuencia internacional, etc.).

En relación con la subsidiariedad, es necesario distinguir con precisión una vez más el plano del Derecho positivo (art. 3.B TCE), y aquí en un doble sentido, *el ámbito material* (regulación de la intervención subsidiaria de la Comunidad en el campo de las competencias concurrentes) y *los sujetos de la relación* (Estados y Comunidad), de un lado y, de otro, el plano político, esto es, la subsidiariedad como argumento o instrumento de defensa de las Entidades locales frente a las instancias superiores, incluidas las instituciones comunitarias. Sin embargo, como argumento político, nótese bien, habría de hacerla valer ante todo en el seno del propio Estado, de quien dependen el reparto competencial y los mecanismos de participación de los Entes locales (v. gr.: en los procedimientos para la formación de la voluntad interna y ulterior aplicación del Derecho comunitario). En cambio, la participación directa ante las mismas instituciones comunitarias habría de limitarse a vigilar si concurren o no los requisitos a que se refiere el art. 3.B TCE, y ello al margen de que los Entes locales puedan siempre ofrecer su perspectiva acerca de las cuestiones que se le sometan a su consideración en el Comité de las Regiones, de acuerdo con el art. 198.C TCE.

El art. 3.B TCE no puede ser concebido como un principio universal, susceptible de reorganizar la entera división vertical del poder de cada ordenamiento nacional a la luz de la subsidiariedad ni, en consecuencia, como un principio que desde el Derecho comunitario tutele directamente las Entidades locales, pues ello supondría, de una parte, confundir ambos planos (jurídico y político), y, de otra, olvidar que el art. 3.B TCE ha positivado una limitada y modesta aplicación de la subsidiariedad (la intervención subsidiaria de la Comunidad).

Tan sólo de forma indirecta podrán los Entes locales extraer algún provecho o efecto jurídico de protección o defensa<sup>62</sup>, sobre todo en la medida en que, por virtud del art. 3.B TCE, no le sea permitido a la Comunidad intervenir en la amplia esfera de las competencias concurrentes. Y si la Comunidad no actúa subsidiariamente, es evidente que tales

<sup>62</sup> Tal conclusión es compartida por la doctrina mayoritaria alemana. Véase la bibliografía citada por S. WIENHUES, *op. cit.*, p. 217, nota 551 (nota 60).

competencias se mantendrán en el nivel nacional (regla general), siendo ejercidas entonces por las unidades (estatales, autonómicas o locales) competentes en cada caso según el sistema interno de distribución de competencias. Cuantas más competencias permanezcan en el ámbito nacional, mejor podrán las Entidades locales recurrir a los mecanismos internos de tutela o protección, en la hipótesis, claro está, de que se quebrante el orden competencial propio. Pero la tutela directa del acervo competencial de los Entes locales descansa en el ordenamiento nacional.

En suma, pues, no es posible extraer un efecto jurídico inmediato del art. 3.B TCE en favor de los Entes locales, como tampoco su presencia en el Comité de las Regiones (art. 198.A TCE), órgano consultivo de la Comunidad (art. 198.C TCE), asegura esa protección<sup>63</sup>, aunque contribuya a una mayor sensibilidad de las instituciones comunitarias. Por su parte, el art. A, párrafo 2.º, del TUE<sup>64</sup>, tampoco proporciona soporte jurídico alguno en favor de las unidades inferiores, a las que ni siquiera menciona, si bien es cierto, desde luego, que el principio de que las decisiones se adopten de la forma más próxima al ciudadano constituye una nota distintiva, una señal de identidad, de los Entes locales, y que, por ello, representa una máxima, pero sólo eso, para la Unión Europea. Como no podía ser de otro modo, a nuestro juicio, en «esta nueva etapa en el proceso creador de la Unión» (art. A TUE), inaugurada por el TUE, la indicada proclamación no determina «quién» debe hacer «qué»; cuál sea la planta más cercana en cada caso al ciudadano, según el Estado miembro de que se trate; cómo ha de identificarse; etcétera.

También de forma indirecta el principio de proporcionalidad o de la intervención más moderada en el ejercicio de las competencias comunitarias que consagra el art. 3.B, tercer párrafo, TCE<sup>65</sup>, puede deparar efectos benéficos para los Entes locales. El destinatario de ese *mandato* de intervención proporcionada o prohibición de exceso en el ámbito de las competencias exclusivas y concurrentes es la Comunidad. El *beneficiario* lo será el Estado en su conjunto, con todas las plantas territoriales en que se articule la división vertical del poder, incluidas las Entidades locales.

---

<sup>63</sup> Téngase en cuenta, con todo, que en el Proyecto de Tratado de Amsterdam (19 de junio de 1997) se contempla un claro, aunque tímido, fortalecimiento del Comité: la incompatibilidad de la condición de miembro del Parlamento Europeo con la de miembro del Comité; la referencia expresa a la cooperación transfronteriza entre los supuestos en que será consultado; la expresa previsión de que pueda ser consultado también por el Parlamento Europeo; etcétera.

<sup>64</sup> «El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos.»

<sup>65</sup> *Vid. supra* núm. 6.

8. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE GARANTIZAR LA AUTONOMÍA DE LOS ENTES LOCALES Y LAS REGIONES EUROPEAS A TRAVÉS DEL TRATADO O DE MENCIONAR A ESTAS ENTIDADES EN LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Son numerosas las propuestas de reforma realizadas en pro de la consagración de un principio de autonomía regional y local en el seno del Tratado de la Unión Europea o del explícito reconocimiento del derecho de los Entes locales a participar en la Comunidad en relación con todos los asuntos que afecten al círculo de intereses <sup>66</sup>.

El común denominador de estas propuestas de reforma reside en el empeño por otorgar una tutela directa a los Entes locales desde el mismo Derecho comunitario. Paralelamente, persiguen que la intervención subsidiaria de la Comunidad no sólo tenga en cuenta al Estado como tal, sino a sus unidades inferiores. El efecto jurídico más inmediato de una tal previsión consistiría en la posibilidad de defender sus respectivas esferas competenciales ante las mismas instituciones comunitarias.

Con todo, al menos las propuestas más audaces suscitan, a nuestro juicio, otros interrogantes o problemas que tampoco pueden desconocerse. De un lado, algunas de esas fórmulas parecen más dirigidas a los propios ordenamientos nacionales que a la Comunidad misma, no ya sólo porque los Estados en su conjunto son los protagonistas de la distribución interna de competencias y los verdaderos responsables del respeto y efectividad de la autonomía local, sino porque, hoy, ahora, son también los que integran el Consejo, principal órgano legiferante de la Comunidad Europea. De otro, los Entes locales europeos no constituyen unidades homogéneas, ni en su estructura, ni en su acervo competencial (como tampoco la instancia regional) <sup>67</sup>, por lo que difícilmente podrían actuar como interlocutores directos de la Comunidad. En tercer lugar, la incardinación de los Entes locales y las Regiones en el seno de la Unión Europea, podría implicar, según los casos, un salto cualitativo en la naturaleza de la misma Unión y del papel de los Estados nacionales. Por último, y dependiendo también del alcance de esas eventuales reformas, habría que ponderar sus posibles efectos negativos para el proceso de integración

<sup>66</sup> Por ejemplo: resulta significativo el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la reforma del TUE, de 20 de abril de 1995, que propone que el art. 3.B TCE incluya una mención a las Regiones y Entes locales.

En cambio, se mueven en una línea más cautelosa, como la que se sugiere en el texto, el Informe de la Comisión de 1995 para el Grupo de Reflexión de la Conferencia Intergubernamental de 1996, que sugiere su mención tan sólo en el Preámbulo; o las Conclusiones del Consejo Europeo de Madrid, de 15-16 de diciembre de 1995, que, en buena parte, se remiten al Consejo de Edimburgo; etc. Para un análisis más detenido, *vid.* L. ORTEGA, «Autonomía local y subsidiariedad europea», *Anuario del Gobierno Local*, 1996, pp. 620-624.

Particularmente, para las propuestas surgidas desde Alemania, véanse los textos de las propuestas en S. WIENHUES, *op. cit.*, pp. 225-231 (nota 60).

