

El gobierno local en la reforma de los estatutos

Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los estatutos de autonomía¹

Francisco Velasco Caballero
*Instituto de Derecho Local
 de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. Introducción: reforzamiento de los gobiernos locales y reforma de los estatutos de autonomía.
2. Límites normativos a la reforma estatutaria.
 - 2.1. Derecho comunitario europeo. 2.2. La Carta Europea de la Autonomía Local. 2.3. La Constitución. 2.3.1. Materia estatutaria. 2.3.2. Inalterabilidad de la posición constitucional de las comunidades autónomas. 2.3.3. Garantía constitucional de la autonomía local. 2.3.4. Autonomía municipal. 2.3.5. Autonomía provincial.
3. Posibilidades de regulación de la autonomía local en los estatutos de autonomía.
 - 3.1. Ampliación subjetiva de la autonomía local. 3.2. Diferenciación de diversos niveles de autonomía local. 3.3. Incorporación al estatuto de garantías no incluidas en el “núcleo esencial” de la autonomía local. 3.4. Reforzamiento de la integridad local. 3.5. Garantía financiera de la autonomía local. 3.6. Concreción de materias competenciales. 3.7. Subjetivación de la autonomía local.
4. Subsidiariedad.
 - 4.1. Introducción. 4.2. Anfibología del principio de subsidiariedad. 4.3. Subsidiariedad en la organización del poder público. 4.4. Estructura técnica. 4.4.1. Preferencia funcional de la organización inferior. 4.4.1.1. Mandato de atribución de competencias. 4.4.1.2. Atribución de competencia universal. 4.4.1.3. Criterio de preferencia ante competencias concurrentes. 4.4.2. Criterios de excepción. 4.4.2.1. Criterios de eficacia y eficiencia. 4.4.2.2. Criterios materiales. 4.5. Subsidiariedad local en los estatutos de autonomía. 4.5.1. Ausencia del principio de subsidiariedad en la Constitución. 4.5.2. Límites a la inclusión del principio de subsidiariedad en los estatutos de autonomía.
5. Eficacia de las garantías estatutarias.
 - 5.1. Garantías jurisdiccionales. 5.2. Controles políticos. 5.2.1. Motivación. 5.2.2. Participación en los procedimientos decisorios.

1. Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución española. CEAL: Carta Europea de la Autonomía Local. GG: Grundgesetz (Constitución alemana). LBRL: Ley reguladora de las bases del régimen local. LHL: Ley de haciendas locales. LJCA: Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. LOTC: Ley orgánica del Tribunal Constitucional. LRJPAC: Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. TCE: Tratado de la Comunidad Europea.

1. Introducción: reforzamiento de los gobiernos locales y reforma de los estatutos de autonomía

Ya está en marcha la reforma de algunos estatutos de autonomía. La pauta la marca el Estatuto catalán. En esta ocasión el País Vasco no aporta un modelo viable, menos aún seguible por otras comunidades autónomas. Aunque por ahora sólo el Estatuto catalán se encuentra en un estado avanzado de reforma, el debate político abarca a toda España. No en vano la reforma de cada estatuto de autonomía supone un cambio en el orden constitucional de España, se llame ese orden "bloque de la constitucionalidad" o "Constitución total".² Lo cierto es que detrás de cada reforma estatutaria hay un proceso constituyente para el conjunto de España. Y que, como todo proceso constituyente, la reforma de un estatuto de autonomía expresa las ideas y aspiraciones políticas de su tiempo; tanto en una concreta comunidad autónoma como en el conjunto del Estado. Pues bien: *entre las preocupaciones políticas de este tiempo, en cada comunidad autónoma y en el conjunto de España, está el reforzamiento de los gobiernos locales; tanto en su aspecto funcional como en el financiero. Éste es el sentido del Pacto Local, que viene atrayendo la atención de la política y del Derecho público desde 1996 (si bien con escasos resultados prácticos). No es de extrañar, por tanto, que en el debate estatutario catalán se hable ahora de la reorganización de los entes locales de Cataluña, del reforzamiento de la autonomía local, o de la inclusión del principio de subsidiariedad en el texto del estatuto.*³ Otra cosa es, ya se verá más adelante, en qué medida un estatuto de autonomía puede dar respuesta normativa a todos estos planteamientos políticos.

Se puede hablar hoy de un *consenso político básico en torno al reforzamiento estatutario de las entidades locales*. Así lo muestra el debate iniciado con la reforma del Estatuto catalán. De un lado, en el proceso participativo con que se ha iniciado la reforma del Estatuto catalán ha estado muy presente, desde el principio, el municipalismo político. Por otro lado, el propio Gobierno de España viene abogando por que la reforma de los estatutos de autonomía remodele el marco funcional y financiero de las entidades locales. Según declaración pública del ministro de Administraciones Públicas, algunas de las funciones que están desempeñando los ayuntamientos españoles "deben ser reconocidas y financiadas en la reforma de los estatutos".⁴ En el mismo sentido, el Gobierno de España ha expresado su opción para que a través de la reforma de los estatutos de autonomía "las propias comunidades autónomas desarrollen en el marco de los mismos [estatutos] previsiones descentralizadoras que materialicen los pactos locales autonómicos", y para que en este contexto se hagan efec-

2. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, pág. 80.