<sup>67</sup> *Vid.* mi trabajo «El principio de subsidiariedad y su impacto sobre las Regiones europeas», *cit.* (nota 61), pp. 47-87.

europea, tanto por lo que pudiera implicar de desplazamiento sobre las espaldas de la Comunidad de una responsabilidad que es, ante todo, nacional, cuanto por la eventual instrumentalización de la propia Comunidad en defensa de ciertas reivindicaciones competenciales o de una redefinición del sistema de reparto a mayor escala.

Estas observaciones no son óbice, sin embargo, a la progresiva y creciente participación de los Entes locales y las Regiones en el seno de la Unión Europea, sea a través de órganos consultivos, como el Comité de las Regiones, o mediante ciertos mecanismos decisorios, en paralelo a la evolución de la Comunidad.

Sin embargo, los esfuerzos en beneficio de la autonomía local debieran orientarse hacia al ámbito interno, tanto para preservar y enriquecer su acervo (redefinición de la esfera competencial; participación en la fase ascendente y descendente del Derecho comunitario; etc.), cuanto para garantizar una mejor transferencia de futuras competencias hacia la Comunidad, en la línea, por ejemplo, de lo que ha supuesto la reforma constitucional alemana del art. 23 (para los *Länder*), muy superior a nuestro art. 93 CE, tal como se explicita más adelante<sup>68</sup>. En otras palabras, si hubiera que concluir en la insatisfactoria protección o riqueza de la autonomía local en España, ello no sería fruto de la pretendida «vocacidad» comunitaria, cuanto de la actuación u omisión del legislador interno y, eventualmente, de su deficiente sistema de tutela. Y por más de un concepto tampoco su «imposición» vía Derecho comunitario podría deparar una mejor o más fuerte posición.

## 9. CONCLUSIÓN

A modo de síntesis, interesa retener y no difuminar las siguientes consideraciones:

— El art. 3.B TCE, en su redacción actual, no ofrece protección jurídica alguna a los Entes locales europeos. Su objeto no es otro que el de disciplinar la intervención subsidiaria de la Comunidad Europea. Desde esta modesta perspectiva, si los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados en su conjunto (art. 3.B TCE), parece evidente que tampoco lo serán por sus unidades inferiores. Y al contrario, si no se requiere la intervención subsidiaria de la Comunidad —sea porque el Estado *stricto sensu*, las Comunidades Autónomas en nuestro caso, o las Entidades locales, pueden alcanzar los objetivos de manera suficiente—, el ejercicio de la competencia concurrente de que se trate permanecerá retenido en el nivel nacional y cualesquiera violaciones del sistema competencial podrán ser resueltas a través de los mecanismos internos. Bajo este concreto perfil, tanto el principio de subsidiariedad como el de proporcionalidad competencial

<sup>68</sup> Vid. *infra* núm. III.

podrán ejercer un benéfico influjo indirecto en beneficio de los Entes locales, en la medida en que contribuyan a que la acción de la Comunidad se sujete a ciertas condiciones y presupuestos. Ahora bien, el principio de subsidiariedad, como el de proporcionalidad *ex art. 3.B, párrafo 3.º*, no pueden ser concebidos como cláusulas o instrumentos «anti-integración», aun cuando ambos sean principios jurídicos a los que ha de sujetarse la acción comunitaria. Tampoco constituye un elemento contrario a la integración el principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (*art. F.1 TUE*), puesto que su objeto no es tanto garantizar la soberanía nacional en sentido clásico cuanto sus tradiciones constitucionales<sup>69</sup>.

— Anclar el debate de la subsidiariedad en cuanto instrumento de defensa de las Entidades locales y de las Regiones frente a las instancias superiores —sean éstas internas o comunitarias— en torno al *art. 3.B TCE* o, más ampliamente, en derredor del Derecho comunitario, en lugar de hacerlo ante las respectivas Constituciones nacionales, presenta metodológica y jurídicamente no pocos inconvenientes. La batalla ha de librarse en primer lugar en el «frente interno», tanto para redefinir, en su caso, el reparto competencial entre las Entidades locales, de un lado, y las Comunidades Autónomas y el Estado, de otro, cuanto para hacer más efectiva la participación de tales Entes en la creación y aplicación del Derecho comunitario, así como en la transferencia de nuevas competencias hacia la Comunidad Europea.

— La lógica fascinación que despierta la idea de la subsidiariedad entre las unidades inferiores como argumento político de defensa de la vida local o de crecimiento competencial debiera articularse, pues, en el seno del propio ordenamiento jurídico, evitando así el riesgo de instrumentación del principio comunitario de subsidiariedad o, incluso, del proceso mismo de construcción europea.

### III. LA AUTONOMÍA LOCAL Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

Hoy día se conviene en afirmar que el Derecho comunitario en su conjunto puede afectar a las competencias de los Entes locales, desde diversos ángulos. Conviene notar a este respecto que la única perspectiva que ahora interesa no es la del ejercicio cotidiano de las competencias comunitarias ya atribuidas y su repercusión sobre la esfera local, sino, más exactamente, cómo ha de conjugarse el crecimiento de la Comunidad, y la comunitarización de nuevas competencias, con el respeto y fortalecimiento de los Entes locales. Para un adecuado planteamiento de esta

<sup>69</sup> Con más claridad que en su redacción actual, el *art. F.1* del Proyecto de Tratado de Amsterdam, de 19 de junio de 1997, afirma que «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».

problemática, preciso es analizar los dos elementos fundamentales que la enmarcan, a saber: de un lado, la autonomía local constitucionalmente garantizada (1); de otro, los límites constitucionales que ha de observar el proceso de integración europea y la consiguiente transferencia de competencias hacia la Unión Europea (2). Veámoslo en primer término en el ordenamiento alemán.

## 1. LA AUTONOMÍA LOCAL EN ALEMANIA

La referencia al Derecho comparado, en este caso a la autonomía local en Alemania como límite a la integración europea (arts. 23.I y 28.II GG), resulta sumamente ilustrativa si se tiene en cuenta que nuestro modelo está abiertamente inspirado en aquel ordenamiento<sup>70</sup>. Ello no significa que la autonomía local española (arts. 137, 140, 141 CE) haya sido configurada en términos idénticos a la alemana, ni que el nivel de protección constitucional sea igual (baste pensar que los Entes locales pueden formular allí recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal en defensa de su autonomía). En todo caso, no es posible la importación indiscriminada (tampoco del recurso de amparo) desde el momento en que la autonomía local se inserta en un texto constitucional y en un ordenamiento diverso, como el español, de cuya interacción se ve impregnada, adquiriendo por fuerza una singularidad específica<sup>71</sup>. Ahora bien, aunque nuestra doctrina no pueda ser fiduciaria de la alemana, es evidente, sin embargo, que la inevitable evolución jurisprudencial y doctrinal en torno a la autonomía local en España ha de estar atenta al desarrollo de esta institución garantizada en Alemania, máxime si tenemos en cuenta el estadio de nuestra jurisprudencia constitucional, aún embrionario en términos comparativos, tanto por su juventud, cuanto, sobre todo, por el hecho de que las Entidades locales tienen vedado el acceso directo ante el Tribunal Constitucional, lo que, sin duda, puede impedir el planteamiento de ciertas cuestiones<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> El tema es, con todo, bien conocido entre nuestra doctrina, desde la obra de L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981. Véase también, más recientemente, F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, vol. IV, Civitas, 1991, a los que me remito. Desde una panorámica más general, *vid.* el trabajo de A. GALLEGRO, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 135-167.

<sup>71</sup> En cuanto al método del análisis comparado, me remito a las sucintas reflexiones expuestas en mi trabajo «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en el volumen colectivo sobre *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 226-244.

<sup>72</sup> Ha sido una observación recurrente entre nuestra doctrina. Véanse, v. gr., J. SALAS, «La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional», *REALA*, núm. 245 (1990), pp. 9-22; L. PAREJO ALFONSO, *La Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento jurídico español*, Conferencia sobre la Carta europea de autonomía local, Barcelona, 1992; F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», *cit.* (nota 70), pp. 3214-3215; etcétera.

A nuestro juicio, sin embargo, no debe minusvalorarse la posibilidad, desde luego indirecta, de provocar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a través del proceso contencioso-administrativo. Si se interesa con fundamento, podría prosperar su promoción. También

El apunte sobre la autonomía local alemana interesa aquí a los solos efectos de anotar, de un lado, la esfera de lo indisponible como garantía institucional frente al legislador (art. 28.II GG) y, de otro, su «grado de resistencia» en el proceso de integración europea (art. 23.I GG)<sup>73</sup>.

El art. 28.II GG, de modo más explícito que nuestro art. 137 CE, afirma que a los Municipios se les ha de garantizar el derecho a regular bajo su propia responsabilidad todos los asuntos de carácter local en los términos que señalen las leyes. También las asociaciones de municipios —añade— gozan del derecho a la autonomía de conformidad con la ley y de acuerdo con los respectivos ámbitos competenciales que el ordenamiento les reconozca. La garantía de la autonomía local, concluye el citado artículo, incluye asimismo los recursos necesarios para ejercer sus funciones propias en el orden financiero. El mandato constitucional de garantía de la autonomía local se dirige al legislador de los *Länder*, que es el competente en materia de régimen local.

Los datos, a modo de reseña esquemática, que importa subrayar son los siguientes:

a) *La autonomía local es una institución garantizada.* De acuerdo con la formulación clásica de las garantías institucionales, al legislador le corresponde configurar la institución en los términos que tenga por conveniente, aunque respetando su contenido o núcleo esencial. La remisión de la Constitución al legislador no disuelve la institución; antes bien, la razón de ser de la garantía consiste en hacerla resistente frente a su acción, tanto porque asegura la existencia misma de los Entes locales como el respeto de aquellos rasgos que deban considerarse como característicos o esenciales, a la luz de la evolución histórica de la institución<sup>74</sup>. Para determinar cuál sea ese contenido esencial o núcleo duro que no puede desconocer en ningún caso el legislador ordinario, han de tenerse en cuenta, en efecto, tanto la tradición y evolución histórica cuanto las diversas formas de manifestación o expresión que ha conocido la autonomía local<sup>75</sup>. Pues bien, el análisis histórico demuestra que si bien es cierto que la Constitución no ha garantizado un concreto haz o catálogo de competencias locales, no lo es menos, sin embargo, que sí ha consagrado el principio de la universalidad de la competencia en favor de la institución garantizada, por cuya virtud los Entes locales a que se refiere el art. 28.II GG pueden gestionar cualquier asunto de interés local que no haya sido expresamente atribuido por ley a otra Administración.

---

un recurso directo ante el Tribunal Constitucional habría de superar el trámite de admisión. El problema radica antes en la fundamentación (por qué la autonomía local ha sido lesionada), que en el cauce para su ventilación.

<sup>73</sup> A nuestro limitado propósito, véase, con carácter general, la tesis doctoral de S. WIENHUES, *op. cit.*, pp. 111-153 (nota 60).

<sup>74</sup> Cfr. C. SCHMIDT, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, en *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehens der Handels-Hochschule Berlin*, 1931, pp. 7 y 15 ss., *apud* S. WIENHUES, pp. 112-113 (nota 60).

<sup>75</sup> *Vid.* BVerfGE, 79, 127, 146 y la jurisprudencia allí citada.

Dentro de la institución garantizada de la autonomía local se pueden reconocer tres elementos <sup>76</sup>:

— *La dimensión subjetiva de la garantía institucional*: la Constitución garantiza la existencia de los municipios como forma de organización jurídica, esto es, la indisponibilidad de los municipios como elemento de la estructura administrativa. Se trata, por tanto, de una garantía de la existencia de la institución como tal, no de la pervivencia de cada municipio singularmente considerado.

— *La vertiente objetiva de la garantía institucional*: la Constitución asegura un contenido funcional y competencial, aunque no un catálogo concreto, que se determina por referencia a principios o cláusulas generales. Así, el contenido indisponible que el art. 28.II GG garantiza se describe en términos positivos a través del principio de la *universalidad de la competencia* («todos los asuntos», dice el precepto) y de la cláusula del ejercicio del poder local de acuerdo con su *propia responsabilidad* («regular bajo su propia responsabilidad», señala también el mencionado precepto), esto es, la capacidad de atender los asuntos propios en libertad, sin interferencias de poderes ajenos <sup>77</sup>. Desde el punto de vista material, ese contenido se ciñe o delimita por referencia al ámbito de lo local («asuntos de la comunidad local», como afirma literalmente el art. 28.II GG).

La configuración legislativa debe respetar el contenido esencial de la autonomía local, sin el cual la institución dejaría de pertenecer a un determinado tipo o estructura. En todo caso, para la jurisprudencia constitucional, la cláusula de la universalidad de la competencia resulta indisponible. En palabras del Tribunal, «aunque no forme parte del contenido esencial de la autonomía municipal un catálogo competencial que se determine por referencia a determinadas materias..., sin embargo, sí se integra en él la potestad de asumir, sin necesidad de título especial de atribución, todos los asuntos de carácter local que no hayan sido ya atribuidos por ley a otra Administración...» <sup>78</sup>.

— *La garantía de una posición jurídica subjetiva*: todo municipio tiene derecho a defender cuanto establece el art. 28.II GG también ante el Tribunal Constitucional Federal (recurso de amparo local; art. 93.1.4 GG). No obstante, son los Tribunales Constitucionales de los *Länder* los llamados a conocer de ordinario de esta cuestión. El recurso de amparo ante el Tribunal Federal es subsidiario <sup>79</sup>.

b) *La autonomía local como regla de distribución de competencias* (los asuntos locales corresponden a las Entidades locales). La garantía

<sup>76</sup> Cfr. STERN, en *Bonner-Kommentar*, art. 28, núm. marginal 66 ss., *apud* S. WIENHUES, p. 113 (nota 60).

<sup>77</sup> Cfr. *BVerfGE*, 79, 127, 143.

<sup>78</sup> Cfr. la importante Sentencia *Rastede*, de 1988: *BVerfGE*, 79, 127 (146).

<sup>79</sup> Para un reciente estudio y valoración, *vid.*, por todos, W. HOPPE, «Probleme des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes der kommunalen Selbstverwaltung», en la obra colectiva *Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland und Europa*, Symposium zum 65 Geburtstag von Univ.-Prof. Dr. Willi Blümel, editado por K. Grupp y M. Ronellenfisch, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 67-99.

institucional del art. 28.II GG no agota su contenido en ese núcleo. Como afirma la jurisprudencia constitucional, los municipios no sólo tienen asegurado un núcleo competencial indisponible en los términos antes esbozados. No basta, en efecto, con garantizar el principio de la universalidad de la competencia o de la competencia general, como seña de identidad histórica de la autonomía municipal, sino que es necesario además preservar el derecho de los Entes locales a participar en todos los asuntos que les afecten, dato éste que se desprende de una interpretación finalista del precepto constitucional<sup>80</sup>.

Téngase en cuenta, continúa el Tribunal Constitucional Federal<sup>81</sup>, que el reparto de competencias entre los Entes locales y las demás instancias está siempre transido por una tensión dialéctica que se expresa en la contradicción entre los principios de eficacia administrativa y racionalidad económica, de un lado, y los de mayor proximidad de la Administración al ciudadano y participación, de otro. Es claro que el moderno Estado social y su creciente carga prestacional, los condicionantes económicos, la conservación del medio ambiente, etc., han provocado un continuo proceso de erosión de las competencias locales. Y, sin embargo, el principio de la universalidad de la competencia resulta insuficiente para hacer frente a este proceso<sup>82</sup>. Es más, incluso la misma indisponibilidad de la institución —la autonomía local de los municipios— constituye una garantía de carácter defensivo, que sólo entra en escena *a posteriori*, cuando se constata positivamente que, como consecuencia de un proceso tal, el espacio sobrante no se compeadece con la autonomía local.

Para neutralizar esos riesgos, el art. 28.II GG opone otro muro de contención. La garantía institucional, en conexión con el principio de descentralización, implica el derecho a intervenir en todos los asuntos locales, un fortalecimiento de la unidad más descentralizada y, en suma, sienta la presunción en favor de la competencia local frente a las instancias superiores. Que no es una simple técnica jurídica que se resuelve en una suerte de regla general que admite excepciones lo demuestra el hecho de que, en términos constitucionales, el legislador competencial, para debilitar o atribuir la competencia a otras Entidades, ha de observar importantes criterios sustantivos<sup>83</sup>. Al fin y al cabo, enfatiza el Alto Tribunal, los municipios han sido considerados por el constituyente como célula y germen de la democracia y como el elemento más resistente a la dictadura; una forma de construir la democracia de abajo a arriba<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. *BVerfGE*, 79, 127 (148).