3. Así, T. FONT I LLOVET, "La reconstrucción jurídica de la autonomía local: El gobierno local y la reforma de los estatutos", en *Anuario del Gobierno Local 2003*, pág. 13 y ss. (pág. 42).

4. Nota de prensa del Ministerio para las Administraciones Públicas, fechada el 12 de agosto de 2004 (véase www.map.es).

tivos “el fortalecimiento del principio de subsidiariedad y de la democracia local”.⁵

Resulta complejo explicar el consenso político en torno al reforzamiento estatutario de las entidades locales. La mejora del gobierno local es, hoy, un tópico jurídico-político. Por eso, *por su carácter tópico, no resulta fácilmente reconducible a razones*. Como ocurre siempre con los tópicos, es el consenso espontáneo de una comunidad –y no la razón– lo que dota de relevancia a una determinada idea (política o jurídica).⁶ A lo sumo se pueden identificar algunos “factores”, que no razones, presentes en el consenso estatutario actual sobre la mejora de los gobiernos locales. Está, por un lado, una *opinión pública benevolente con las administraciones locales*. En esta imagen pública favorable se suman: una cierta revalorización de lo local en paralelo al fenómeno de globalización;⁷ la convicción –no suficientemente justificada– de que el principio democrático se optimiza a través de las entidades locales; también la idea de “subsidiariedad”, dominante en el proceso de construcción política europea desde finales de los años ochenta; y, finalmente, la valoración política favorable de los ayuntamientos como administraciones públicas más eficientes ante los nuevos retos sociales.

Un segundo factor relevante (sigo hablando del consenso estatutario sobre la mejora del gobierno local) puede estar en la *presentación de la reforma estatutaria como expresión de una política general del Estado a favor de la descentralización*. Siendo el estatuto de autonomía el instrumento básico de la descentralización, fácilmente se llega al consenso de que el estatuto debe dar cabida también al fenómeno de “segunda descentralización” a favor de las entidades locales. El proceso político de reforma estatutaria no nace, obvio es, con el objetivo principal de mejorar el gobierno local. El objetivo inicial es la mejora del autogobierno de las propias comunidades autónomas. Y con ello, un nuevo sistema de distribución del poder territorial en relación con el Estado. Pero en el debate político estatutario, una vez iniciado, fácilmente se ha introducido la mejora del gobierno y la financiación locales. De esta forma, el debate estatutario refleja la realidad política de la última década, en la que los gobiernos locales se han incorporado decisivamente al debate territorial. La distribución territorial del poder es, al menos desde el Pacto Local de 1996, una cuestión de tres: Estado, comunidades autónomas y entidades locales. Y si bien el Pacto Local suponía, en su origen, una cierta limitación al autogobierno de las comunidades autónomas, ahora el fortalecimiento de las entidades locales ha pasado a ser razón política a favor de un alto nivel de autogobierno autonómico. Los tres niveles del poder territorial actuarían como vasos comunicantes: el traslado de poder del Estado a las comunidades autónomas estaría en función de, a su vez, el poder que las comunidades autónomas trasladen a las entidades

5. Respuesta parlamentaria del Gobierno, firmada por el secretario de Estado de Relaciones con las Cortes y fechada el 30 de septiembre de 2004 (*Diario Oficial del Congreso de los Diputados*, serie D, núm. 94, de 28 de octubre de 2004, pág. 411).

6. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, traducción de la edición alemana de 1963 en Taurus, Madrid, 1964, pág. 60.

7. F. CAAMAÑO, “Autonomía local y principio de subsidiariedad”, pág. 17 (formato electrónico en: municipia.dpz.es/dipu/areas/presidencia/municipia/congreso/ponencias/francisco-caama%C3%B1o.pdf).

locales. La presencia de los entes locales en el debate estatuario, y la imagen política de “reequilibrio territorial” general que a ello se asocia, puede favorecer la atribución de nuevos poderes a las comunidades autónomas. Y su explicación al electorado.

Hasta aquí se viene hablando de consenso en el reforzamiento de los gobiernos locales mediante la reforma de los estatutos de autonomía. Sin mayores matices. Pero la realidad es que ese consenso no se proyecta por igual sobre todas las entidades locales. En las comunidades autónomas comarcalizadas está presente un *cuestionamiento más o menos intenso de las provincias* como entidades locales. Así en el debate estatutario catalán se ha planteado abiertamente la *eliminación* de las provincias (en tanto entidades locales) en aquella comunidad.⁸ En paralelo se plantea el reforzamiento de las organizaciones supramunicipales (comarcales) o la creación de nuevas entidades locales territoriales (como las *vegueries* en Cataluña).⁹ Esto lleva a que el debate sobre la mejora estatutaria del gobierno local no se constriña a una nueva distribución del poder territorial entre la comunidad autónoma y las administraciones locales sino que habrá de incluir también la distribución del poder local entre las distintas organizaciones territoriales locales.