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*. Nótese, en efecto, que el indicado principio sólo tiene sentido en tanto el legislador no le ha atribuido la competencia a otra Entidad o al Estado. El proceso a que hace referencia la citada Sentencia constitucional entraña ese desapoderamiento.

<sup>83</sup> *Ibidem* (149).

<sup>84</sup> Como recuerda el propio Tribunal, la Constitución de Baviera, art. 11.IV, así lo afirma de forma expresa («La autonomía local sirve a la construcción de la democracia en Baviera de abajo a arriba.»). *Ibidem*.

La autonomía supone responsabilidad propia, gestión sin interferencias, y ello permite una efectiva participación del ciudadano en los asuntos de la vida local. Tal es el alto valor que en última instancia encarna la autonomía local <sup>85</sup>.

De ahí se infiere, en suma, que el sistema constitucional de distribución de competencias ha optado, en punto a los asuntos de la comunidad local, por el municipio, opción que ha de respetar el legislador. De ahí que la autonomía local comprenda en principio la gestión de todos los asuntos que sean de su interés. La autonomía local constituye, pues, una regla de distribución de competencias, según la cual, los asuntos locales incumben al municipio <sup>86</sup>.

Para indagar lo que sea interés local, y deslindarlo de la política general, la jurisprudencia ha sintetizado que son *asuntos locales* todos aquellos intereses y necesidades que hunden sus raíces en la comunidad local o guardan con ella una relación específica; y también aquellos que son comunes a los vecinos en cuanto tales, determinando su vida en común en la comunidad política <sup>87</sup>. En ningún caso, se miden por la capacidad del Ente. Tampoco son definibles con independencia de las circunstancias de lugar y tiempo. Ni se determinan de una vez por todas, ni por igual en todos los municipios (factores como el número de habitantes, la extensión del término o su estructura, entre otros, pueden ser decisivos) <sup>88</sup>.

Entre otras consecuencias de esta doctrina, el Alto Tribunal ha reiterado que no basta cualquier razón de interés general para debilitar o menoscabar la esfera local. En concreto, advierte que sólo se podrá sustraer una determinada competencia de marcado carácter local si no hay otra forma de atender o perseguir de forma adecuada los intereses locales. Así, no son fines legítimos la simplificación o unificación administrativas; la concentración de competencias, para una mejor reorganización, por ejemplo; etc. Tampoco constituyen razón suficiente, por sí mismas, la racionalidad económica y la necesidad de contener el gasto. Cuestión distinta es que, de mantenerse la competencia a escala local, se generara un desproporcionado aumento de los costes. Es evidente, insiste la jurisprudencia, que una Administración organizada de forma centralizada podría actuar de modo más eficaz o racional. *Pero la Constitución ha dado la primacía al principio político-democrático de participación de los vecinos en la gestión de sus asuntos públicos por encima de las razones de índole económica* <sup>89</sup>. Lo que tendrá que hacer el Estado es garantizar que los propios Municipios puedan gestionar sus asuntos conforme al principio de racionalidad económica. Pero no podrá privarles de la competencia sin más. A subvenirles para que puedan mantener

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem* (149-151).

<sup>87</sup> *Ibidem* (152).

<sup>88</sup> *Ibidem* (152).

<sup>89</sup> *Ibidem* (153).

Aunque no se trate de una traducción literal ni lineal, conviene notar que el subrayado es nuestro.

la competencia dentro de esos parámetros deberá ceñirse el Estado en primer lugar, sin que el mero hecho de que otras Administraciones superiores sean capaces de desempeñar la competencia con mayor eficiencia y racionalidad económica sea motivo legítimo para atribuirles a éstas la competencia de que se trate.

Por lo demás, el legislador goza de un cierto margen de apreciación y maniobra a la hora de valorar cuáles son los asuntos locales, máxime si se tiene en cuenta que una misma materia puede presentar dimensiones y aspectos diferentes en función de múltiples consideraciones e incluso carecer de ese carácter local en determinados municipios, por ejemplo. Ahora bien, la ley, general y abstracta por definición, no puede entrar a considerar las necesidades de cada municipio singular ni tener en cuenta todas y cada una de las clases de municipios. En caso de conflicto, habrá que enjuiciar si la valoración del legislador resulta razonable a la luz del concepto constitucional indeterminado «asuntos de la comunidad local». Ese margen de apreciación será menor —y mayor el control jurisdiccional— cuanto más se vea afectada la sustancia de la autonomía local.

En resumen, pues, la consagración constitucional de la autonomía local constituye una regla básica del orden de distribución de competencias, plena de consecuencias jurídicas, y por cuya virtud todos los asuntos de carácter local han de quedar en principio en manos de los Entes locales constitucionalmente garantizados (municipios y asociaciones de municipios). La quiebra de esta regla o criterio fundamental ha de estar particularmente justificada<sup>90</sup>. Dicho de otro modo: si la materia, actividad o función posee un significativo carácter local no podrá atribuirse a otras Entidades, a no ser que concurran razones muy especiales, capaces de prevalecer sobre esa regla constitucional de distribución de competencias que se localiza en el citado art 28.II GG.

c) A modo de síntesis<sup>91</sup>, cabe afirmar que el reconocimiento constitucional de la autonomía local en Alemania implica, en primer lugar, un contenido o núcleo esencial (protección de carácter absoluto). No respondería a la imagen de la institución constitucionalmente garantizada un municipio que no ostentara competencias propias o que sólo pudiera desempeñar competencias de las que no es titular. En segundo término, para que sea constitucionalmente válido el debilitamiento o minoración de competencias habrán de concurrir razones prevalentes de interés general (en beneficio de los propios Entes). En virtud de este precepto constitucional y del criterio competencial que de él cabe derivar, el Estado ha de limitarse en principio a asegurar y garantizar que los municipios puedan ejercer sus competencias por sí mismos<sup>92</sup>. Por último, todas las

<sup>90</sup> La autonomía local entraña una primacía o preferencia competencial de los municipios, principio éste más exigente que el de proporcionalidad de la intervención. *Vid.* WIENHUES, *ob. cit.*, pp. 118-119, y las referencias doctrinales allí contenidas; asimismo cfr. más arriba la dinámica del principio de proporcionalidad en el ámbito competencial comunitario: núm. II.6.

<sup>91</sup> Me remito a WIENHUES, *ob. cit.*, p. 119 (nota 60). A nuestro limitado propósito, y a efectos instrumentales, es suficiente este sucinto análisis.

<sup>92</sup> Cfr. *BVerfGE*, 79, 127 (153).

medidas emanadas de los órganos de la Federación (en especial, las legislativas) que sean susceptibles de incidir sobre la esfera competencial de los municipios han de ser conformes con la institución garantizada, a tal propósito las leyes son residenciables ante el Tribunal Constitucional<sup>93</sup>. Con todo, la situación no se considera satisfactoria y no son pocas las propuestas de reforma, señaladamente en la línea de incluir en el propio art. 28 GG la afirmación de que la autonomía local comprende también el marco adecuado para que pueda actuar en el plano financiero, bajo su propia responsabilidad<sup>94</sup>. Dos son las piezas claves, a juicio de la doctrina más autorizada, para el fortalecimiento de la autonomía local: la mejora del sistema de financiación y el incremento de la participación de los Entes locales en los asuntos que les atañen, tanto más cuanto mayores sean los límites o los recortes que se le impongan a la autonomía local (sistema de compensación por medio de una más efectiva participación)<sup>95</sup>.

En relación con Europa, y al margen de que el propio Derecho comunitario pueda densificar los mecanismos participativos (sea a través del Comité o respecto de cada política sectorial), se ha llegado a propugnar la reforma de la Constitución en pro de una mayor participación de los Entes locales en la formación y aplicación de aquel Derecho, de modo semejante a lo que, para los *Länder*, ha supuesto el art. 23 GG (cfr. el siguiente epígrafe)<sup>96</sup>.