En lo que precede se ha expuesto la idea de consenso en torno al refuerzo del gobierno local a través de los estatutos de autonomía. Pero queda por determinar el cómo de ese refuerzo. Como se verá más adelante, el *Derecho constitucional alemán* aporta algunas sugerencias para el reforzamiento de las entidades locales en una parte del territorio nacional (allí en los estados federados, aquí en las comunidades autónomas). Las constituciones de los *Länder* suelen incluir garantías complementarias de autonomía local, tales como la audiencia a los entes locales territoriales, previa a la elaboración de leyes;¹⁰ materias atribuidas directamente por la Constitución del *Land* a los municipios;¹¹ reserva de ley para la supresión de municipios y para la modificación de sus términos;¹² garantías financieras específicas (como los rendimientos de concretos tributos);¹³ o el recurso directo y subjetivo ante los tribunales constitucionales federales, en defensa de la autonomía local.¹⁴ También el *Derecho italiano actual*, después de la reforma constitucional de 2001, presenta nuevas posibilidades de reforzamiento de los gobiernos locales a través de los estatutos regionales: mediante el reconocimiento expreso del principio de subsidiariedad en la distribución del

8. Véase el Informe sobre la reforma del Estatuto, elaborado por el *Institut d'Estudis Autònomic*s, Barcelona, 2003, págs. 122-125.

9. Este fue el sentido de la ponencia “La visión de la Administración de la Generalitat de Cataluña”, presentada por Albert Pereira Solé, director general de Administración Local de la Generalidad, en el curso de otoño “El gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías”, dirigido por Tomàs Font i Llovet y Ferran Torres Cobas, Barcelona, 23 de noviembre de 2004.

10. Artículo 74.I de la Constitución de Baden-Württemberg.

11. Artículos 11.2 y 83 de la Constitución del Estado Libre de Baviera.

12. Artículo 74 de la Constitución de Baden-Württemberg.

13. Artículo 71.III de la Constitución de Baden-Württemberg; artículo 78.III de la Constitución de Nordrhein-Westfalen, y artículo 72.IV de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern.

14. Entre otros: artículo 76 de la Constitución de Baden-Württemberg.

poder administrativo; y mediante la participación de las entidades locales en los procedimientos legislativos. Dicho ya que el Derecho comparado presenta fórmulas de reforzamiento de los gobiernos locales –a escala regional o territorial– es necesario cuestionarse si el estatuto de autonomía permite fórmulas similares o paralelas: si el estatuto de autonomía puede garantizar la autonomía local; y, en su caso, cómo y con qué efectos. Y si el estatuto de autonomía puede proclamar el principio de subsidiariedad a favor de las entidades locales; y en su caso, cómo y con qué garantías.

2. Límites normativos a la reforma estatutaria

Diversas son las posibilidades de afirmar la autonomía local en los estatutos de autonomía. Más adelante se analizará singularmente algunas de estas posibilidades, algunas de ellas tomadas del Derecho europeo comparado, otras formuladas a partir de la doctrina constitucional española. Las diversas opciones estatutarias tienen tres límites en nuestro orden jurídico. Los que provienen de los tres tipos de normas vinculantes para el estatuto: el Derecho comunitario europeo, la Carta Europea de la Autonomía Local y la Constitución española. Aunque sea afirmar lo obvio, los actuales estatutos de autonomía no condicionan materialmente la propia reforma estatutaria. Y por lo mismo, la doctrina constitucional dictada a partir de los actuales estatutos de autonomía no impide una amplia reforma estatutaria en materia de autonomías locales.

2.1. Derecho comunitario europeo

El Derecho comunitario nada dice, en la actualidad, sobre la autonomía local en el seno de los estados miembros. El principio de subsidiariedad, enunciado en el artículo 5.2 del TCE, articula únicamente las competencias de la Unión Europea con los estados miembros. Pero carece de toda eficacia directa sobre los entes locales. Por otro lado, en la actualidad es muy limitada la participación o integración de los entes locales en el sistema institucional comunitario. Apenas el Comité de las Regiones da cauce institucional a las entidades locales en la Unión Europea.¹⁵ La situación descrita no varía sustancialmente en el Proyecto de tratado por el que se establece una Constitución para Europa. La mención expresa ahora a los entes locales no supone, directamente, una garantía de los poderes o gobiernos locales. Se trata, más bien de un indicador sobre el respeto de la Unión Europea a las competencias originarias de los estados: es indicio de extralimitación de la Unión Europea (esto es, infracción del principio de subsidiariedad) el que un asunto intrínsecamente local o regional sea abordado a escala europea. Pero en este caso lo infringido no sería la autonomía local (que el Proyecto de Constitución no protege) sino la preferencia competencial de los estados frente a la Unión Europea.

15. L. ORTEGA, "Autonomía local y subsidiariedad europea", en *Anuario del Gobierno Local 1996*, pág. 603 y ss.

2.2. La Carta Europea de la Autonomía Local

Los estatutos de autonomía, como cualquier otro texto normativo de Derecho interno, han de ajustarse a lo que establecen los tratados internacionales ratificados por España. Es el caso de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL) de 15 de octubre 1985 (ratificada por España el 20 de enero de 1988). En la Carta Europea se enuncian, de forma principal, diversas garantías de autonomía local. Su valor normativo es incontestable, pero como *mandatos finales*. Y por lo mismo, cada Estado dispone de un amplio margen de configuración o cumplimiento de esos principios.¹⁶ Este carácter principal y abierto de la carta europea, que admite muy diversas regulaciones internas, permite identificar *a priori* un amplísimo margen de regulación de las autonomías locales en los estatutos de autonomía. Luego veremos esto singularizadamente en relación con el principio de subsidiariedad que alberga el artículo 4.3 de la CEAL.