## 2. LA TRANSFERENCIA DE NUEVAS COMPETENCIAS A LA UNIÓN EUROPEA Y LA TUTELA DE LA AUTONOMÍA LOCAL EN ALEMANIA

El art. 23 GG regula las condiciones y los límites constitucionales de la integración europea. Este precepto ha modificado sustancialmente el sistema anterior, que descansaba en el art. 24 GG, similar a nuestro art. 93 CE, y supone, sin duda, un evidente cambio cualitativo a la hora de autorizar la transferencia de competencias hacia la Unión Europea. El modelo anterior era bien parco y apenas establecía límites expresos a tal operación. Con todo, el Tribunal Constitucional Federal había podido subrayar que el art. 24 GG no constituía un precepto aislado, que permitiera una interpretación fragmentada; de ahí hizo desprender la necesidad de que la integración europea se acomodara a los principios

<sup>93</sup> *Ibidem* (154).

<sup>94</sup> Así, v. gr., la Comisión Constitucional mixta, en su informe de 5 de noviembre de 1993. *Apud* S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung», cit. (nota 58), p. 30. Por otro lado, S. MAGIERA, considera que sería deseable que la Unión Europea dispensara una protección o tutela adicional a la autonomía local, que detuviera la, advertida por la doctrina, progresiva erosión competencial que, a nivel interno, vienen padeciendo los Entes locales. Cfr. «Kommunale Selbstverwaltung», cit., p. 14, opinión que no podemos compartir por cuanto ha quedado dicho (especialmente, en II.7 y 8).

<sup>95</sup> Vid. W. BLÜMEL, «Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart», *VVDStRL*, 36 (1978); S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung», cit. (nota 58), pp. 30-33.

<sup>96</sup> S. MAGIERA, «Kommunale Selbstverwaltung», cit. (nota 58), p. 32.

constitucionales fundamentales y a los valores que la Constitución encarna. Ni el Derecho comunitario originario ni el derivado podían, en consecuencia, socavar las estructuras fundamentales de la Constitución o su identidad<sup>97</sup>.

El art. 23 GG, por contraste con el art. 24 GG, recoge expresamente los criterios y principios que disciplina el proceso de integración europea. Denominado como el «precepto europeo», presenta cuatro puntos capitales: 1) una decidida apuesta constitucional por la Unión Europea; 2) la expresa consagración de los principios inalienables a los que se condiciona la participación alemana en el proceso de integración (Estado social y democrático de Derecho; federalismo y subsidiariedad; una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales); 3) la aplicación del procedimiento normal de reforma constitucional a todas las modificaciones de la *Grundgesetz* que traigan su causa de la Unión Europea (es decir, una mayoría de dos tercios en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*: art. 79.II y III GG), y 4) un acusado fortalecimiento de la participación de los *Länder* en la política europea, concebida ya como política interior europea y no como materia de relaciones internacionales, que es de la exclusiva competencia de la Federación<sup>98</sup>.

En lo que ahora interesa, la primera parte del art. 23.I GG dispone que:

«Para la consecución de una Europa unida, la República Federal de Alemania participará en el desarrollo de la Unión Europea, cuya realización se condiciona<sup>99</sup> a la salvaguardia de los principios del Estado democrático, social y de Derecho, al principio federal y al principio de subsidiariedad, y a que se garantice una tutela judicial de los derechos fundamentales que sea en esencia comparable a la dispensada por esta Ley Fundamental.»

Cuatro aspectos cabe destacar de este precepto:

— El art. 23.I GG establece los presupuestos formales (reserva de ley y procedimiento de reforma constitucional) y materiales (principios) para la transferencia de competencias a la Unión.

— En su primer inciso contiene lo que ha venido en llamarse una cláusula de apertura hacia la integración, con la que el Estado en su conjunto se compromete en la tarea de la unificación europea, para la que podrá transferir nuevas competencias —mediante ley que tenga la aprobación del *Bundesrat*—, siempre que —como condición sustantiva—

<sup>97</sup> Véase R. HOFMANN, «Los Länder alemanes y el Derecho Comunitario», en J. BARNÉS (coordinador), *La Comunidad Europea...*, cit. (nota 1); asimismo, WIENHUES, *op. cit.*, pp. 121-127 (nota 60).

<sup>98</sup> Para una introducción, pueden verse: J. BARNÉS, «Europa y la Grundgesetz. El nuevo precepto europeo (art. 23 GG)», en J. BARNÉS (coordinador), *La Comunidad Europea...*, cit. (nota 1), pp. 597-607; y especialmente S. WIENHUES, pp. 127-153 (nota 60).

<sup>99</sup> Literalmente el precepto afirma que la Unión Europea está obligada o sujeta a los principios que enumera. La traducción propuesta, sin embargo, parece encajar mejor con lo literario y la idea de fondo.

la Unión Europea respete los principios del Estado social, democrático y de Derecho, del federalismo y del principio de subsidiariedad, y se garantice una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales análoga a la que dispensa la *Grundgesetz* (es lo que se ha calificado como «cláusula de garantía de los principios estructurales» de la Constitución por cuanto se incorporan al proceso europeo determinados principios constitutivos de la Ley Fundamental arts. 20.I y 28.I).

— Sin duda, sorprende la invocación de los principios del federalismo y de subsidiariedad como presupuestos de la Unión Europea. La llamada al federalismo significa, en primer término, que el proceso de integración no puede poner en cuestión la estructura federal de Alemania. El art. 23.I GG se pronuncia expresamente por una planta europea de tres niveles (Unión Europea-Estado-*Länder* o instancia regional, y en cuyo edificio está implícita la autonomía local). Parece clara, por otra parte, la intención de utilizar el parámetro de la subsidiariedad para las nuevas atribuciones competenciales a la Comunidad.

— Las reformas constitucionales que traigan su origen de la Unión Europea ya no gozarán del «trato de favor» que les dispensó desde el nacimiento de las Comunidades el art. 24 GG (análogo, como ha quedado dicho, a nuestro art. 93 CE). Cualquier reforma de la *Grundgesetz* en razón del proceso de integración deberá, por tanto, sujetarse a las condiciones generales y comunes (art. 79.II y III: mayoría de dos tercios en ambas Cámaras, con una fuerte participación de los *Länder*).

El legislador de la integración europea, pues, no sólo ha de observar ciertos límites formales (mayoría cualificada de dos tercios en ambas Cámaras), sino los indicados criterios materiales y, en lo que ahora importa, el de subsidiariedad. Obviamente, tales criterios no vinculan —en términos jurídicos— a la Unión Europea. El art. 23.I GG se limita a sentar cuáles son los valores esenciales e irrenunciables de la Constitución alemana en el proceso de integración europea. Ahora bien, los poderes públicos nacionales, en particular el legislador federal, sí están obligados a su cumplimiento, del que depende, en última instancia, la primacía y directa aplicación del Derecho comunitario en territorio alemán. En síntesis, ha de subrayarse que esta reforma constitucional, en lo que ahora importa, no supone sino un fortalecimiento de las estructuras o plantas internas, señaladamente la representada por los *Länder*, en punto a la integración europea. Pero el art. 23 GG se circunscribe al plano nacional; esto es, no traslada a la Unión Europea la responsabilidad de su efectividad, ni siquiera en la hipótesis de que el Tribunal Constitucional Federal se viera obligado a enjuiciar si una nueva transferencia de competencias internas se muestra respetuosa con el principio de subsidiariedad o, lo que es lo mismo, justificada por la necesidad de que una instancia superior, la Unión Europea, ejerza la competencia nacional.

Por lo demás, el constituyente, mediante la reforma del art. 23 GG, ha querido garantizar la existencia de la autonomía local, como acredita el análisis de los debates parlamentarios. No parece, sin embargo, que

desde este precepto constitucional se haya pretendido asegurar la dimensión objetiva de la garantía institucional de la autonomía local<sup>100</sup>. El art. 23.I GG ofrece una protección menor a los Entes locales que la que brinda el art. 28.II GG. Dicho de otro modo: a la luz de una interpretación histórica, teleológica y sistemática de ambos preceptos, ha de concluirse que, ante el «avance europeo», la Constitución sólo ofrecería resistencia de la mano del art. 23.I GG frente a aquellos actos emanados de la Comunidad que afectaran a la existencia de la institución garantizada (esto es, a su dimensión subjetiva), impidiendo entonces su primacía y directa aplicación. Pero fuera de esa hipótesis extrema, cuando la Comunidad imponga límites o restricciones a la esfera local, el Derecho comunitario tendrá primacía y será de directa aplicación, sin que a ello pueda oponerse el art. 28.II GG. Ello significa que la dimensión objetiva de la garantía institucional que descansa en el art. 28.II GG (núcleo indisponible; principios de universalidad y de actuación de acuerdo con la propia responsabilidad) no forma parte del muro de contención que cabría alzar ante el proceso de integración europea, es decir, no goza del mismo carácter irrenunciable e indisponible en el plano europeo que los principios estructurales consagrados en el art. 23.I GG<sup>101</sup>. Los límites que el art. 28.II GG impone al legislador interno no son, pues, iguales que los que exige del legislador cuando actúa en pro de la integración europea (en particular, frente a la ley de autorización del tratado)<sup>102</sup>.

### 3. LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL ART. 93 CE

a) No se pretende aquí ofrecer un retrato, siquiera incompleto, de lo que la garantía institucional de la autonomía local supone para los Entes locales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada<sup>103</sup>. Es suficiente con retener, a nuestro limitado propósito, que su contenido se articula, en sentido positivo, en un derecho de la comunidad local a la participación a través de órganos propios en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen; que la referencia a la «gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 CE) no pretende acotar un determinado catálogo de competencias, ni una concreta clase de intereses públicos, sino predicar la autonomía de toda clase de inte-

<sup>100</sup> Vid. la interpretación histórica del precepto en S. WIENHUES, *op. cit.*, pp. 133-135 (nota 60).

<sup>101</sup> Cfr. S. WIENHUES, *op. cit.*, pp. 138-142 (nota 60).

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Entre la ya muy abundante literatura, a nuestros efectos, baste citar los siguientes trabajos: M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid, 1990; A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local. El control sobre las Corporaciones locales: el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, CEC, Madrid, 1990; J. ESTEVE PARDO, «Garantía institucional y/o función constitucional», *REDC*, 31 (1991); L. PAREJO ALFONSO, «La autonomía local: contenido constitucional y configuración legal básica», *Cuadernos de Derecho Judicial: Administración autonómica*, CGPJ, Madrid, 1992, así como *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981; F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», *cit.* (nota 70); etcétera.

reses que afecten a la esfera local (lo cual, por cierto, permitiría fundamentar, a nuestro juicio, lo que en la doctrina alemana se conoce como principio de la «universalidad de la competencia», si bien es cierto que la referencia constitucional a la universalidad de fines y, por tanto, de intereses de las comunidades locales en primera instancia se traduce en un derecho a participar). Por otro lado, puede inferirse de la garantía institucional un componente o elemento emparentado con la lógica de la subsidiariedad —la primacía competencial del Ente local— en la medida en que la sustracción o debilitamiento de las competencias locales que integran su acervo actual sólo se justifica y puede hacerse si hay para ello «razón suficiente», como afirmara el Tribunal Constitucional desde temprana jurisprudencia<sup>104</sup>, lo que es tanto como decir que no basta cualquier motivo<sup>105</sup>.

Sin necesidad de un examen más detenido, y a resultas de cuanto antecede, parece claro que nuestra jurisprudencia constitucional en punto a la autonomía local, como ha quedado dicho, no ha tenido ocasión de alcanzar el grado de madurez que ya posee la alemana. Hasta el momento, por otra parte, los Entes locales gozan de una protección sensiblemente inferior a la que disfrutaban sus homólogos alemanes. No obstante lo cual, nuestra Constitución admite una construcción jurisprudencial semejante a la desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal.

Por lo demás, sabemos que la Constitución no ha consagrado, al menos de forma explícita, el principio de subsidiariedad y que tampoco se ha impuesto en el ámbito de las Entidades locales. Ahora bien, aunque sea cierto que *autonomía local* y *subsidiariedad* —entendida como primacía competencial de la unidad inferior— no son magnitudes conceptual y técnicamente intercambiables, como ya notábamos<sup>106</sup>, no lo es menos, sin embargo, que tienen un claro punto de intercesión si se admite, como en Alemania, que la consagración constitucional de la autonomía local encierra una regla de distribución de competencias, a tenor de la cual los asuntos locales, en principio, han de quedar en manos de los Entes locales. No obstante lo cual, este postulado se asienta en la garantía institucional de la autonomía local, sin necesidad del auxilio de la doctrina de la subsidiariedad que, además de no haber sido consagrada, nada nuevo aportaría aquí.

b) En cuanto al art. 93 CE y los bienes y valores que la Constitución considera irrenunciables en el proceso de integración europea, baste un apunte acerca del grado de resistencia que la autonomía local es capaz de oponer frente al Derecho comunitario originario y derivado. A nuestro juicio, y aunque el apoyo textual y jurisprudencial resulte aún escaso<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Cfr. STC 32/1981, fundamento jurídico 3, *in fine*.

<sup>105</sup> Sobre el sentido de esta expresión, *vid. supra* II.1.c), II.6, II.7, y III.1.b). Cfr. L. PAREJO ALFONSO, «La autonomía local», cit., p. 211 (nota 103).

<sup>106</sup> *Vid. supra* señaladamente núms. I.4.a) y II.9.

<sup>107</sup> *Vid. ahora* STC 28/1991, fundamento jurídico 4; Dictamen del TC de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4. El Tribunal Constitucional ha intentado una interpretación jurisprudencial

si se compara con el modelo alemán, puede llegarse a una conclusión semejante a la que en aquel ordenamiento se postula: la existencia de los Entes locales y la autonomía que de ellos se predica forma parte de los elementos estructurales que la Constitución considera indisponibles. Sin embargo, el Derecho comunitario puede incidir, limitar o restringir el concreto haz de facultades y competencias de que están investidos los Entes locales, sin que sea posible invocar frente al legislador europeo la dimensión objetiva de la garantía institucional. Dicho en otros términos, el art. 93 CE permite y autoriza la cesión o transferencia de competencias locales a la Comunidad <sup>108</sup>. No así su supresión o completo vaciamiento. Se trata, pues, de un dique o muro de contención para supuestos de desbordamiento ciertamente extremos.

#### IV. EL LEGISLADOR COMPETENCIAL Y LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LAS ENTIDADES LOCALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA SUBSIDIARIEDAD

##### 1. INTRODUCCIÓN: UNA NOTA SOBRE LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Sin perjuicio de otros posibles puntos de intersección entre la subsidiariedad y autonomía local, tomamos aquí uno de los elementos esenciales de aquélla, el principio de máxima proximidad al ciudadano —en realidad, la otra cara de la regla de la primacía competencial de la unidad más pequeña—, para introducirnos en el problema del marco de acción del legislador competencial <sup>109</sup>.

Pues bien, la exigencia de implantar el principio de subsidiariedad en el Régimen local no proviene del Derecho de las Comunidades Europeas, sino de la Carta Europea de Autonomía Local que tras su ratificación se ha convertido en Derecho interno de buena parte de los países comunitarios <sup>110</sup>.

Por contraste con la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el diseño de nuestro Régimen local parece

---

del art. 93 CE, con todo, estricta y estrecha, cuando hace notar que «los enunciados de la Constitución no pueden ser contradictorios sino mediante su reforma expresa»; que se transfiere el ejercicio de la competencia, no su titularidad; y que ello supone modular el ámbito de aplicación de las reglas competenciales, pero no su enunciado mismo (cfr. Dictamen de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4). El Tribunal Constitucional mantiene, en suma, una concepción más restrictiva que la que sostuvo el Consejo de Estado, en su Dictamen 850/91, de 20 de junio de 1991.

<sup>108</sup> El Tribunal Constitucional advierte que se transfiere el *ejercicio de la competencia*, no su titularidad. Cfr. Dictamen de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4.

<sup>109</sup> Es usual, en efecto, entre la doctrina, europea o comparada, entender «subsidiariedad» y «proximidad al ciudadano» como conceptos en cierto modo sinónimos. *Vid.* un breve análisis en C. CALLIES, *Subsidiaritäts und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 26-27.