2.3. La Constitución

El artículo 137 de la Constitución distribuye el poder público, desde una perspectiva territorial, entre el Estado, las comunidades autónomas, las provincias, las islas y los municipios. En desarrollo del citado artículo 137 de la Constitución contiene dos criterios complementarios para la distribución territorial del poder: *acota materias y funciones*, para asignarlas al Estado o, según los estatutos, a las comunidades autónomas (artículos 148 y 149 de la CE); y *garantiza, mediante cláusulas generales*, la autonomía de municipios (artículo 140 de la CE) y provincias e islas (artículo 141.1 de la CE). En lo que ahora nos ocupa, el reforzamiento estatutario de los gobiernos locales ha de respetar este sistema constitucional de distribución del poder.

2.3.1. Materia estatutaria

El estatuto de autonomía tiene un contenido tasado por la Constitución. Se viene hablando en este sentido de un contenido “necesario” y de un contenido “posible” del estatuto de autonomía.¹⁷ Se puede considerar sin dificultad que *la garantía y modulación de la autonomía local forma parte del contenido “posible” del estatuto*. De hecho, algunos estatutos de autonomía ya contienen, en la actualidad, diversas precisiones sobre la autonomía local. Algunos estatutos han reiterado, sin mayores concreciones, la garantía constitucional de los artículos 137 y siguientes de la Constitución.¹⁸ En ocasiones, formulando en términos de mandato positivo lo

16. Por todos, J. L. REQUEJO, “La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: Una reflexión crítica”, en F. CAAMAÑO (coordinador), *La autonomía de los entes locales en positivo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, pág. 15 y ss. (pág. 33).

17. En este sentido, C. AGUADO, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 361-364. Del mismo autor, “Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de autonomía”, en REDC núm. 49 (1997), pág. 169 y ss. (pág. 173 y 180-181).

18. Es el caso de los artículos 3 y 4 del Estatuto de Andalucía; artículo 3.1 del Estatuto de la Región de Murcia; artículo 44 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; artículos 29.1 y 30.2 del Estatuto de Castilla-La Mancha; artículo 22.2 del

que la Constitución enuncia como garantía, tal es el caso del artículo 45.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, al establecer que “las Cortes Valencianas impulsarán la autonomía municipal”. Singular es el caso de la Ley de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, que expresamente atribuye a la autonomía local de la Constitución el carácter de “mínimo” ampliable en la comunidad foral (artículo 46.3). A veces los estatutos incorporan alguna facultad autónoma concreta, como la de gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos locales propios.¹⁹ Otras veces los estatutos de autonomía contienen normas limitativas de la autonomía provincial, atribuyendo diversas formas de coordinación al Gobierno autonómico.²⁰ Peculiar y de difícil encaje con la doctrina constitucional es, en este último sentido, el artículo 46 de la Ley de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, que prevé intensas tutelas de la comunidad foral sobre las entidades locales: “La Diputación Foral, sin perjuicio de las jurisdicción de los tribunales de justicia, ejercerá el control de legalidad y del interés general de las actuaciones de los municipios, concejos y entidades locales de Navarra [...]”. A partir de lo dicho se puede aceptar como una realidad normativa dada que los estatutos de autonomía modulan, configuran o singularizan en cada comunidad la garantía constitucional general de autonomía local. Y no hay objeción de principio a que la reforma estatutaria profundice en esa línea. Obviamente, toda singularización de la autonomía local en los estatutos de autonomía ha de respetar la garantía directamente impuesta por la Constitución. Aunque, como en seguida se verá, esa garantía de la autonomía local respecto de los estatutos de autonomía no es tan extensa como la que comúnmente se refleja en la jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, hay que aclarar también que la regulación o garantía de la autonomía local en un concreto estatuto de autonomía no impide al Estado (en los límites de su competencia ex artículo 149.1 de la CE)²¹ una regulación diferente –en más o en menos– para el conjunto de España. Se puede llegar, así, a que la garantía de la autonomía local en la LBRL y en la LHL difiera de la que garantiza un estatuto para las entidades locales de su comunidad autónoma. Pero, en la medida en que el estatuto de autonomía haya respetado la competencia estatal sobre Administración local (fundamentalmente, la que enuncia el artículo 149.1.18 de la CE), las normas de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL) y de la Ley de haciendas locales (LHL) quedarán desplazadas en la concreta comunidad autónoma de que se trate. Este efecto de desplazamiento aplicativo viene siendo ya reconocido por el Tribunal Constitucional en aquellos –escasos– supuestos en los que

Estatuto de Canarias; artículo 5.1 del Estatuto de las Islas Baleares; artículo 3.1 del Estatuto de Madrid, y artículos 25.1 y 2 del Estatuto de Castilla y León.

19. Artículos 48.2 del Estatuto de Cataluña; artículo 62.2 del Estatuto de Andalucía, y artículo 51.2 del Estatuto de Cantabria.