<sup>110</sup> *Vid.*, para una introducción, L. PAREJO ALFONSO, «La autonomía local», cit., pp. 213 ss. (nota 103); y L. ORTEGA, «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», *REALA*, 259 (1993), pp.475-497.

aproximarse con mayor fidelidad, y en líneas generales, al concepto de subsidiariedad que la Carta establece (art. 4.3). El legislador ordinario ha ensayado una de las versiones que la Constitución consiente, a través de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, norma estatal de cabecera, e integrada, en cuanto a atribución de competencias, por la legislación sectorial —estatal o autonómica.

La Ley de Bases de Régimen Local (1985), en su art. 2, ha establecido el principio clave: las Entidades locales tienen derecho a intervenir —a participar— en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses:

«Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los *principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.*»

En su virtud, la Ley de Bases de Régimen Local distingue, en el ámbito de las competencias propias, dos núcleos competenciales básicos: los servicios municipales mínimos cuya prestación es obligatoria (art. 26: alumbrado, limpieza viaria, abastecimiento de agua, etc.) y el bloque material (art. 25: urbanismo, vivienda, transporte, protección civil, protección del medio ambiente, etc.) respecto del cual se garantiza la necesaria presencia municipal en la gestión, pero sin determinar el *quantum* concreto de su participación, tarea ésta que queda diferida al legislador sectorial, estatal o autonómico, de acuerdo con los citados principios de descentralización y máxima proximidad al ciudadano. Finalmente, y como broche de cierre, la Ley de Bases establece cláusulas generales de capacidad de actuación para la Administración local<sup>111</sup>, lo cual, por cierto, permite entender que la propia LBRL habría reconocido una competencia general de los Municipios para todas las materias no expresamente atribuidas a las Comunidades Autónomas o al Estado<sup>112</sup>. En otro plano, se sitúan las competencias delegadas que las demás administraciones pueden otorgarles (art. 27).

<sup>111</sup> Así, respecto de los Municipios, el art. 25.1 LBRL dispone que «El Municipio, para la gestión de sus respectivos intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal».

<sup>112</sup> Es interesante —y suscribible— la interpretación de la LBRL que, en un intento de desbloquear esta cláusula en nuestro Régimen local, postula F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», cit. (nota 70), pp. 316 ss.

A ello cabe añadir, a nuestro juicio, que la LBRL no hace sino reconocer algo que está insito a la autonomía local. La clave, pues, en definitiva, reside en fundar esta cláusula en la propia Constitución (art. 137 CE).

Al cabo de cuanto antecede, salta a la vista la similitud de esta regulación competencial con lo dispuesto por el art. 4.3 de la Carta, en cuya virtud «el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía». Los principios de descentralización y de máxima proximidad a los ciudadanos que contiene el art. 2.1 de la Ley Básica de Régimen Local responden a esta lógica, así como los criterios que excepcionan su radicación al nivel local: cuando la naturaleza de la actividad y la capacidad de gestión de la instancia local aconsejan transferirla hacia arriba.

No obstante, y según hemos visto, el bloque material de competencias en las que intervendrá el Municipio de acuerdo con el grado e intensidad que fije el legislador sectorial es una garantía formulada negativamente, en el sentido de que no puede verse privado de toda participación en aquellas materias que enumera la Ley de Bases (art. 25.2). La veracidad del sistema depende, en última instancia, de la legislación sectorial, que es la que ha de decidir, de acuerdo con los indicados principios, el grado de intervención del Municipio en la materia de que se trate. Lo mismo cabe decir respecto de las Provincias (art. 36 del mismo cuerpo legal). Y es aquí, en la práctica, donde ha de medirse la efectividad del principio de la máxima proximidad al ciudadano, y con él un rasgo esencial de la doctrina de la subsidiariedad.

En otro orden de cosas, la primacía o preferencia competencial se predica, primero del Municipio, la Entidad local más próxima al ciudadano, y, después, en su caso, de la Provincia. La autonomía local, sin embargo, no alcanza a las entidades territoriales inferiores al Municipio<sup>113</sup>. Y, con carácter más general, el Tribunal Constitucional ha reiterado que, si bien es cierto que la creación de nuevas entidades (v. gr., infra o supramunicipales) necesariamente ha de repercutir en la redistribución de los niveles competenciales de las entidades existentes, no lo es menos que esa reacomodación competencial no puede ser a costa de eliminar las competencias de las entidades cuya autonomía queda constitucionalmente garantizada, esto es, en detrimento de Municipios y Provincias<sup>114</sup>. A este respecto, resulta clave la intervención del legislador básico fijando competencias mínimas en favor de las Entidades locales constitucionalmente garantizadas<sup>115</sup>.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de hacer pronunciamiento alguno sobre la autonomía local y el principio de subsidiariedad. La garantía de la autonomía local (art. 137 CE) se ha visto siempre desde otras perspectivas. Tampoco se ha ocupado —como no podía ser de otra forma— del principio de subsidiariedad a que

<sup>113</sup> Cfr. STC 214/1989, fundamento jurídico 4.

<sup>114</sup> Cfr. STC 214/1989, fundamento jurídico 13.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

se refiere el art. 3.B TCE, cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea <sup>116</sup>.

## 2. LA SUBSIDIARIEDAD COMO CRITERIO O REGLA DE RAZÓN EN MANOS DEL LEGISLADOR COMPETENCIAL (ESTATAL Y AUTONÓMICO)

Más allá del contenido indisponible reconocido por la Constitución en forma de garantía institucional, la autonomía legal es un concepto jurídico de contenido legal, susceptible de configuraciones diversas, igualmente válidas siempre que respeten ese núcleo mínimo <sup>117</sup>. Situados, pues, en la óptica de lo constitucionalmente admisible, interesa indagar si el orden constitucional de distribución de competencias permitiría la libre configuración legislativa de un Régimen local en el que el reparto estuviera presidido por la idea de la subsidiariedad.

Así planteado, la respuesta no puede ser sino afirmativa. Nada parece oponerse en la Constitución, antes al contrario, a que el legislador apueste por un grado de descentralización (art. 103.1 CE); por un nivel de autonomía (art. 137, 140 CE); y de participación de los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE), que se inspire abiertamente en la idea de subsidiariedad. Ahora bien, si nos hallamos en el terreno de la libre esfera de actuación legislativa, es obvio que la realidad del sistema dependerá de la concurrencia del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La presencia de la lógica de la subsidiariedad admitiría múltiples combinaciones de intensidad y extensión. Así, por ejemplo, podría constituir el criterio determinante para la asignación de nuevas competencias o, por el contrario, uno más entre tantos; por su parte, el legislador competente podría referirlo a uno o varios sectores determinados, o proyectarlo con carácter universal; etcétera.

En suma, en lo que tiene la garantía institucional de concepto legal, de remisión necesaria al legislador competencial, no hay óbice constitucional alguno para que la subsidiariedad presida, como regla de razón, tanto la atribución y redefinición del haz de competencias, como la organización administrativa y, por supuesto, la dotación de los medios financieros suficientes. En esa tarea, y pese al carácter bifronte del régimen local español, el legislador básico tiene un protagonismo indudable en punto a la organización administrativa y el sistema de financiación (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE). Corresponde al legislador estatal, ha afirmado el Tribunal Constitucional, la fijación de los principios básicos en orden

<sup>116</sup> Como mero *obiter dicta*, la única Sentencia constitucional que hace referencia a tal principio, aunque, a nuestro juicio, con escasa fortuna, es la STC 102/1995, en diversos fundamentos [9 y 14.b)], cuando compara la competencia estatal sobre la legislación básica para la protección del medio ambiente —entendida como mínimos de protección susceptibles de ser adicionados por las Comunidades Autónomas, con el sistema del principio de subsidiariedad comunitaria (*sic*: cfr. fundamento jurídico 9).

<sup>117</sup> Cfr. STC 170/1989, fundamento jurídico 9. *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, «La autonomía local», cit. (nota 103), pp. 213 ss.

a las competencias que deban reconocerse a las Entidades locales, estableciendo y garantizando, a tal fin, su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de intereses y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos<sup>118</sup>. Las leyes estatales deberán decir, pues, qué competencias corresponden en una materia compartida a las Entidades locales, por ser ello necesario para garantizarles su autonomía; ahora bien, sin exceder de lo necesario a tal propósito. De lo contrario, habrá invadido la competencia autonómica, de la que no puede disponer, como es obvio, el Estado<sup>119</sup>.