20. Artículo 4.4 *in fine* del Estatuto de Andalucía; artículo 47 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; artículo 45.2 del Estatuto de Aragón, y artículo 16.3 del Estatuto de Extremadura.

21. El alcance de los títulos competenciales del Estado en materia de régimen local, oponibles a la reforma estatutaria, se exponen en F. VELASCO CABALLERO, “El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía: Límites constitucionales”, pág. 6 y ss. (www.dpz.es/dipu/areas/presidencia/municipia/congreso/ponencias/francisco-velasco.pdf).

los estatutos de autonomía presentan algunas singularidades en materia de organización territorial.²² En estos casos, las normas legales del Estado serán ciertamente válidas, pero no necesariamente aplicables en aquellas comunidades autónomas que, en los límites de la Constitución, hayan establecido un modelo singular de autonomías locales.

2.3.2. Inalterabilidad de la posición constitucional de las comunidades autónomas

Aunque la advertencia pueda parecer irreal, hay que empezar por afirmar que el reforzamiento de la autonomía local no puede alterar la *posición central de las comunidades autónomas en el sistema constitucional*. Es acertado considerar, hoy, que la autonomía local es de orden político; que no es “mera autonomía administrativa”. Ésta es la consecuencia lógica de la legitimación democrática directa de los gobiernos locales. Pero esta reconsideración política de la autonomía local no autoriza la asimilación funcional de los entes locales a las comunidades autónomas. Menos aún permite el vaciamiento competencial de las comunidades autónomas en favor de los entes locales. Hay que subrayar aquí que la autonomía local, aun política, es limitada y configurable por las comunidades autónomas. La autonomía local resulta, en gran medida, del ejercicio de la función legislativa por las comunidades autónomas. Función legislativa que, en ocasiones, los estatutos de autonomía atribuyen de forma exclusiva a los parlamentos territoriales. Y aunque esta función legislativa está limitada y condicionada por la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 140, 141 y 142 de la CE) lo cierto es que sitúa a las comunidades autónomas en una posición constitucional preferente respecto de las entidades locales. Evidentemente que el margen de “descentralización” local por vía estatutaria es aún amplísimo; más allá incluso de lo que proyecta el Pacto Local de 1996. Y es evidente, también, que esa descentralización puede realizarla (o autorizarla) un estatuto de autonomía. Pero por medio de la reforma estatutaria no se puede invertir la posición constitucional de la comunidad autónoma respecto de sus entes locales. Esta advertencia puede servir de guía para precisar el juego del principio de subsidiariedad en la reforma estatutaria (véase *infra* 4.5.2.).

2.3.3. Garantía constitucional de la autonomía local

La garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 140, 141 y 142 de la CE) condiciona las posibilidades de reforzamiento de los entes locales en la reforma de los estatutos de autonomía. Para precisar el alcance de ese condicionamiento es necesario concretar, previamente, en qué consiste la autonomía local garantizada por la Constitución frente a los estatutos de autonomía. Aunque resulte llamativo, esa autonomía *local no resulta directamente de la jurisprudencia constitucional*. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los actuales cánones de constitucionalidad en materia local y territorial se han formulado para el enjuiciamiento de leyes ordinarias o decisiones administrativas. No para el enjuiciamiento

22. Así, STC 27/1987 (en relación con el artículo 47.4 del Estatuto valenciano, referido a coordinación de las diputaciones provinciales) y 109/1998 (por referencia a la disposición transitoria 6.6 del Estatuto catalán, sobre las diputaciones catalanas).

de estatutos de autonomía. Y por principio hay que subrayar que no pueden coincidir los cánones constitucionales respecto de un estatuto de autonomía y respecto de cualquier otra ley (del Estado o de comunidad autónoma) o de una decisión administrativa. Una ley básica del Estado bien puede complementar el canon de constitucionalidad respecto de una ley ordinaria, pero no respecto de un estatuto de autonomía. Pues, bien, *en la formulación de los cánones de constitucionalidad actuales frecuentemente se han adherido contenidos normativos de rango infraestatutario (leyes básicas del Estado)*²³ que, lógicamente, no son oponibles a un nuevo estatuto de autonomía. En especial, la LBRL y la LHL, que tan decididamente han colaborado a complementar los cánones de constitucionalidad, no son oponibles a la reforma estatutaria.²⁴ Se hace necesario, entonces, identificar los cánones de constitucionalidad que, una vez suprimidas las adherencias de rango legal, muestren los límites primigenios de la Constitución frente a una eventual reforma estatutaria.

Por otro lado, en la reformulación de los cánones de constitucionalidad también hay que tener en cuenta que la actual jurisprudencia constitucional se ha formulado a partir de los estatutos de autonomía hoy vigentes. Los cánones constitucionales actuales son fruto de los preceptos constitucionales y de las normas estatutarias que fijan los contornos de las normas constitucionales primarias. Así, hablando de la autonomía de las provincias, y teniendo a la vista a las provincias catalanas, dice el Tribunal Constitucional que el vaciamiento competencial de las diputaciones provinciales, a favor de las comarcas, supondría una infracción “de los artículos 137, 141 y 142 de la Constitución y del artículo 5 del EAC” (STC 32/1981, FJ 4). En referencia a las diputaciones valencianas, el Tribunal Constitucional afirma el sometimiento del legislador valenciano a la LBRL “a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.3 del EACV” (STC 27/1987, FJ 6). De esta forma, *los cánones constitucionales actuales de autonomía local son fruto, en gran medida, del propio tenor de los estatutos de autonomía. Pero, lógicamente, los cánones constitucionales conformados a partir de los actuales estatutos de autonomía no son oponibles a la propia modificación estatutaria.*

A la vista de las dos precisiones anteriores, se hace necesario identificar cuál es el “núcleo esencial” o irreducible de la autonomía local. Vinculante no sólo frente a las leyes sino también frente a los estatutos de autonomía. Y es necesario distinguir, además, entre el “núcleo esencial” de la autonomía provincial y el “núcleo esencial” de la autonomía municipal. Cierto es que, con carácter general, la jurisprudencia sólo ha distinguido con claridad entre municipio y provincia, por un lado, y demás entidades locales, por otro lado. Cierto es también que los cánones de autonomía local fijados por primera vez en la STC 4/1981, y que estaban fundamentalmente referidos a los municipios, en seguida se extendieron sin distinción a las provincias (STC 32/1981). Y cierto es, por último, que desde entonces ambas

23. Así, entre otras: STC 40/1998, FJ 39; 204/2002, FJ 13; 159/2001, FJ 4, 6 y 13.

24. Esto se explica más detalladamente, a partir de la jurisprudencia constitucional, en mi informe “Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: límites constitucionales”, de próxima publicación por el Institut d’Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya.

sentencias se vienen citando indiferenciadamente en la jurisprudencia constitucional, sin mayores matices o cautelas. Pero junto a lo anterior, también es cierto que en ocasiones el propio Tribunal Constitucional afirma que la autonomía provincial es “de rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal” (STC 109/1998, FJ 2), extrayendo de ahí consecuencias normativas relevantes. Y es innegable, además, que la jurisprudencia constitucional más restrictiva con la autonomía local, por mucho que se haya dictado con pretensión de generalidad, se ha formulado en litigios sobre autonomías provinciales (así: STC 27/1987 y 109/1998), no en relación con la autonomía municipal. Así que se puede sostener, sin violentar la jurisprudencia constitucional, una *diferencia de esencia entre provincias y municipios*. A partir de esta idea es posible distinguir, en la Constitución, entre una autonomía local reforzada (la de los municipios) y otra más limitada o relativizable (la de las provincias).

La distinción entre autonomía municipal y provincial puede apoyarse hoy en un fundamento doble. Por un lado, para la Constitución *la provincia es una entidad local de segundo nivel*, resultado de la “agrupación de municipios” (artículo 141.1 de la CE). A ese “segundo nivel” debe corresponder, lógicamente, una autonomía local también más limitada o de segundo grado.²⁵ Por otro lado, y en estrecha conexión con lo anterior, la vigencia del *principio democrático* en ambos tipos de entes locales es bien distinta. Merece la pena detenerse en este dato. Tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia constitucional de los últimos años cobra notable importancia la afirmación expresa del principio democrático como fundamento del alcance que la Constitución concede a la autonomía local. De este punto de partida trae causa, por ejemplo, la flexibilización de la reserva de ley en materia tributaria y sancionadora. Esta flexibilización primero se sostuvo en la doctrina,²⁶ y de ahí pasó a la STC 233/1999, sobre el alcance de la reserva de ley tributaria en relación con las ordenanzas fiscales, y a la STC 132/2001, sobre el alcance de la reserva de ley sancionadora en el ámbito local.²⁷ De ambas sentencias resulta un considerable reforzamiento funcional de los municipios que resulta, precisamente, de la legitimación democrática directa de sus órganos de gobierno.

Sentada la importancia de la legitimación democrática para la configuración de la autonomía local, enseguida hay que apuntar la diferente forma de afirmación del principio democrático en municipios y provincias. La legitimación democrática es absoluta y directa en el caso de los municipios (artículo 140 de la CE), y relativa en el caso de las provincias, donde el artículo 141.2 de la CE únicamente exige que las diputaciones o corporaciones de gobierno tengan carácter “representativo”. Aquí la referencia relevante no es la concreta regulación del sistema representativo en los artículos 202 a 209 de la Ley orgánica 5/1985, del régimen electoral general. Pues por medio de esa regulación la democracia provincial bien podría asimilarse a la municipal. Lo relevante es la distinción constitucional primaria, que es lo único

25. M. T. CARBALLEIRA, *La provincia en el sistema autonómico español*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 124.

26. L. PAREJO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 83.

27. Sobre esta sentencia, F. VELASCO y S. DIEZ, “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5 (2004), pág. 50 y ss. (pág. 55).

relevante frente a un estatuto de autonomía, entre democracia municipal y provincial. A partir de la diversa vigencia del principio democrático, en el gobierno municipal o provincial, es posible definir dos cánones diferentes de autonomía local vinculantes para los estatutos de autonomía. Uno más intenso, el canon de autonomía municipal; y otro más diluido, el canon de autonomía provincial. Esta distinción no está claramente presente en la primera jurisprudencia constitucional, pero sí es explicativa de la actual.