## V. UNA REFLEXIÓN FINAL

La posición clave que ocupan los Entes locales de los que se predica la autonomía en nuestro sistema constitucional se asienta sobre fuertes y profundos pilares: la garantía constitucional de la autonomía local, en forma de garantía institucional; su legitimidad democrática propia; el principio de participación y la cláusula del Estado democrático; el principio de descentralización; el de máxima proximidad de la decisión y gestión administrativa a los ciudadanos; entre otros.

Aunque se trate de magnitudes diferentes, como ya nos consta, no faltan tampoco interacciones, intersecciones o rasgos que, por convención, se localizan en el interior de la doctrina de la subsidiariedad, y que sí han tenido respaldo normativo (v. gr.: art. 2 LBRL y el principio de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos; art. 137 CE, entendido como regla de preferencia competencial en todos los asuntos de carácter local). Importa subrayar, con todo, que la autonomía local constituye una garantía absoluta, esto es, un mínimo irreductible, que no puede ser desconocido o debilitado aun cuando la subsidiariedad —en forma de racionalidad económica o eficacia, p. ej.— aconsejara asignar la competencia a otra Entidad o a la Comunidad Autónoma o al Estado<sup>120</sup>.

De ahí se extrae, a nuestro juicio, entre otras consecuencias, que el fortalecimiento de los Entes locales, de acuerdo con la pauta metodológica aquí adoptada, puede vertebrarse en torno a dos flancos: de un lado, *en el plano de lo constitucionalmente indisponible*, habría que ahondar en el alcance y contenido de la *garantía institucional* como garantía absoluta (a), mientras que, de otro, *en el ámbito de la libre esfera del legislador competencial*, el argumento de la *subsidiariedad* podría mostrarse especialmente idóneo (b).

<sup>118</sup> Cfr. STC 214/1989, fundamento jurídico 3.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Vid. supra* núm. I.4.a).

a) En este marco, en efecto, acaso la cuestión reside, ante todo, en apurar (legislativa y jurisprudencialmente) el contorno o perímetro de la institución constitucionalmente garantizada, agotar su efecto protector y el núcleo mínimo. En ese empeño, y por comparación con el modelo alemán, cabría poner el acento, a nuestro juicio, sobre dos elementos capitales: el principio de *universalidad de la competencia* y la *primacía competencial* de Municipios y Provincias para los asuntos locales, dos criterios derivables de su reconocimiento constitucional (art. 137 CE); el uno juega ante la falta de habilitación legal expresa en punto a la atribución de competencias; el otro, en cambio, sirve para frenar y filtrar los desapoderamientos, las atribuciones competenciales a otras instancias superiores; el primero es de carácter defensivo y actúa *a posteriori*, el segundo tiene naturaleza preventiva. Recordemos su sentido:

— El principio de «universalidad de la competencia» o, en otros términos, la regla de la competencia general en favor de las Entidades locales se traduce en que a éstas les corresponde todo lo que no haya sido expresamente atribuido a las Comunidades Autónomas, al Estado o a la Unión Europea. Nuestro ordenamiento proporciona datos suficientes para sostener, como en el caso alemán, que las Entidades locales no sólo hacen lo que la ley les asigna, sino que tienen reconocida constitucional (arts. 137, 140, 141 CE) y legalmente [arts. 2, 25, 36.1.d) LBRL] una presunción de competencia general<sup>121</sup>, que lo será, ante todo y en primer término, en favor del Municipio, incluso frente a la Provincia<sup>122</sup>.

— La autonomía local encarna al tiempo una regla de distribución de competencias que supone no ya sólo una genérica presunción de primacía competencial de la unidad más pequeña (subsidiariedad), sino, más en concreto, que los asuntos locales corresponden, en principio, a los Entes locales respectivos. La Constitución, en efecto, les ha atribuido la gestión de todos los asuntos locales, aun cuando sea el legislador el que deba definir cuáles sean éstos. Este criterio de distribución de competencias se nos antoja particularmente fecundo, si se tiene en cuenta que su quiebra o excepción, para ser válida, ha de observar dos rigurosos parámetros, íntimamente entrelazados entre sí: el principio de proporcionalidad, de un lado, y la legitimidad del fin que persiga el desapoderamiento, de otro. El primero se refiere a los medios (el fin no justifica cualquier medio); el segundo, al fin en sí mismo (no todo fin resulta legítimo).

Emparentado con la doctrina de la subsidiariedad, aunque conceptualmente autónomo, el principio de proporcionalidad (en la esfera competencial) constituye una regla a tenor de la cual el legislador sólo podrá

<sup>121</sup> Incluso, en el plano de las fuentes, una tal presunción puede dar apoyo para que las Entidades locales incidan en todos aquellos ámbitos que no hayan sido formalmente reservados a la ley.

La jurisprudencia contencioso-administrativa alemana no ha dudado en reconocerles a los municipios una potestad originaria a dictar normas (*Satzungen*, u ordenanzas). Cfr. *BVerwGE*, 6, 247, 252.

<sup>122</sup> *Vid. supra* núm. IV.1.

sustraer o debilitar el acervo competencial de los Entes locales autónomos —en punto a las materias de marcado carácter local— cuando no exista otra alternativa menos gravosa y siempre en su propio beneficio. Se trata, pues, de poner a la Entidad local en condiciones de que pueda ejercer la competencia por sí misma (medio alternativo menos gravoso o intenso), no de que sea asumida sin más por el nivel superior. En esta línea se inscriben, por ejemplo, el incremento de los recursos financieros; o el establecimiento de los instrumentos y figuras jurídicas que permitan la ayuda y auxilio entre los Entes locales (convenios, asociaciones, mancomunidades,...); etcétera <sup>123</sup>.

Por virtud del segundo criterio, no podrá atribuirse una materia de fuerte carácter local a las Comunidades Autónomas o al Estado si no hay una razón o un motivo suficiente, que sea capaz de prevalecer sobre la regla competencial que la autonomía local expresa. Y no lo son, sin más, la mera racionalidad económica, ni motivos de eficacia administrativa. Como fórmula de síntesis y en palabras de la jurisprudencia alemana, cabría afirmar que el desapoderamiento de una competencia de carácter local sólo puede hacerse en el propio beneficio o interés del municipio, en particular cuando no sea posible su ejercicio o cumplimiento a este nivel <sup>124</sup>.

b) En el plano de lo constitucionalmente admisible, tiene plena cabida la doctrina de la subsidiariedad como regla de razón y prudencia que inspire al legislador. Es más, si nos sustraemos de la lógica de los mínimos inexcusables en la que se sitúa indefectiblemente la norma constitucional —aquí, del núcleo mínimo de la institución garantizada— y, en consecuencia, escapamos a la mentalidad del «aprobado» constitucional como meta final (lo que genera en no pocas ocasiones un evidente efecto perverso de las garantías), la idea de la subsidiariedad debiera presidir en mayor o menor medida —pues entra dentro de la libre apreciación política— la acción del legislador competencial, estatal o autonómico, si se tienen en cuenta las llamadas constitucionales en tal dirección: principio de descentralización; los Entes locales como administraciones constitucionalmente indisponibles, dotados de autonomía; etc. El contenido específico o los parámetros sustantivos en que se articulara la subsidiariedad a juicio del legislador (suficiencia, eficacia, etc.) arrojarían resultados variables en cada tiempo y lugar.

Por encima, pues, de ese común denominador que ha de respetarse (*supra* «a») y ya en el terreno de la libre configuración legislativa, la doctrina de la subsidiariedad puede ser invocada en el debate político en una triple dirección: a) en primer lugar, como argumento de defensa de los Entes locales, a fin de evitar que la unidad superior intervenga o asuma la competencia, cuando ello no es necesario a la vista de la

<sup>123</sup> Entre otras muchas opciones, el recurso a las fórmulas de cooperación y asociación entre Municipios y, desde luego, el auxilio de la Provincia forman parte de las primeras soluciones que han de ser tenidas en cuenta.

<sup>124</sup> Cfr. *BVerfGE*, 79, 129.

capacidad de Municipios y Provincias; *b*) en segundo término, como derecho al auxilio o ayuda de la unidad superior (*subsidium*), a fin de obtener los medios necesarios que le permitan resolver los asuntos con su propia iniciativa y responsabilidad; *c*) en último lugar, como fórmula para acrecer nuevas competencias.