2.3.4. Autonomía municipal

La garantía constitucional de la autonomía municipal presenta, en su núcleo esencial, un límite negativo (lo que tradicionalmente se califica de “garantía institucional”) y un mandato positivo, de dotación de competencias y recursos financieros a los municipios. En su dimensión limitativa o negativa, la autonomía municipal *excluye toda facultad genérica de dirección de la actividad de los municipios por la Administración supralocal*.²⁸ Y excluye, en el mismo sentido, toda clase de controles de oportunidad y controles de legalidad genéricos.²⁹ Apuntado esto, no se va a profundizar más en la vertiente negativa de la autonomía local. Y ello porque, como ya se dijo al principio, se parte de un cierto consenso político en torno al reforzamiento estatutario de los municipios. En la reforma estatutaria de estos días se está planteando el mejoramiento de la autonomía municipal no su recorte o limitación. Por eso, aunque *a priori* no se puede tachar de inconstitucional que un estatuto de autonomía introduzca ciertos controles concretos de legalidad sobre la actividad municipal, lo cierto es que ésta no es la pregunta de nuestros días; por lo que huelga la respuesta.

Mayor interés reviste, en cambio, la vertiente o *dimensión positiva* de la autonomía municipal. La Constitución exige la atribución a los municipios de *competencias propias y exclusivas*, no meramente delegadas,³⁰ y con una relevancia acorde con la importancia del interés local en cada caso afectado.³¹ En todo caso, los artículos 137 y 141 de la CE exigen un mínimo competencial o funcional. Pero en nada impiden una ampliación de ese mínimo por vía de estatuto de autonomía. Es planteable, en este sentido, que un estatuto de autonomía amplíe la exigencia de un mínimo competencial y opte por una cláusula de competencia municipal universal. Sobre esta posibilidad, como manifestación concreta del principio de subsidiariedad, se volverá más adelante (4.4.1.).

2.3.5. Autonomía provincial

La existencia de las provincias no es disponible para los estatutos de autonomía.³² Pero esa indisponibilidad no implica la existencia de un tipo único de provincia. Antes bien, la Constitución admite diversos modelos provinciales, éstos sí abiertos

28. STC 4/1981, FJ 12.A).

29. STC 4/1981, FJ 3, 12.E) y F), y 13.B); STC 213/1988, FJ 2.

30. STC 4/1981, FJ 3.

31. STC 214/1989.

32. Esa afirmación está argumentada en F. VELASCO, “Organización territorial...”, *op. cit.*

a la regulación estatutaria. Si diversos estatutos han configurado regímenes provinciales muy singulares (al límite incluso de una transformación funcional y orgánica radical) es, precisamente, porque *la Constitución admitía ya directamente esta singularización*. En el caso de los territorios históricos vascos, esa singularidad tiene su base constitucional inmediata en la disposición adicional primera de la Constitución, que ampara los “derechos históricos de los territorios forales”. Con este fundamento constitucional, el artículo 2.2 del Estatuto vasco eleva a las provincias vascas al régimen de autonomía política propia de los territorios históricos. Para las comunidades autónomas uniprovinciales la singularidad se apoya en la propia previsión constitucional de que ciertas provincias se transformen en comunidades autónomas [artículos 143.1 y 144.a) de la CE]. Por último el artículo 141.4 de la CE establece que “en los archipiélagos, las islas tendrán además su Administración propia en forma de cabildos o consejos”. Parece acertado afirmar que el término “además” presupone la supervivencia constitucional de las provincias canarias.³³ Pero que *esa organización provincial se recibe en la Constitución de una forma singular, pues ha de coexistir con las islas como organización territorial propia de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

Más allá de las provincias constitucionalmente singulares, también es posible que los estatutos de autonomía especialicen parcialmente el régimen de sus provincias. Así, para hacerlas compatibles con un aumento de la autonomía municipal o comarcal. O incluso para aumentar los poderes de la propia comunidad autónoma. Ahora bien, en todo estos casos la singularización provincial ha de respetar el “núcleo esencial” o irreducible de la autonomía provincial. Autonomía que, como ya se dijo, es menos intensa que la que la Constitución garantiza a los municipios. Tal y como dijo la STC 32/1981, sobre las diputaciones catalanas, “[la adaptación funcional de las provincias al nuevo esquema de distribución funcional del poder] no puede llevar, sin embargo, a menos que la Constitución sea modificada, a una desaparición de la provincia como entidad dotada de autonomía para la gestión de sus propios intereses” (FJ 3). Con una expresión ciertamente contundente el Tribunal se refiere aquí a un límite constitucional absoluto, no susceptible de modulación legal o estatutaria alguna. Ese “núcleo esencial” de la autonomía provincial consiste en la existencia de un *ámbito funcional diferenciado*, donde las provincias disfruten de un poder decisorio propio.

La jurisprudencia constitucional ha identificado ese “núcleo esencial” de poder en la función de *cooperación y asistencia a los municipios*. De tal manera que “la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible ha de reputarse lesivo de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada”.³⁴ Esa función cooperadora se expresa, en gran medida, como poder de gasto, por lo que aquí el núcleo de la autonomía provincial es, en esencia, autonomía financiera (en su vertiente de poder de gasto). Además, esa función cooperativa es, en lo que protege inmediatamente el artículo 141 de la CE, necesariamente más limitada que la esta-

33. Por todos: F. VILLAR ROJAS y C. DE LA CONCHA BERGILLOS, “Régimen especial canario”, en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho municipal*, 2.ª edición, Madrid, 2002, pág. 2842 y ss. (pág. 2851).

34. STC 109/1998, FJ 2.

blecida con carácter general en el artículo 36 de la LBRL. La manifestación elemental del poder de gasto, para el fin de cooperación, es la “potestad de elaborar y aprobar sus propios presupuestos [de las diputaciones] bajo su exclusiva responsabilidad, ya que esta es una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía”.³⁵ Con todo, ese poder presupuestario provincial, que podemos considerar el reducto esencial de la autonomía económico-financiera garantizada por el artículo 142 de la CE (en relación con el artículo 137.1 de la CE) no es ilimitado. Antes bien, la Constitución permite una notable modulación de esa autonomía presupuestaria en las diferentes comunidades autónomas. Aunque la jurisprudencia constitucional integra en la autonomía presupuestaria, con carácter general, la “plena disponibilidad” sobre todos sus ingresos y la plenitud de opciones posibles de gasto,³⁶ lo cierto es que esos niveles de autonomía presupuestaria, ciertamente exigentes, no rigen necesariamente en todas las comunidades autónomas. Antes bien, la misma jurisprudencia constitucional citada admite de forma natural que los estatutos de autonomía puedan modular el alcance de esa autonomía presupuestaria.

3. Posibilidades de regulación de la autonomía local en los estatutos de autonomía

Más arriba (*supra* 1.) ya se ha dicho que existe un cierto consenso político en torno al reforzamiento de los poderes locales en la reforma de los estatutos de autonomía. Al menos, en lo que hace a los municipios. No así por lo que se refiere a las provincias. También he expuesto (*supra* 2.) los límites normativos a esa posible reforma estatutaria. En lo que sigue se van a analizar algunas posibilidades concretas de garantía de la autonomía local en los estatutos de autonomía.

Como ya se dijo antes, los actuales estatutos de autonomía contienen escasas menciones a la autonomía local. A lo sumo incluyen ciertos límites o controles referidos a las provincias, controles que no han encontrado hasta hoy ninguna tacha de inconstitucionalidad. Más allá de estas previsiones, el Derecho comparado muestra diversas posibilidades de reforzamiento territorial de la autonomía local. El Derecho público muestra cómo en ordenamientos jurídicos complejos, como el federal, la garantía constitucional de la autonomía local puede encontrarse tanto en la Constitución de la Federación como en las constituciones de los estados federados. En Alemania, junto al artículo 28.II de la GG, que garantiza la autonomía local con carácter general, para todos los municipios y agrupaciones territoriales de municipios, las constituciones de los *Länder* suelen incluir referencias concretas a la autonomía local. Además de reiterar los términos del artículo 28.II de la GG, las constituciones de los *Länder* suelen incluir diversas precisiones, modulaciones y concreciones sobre la autonomía local. Esta práctica no sólo no encuentra obstáculo alguno en la Constitución federal sino que, más allá, es un fenómeno directamente buscado por el artículo 28.II de la GG. Considerado el ar-

35. STC 27/1987, FJ 7.

36. STC 109/1998, FJ 10, y STC 48/2004, FJ 10.

título 28.II de la GG como un mandato objetivo, necesitado de desarrollo normativo, ese desarrollo bien se puede contener en una constitución territorial, de un *Land*.³⁷ Se habla, en este sentido, de que el artículo 28.II de la GG contiene el “mínimo” de autonomía local, superable por las constituciones de los *Länder*.³⁸ Aunque con frecuencia la doctrina jurídico-pública ha considerado que los textos constitucionales de los *Länder* son redundantes,³⁹ lo cierto es que la práctica contencioso-constitucional (ante los tribunales constitucionales o supremos de los estados federados) muestra que son precisamente las normas constitucionales de los *Länder* –más que el artículo 28.II de la GG– el Derecho garantizador de los municipios y agrupaciones de municipios. Son manifestaciones constitucionales concretas de la autonomía local, más que la cláusula general del artículo 28.II de la GG, el Derecho invocado por las entidades locales.

En lo que sigue se van a exponer diversas posibilidades y opciones para la garantía estatutaria de la autonomía local. En esa exposición se va a prestar especial atención a las experiencias provenientes de las constituciones de los *Länder* alemanes, que, como ya se dijo más arriba, suelen contener garantías específicas de autonomía local. De esta exposición general se extrae el principio de subsidiariedad, que será tratado aparte y con más detenimiento (*infra* 4.). Aunque el principio de subsidiariedad excede con mucho de la autonomía local, en este estudio se va a abordar como una posibilidad más de reforzamiento de la autonomía local.

3.1. Ampliación subjetiva de la autonomía local

Es posible, en primer lugar, que el estatuto de autonomía atribuya autonomía local a otras organizaciones públicas distintas de los municipios, provincias e islas. De hecho, ya en la actualidad, los estatutos de autonomía de Cataluña y de la Región de Murcia garantizan la autonomía de otras entidades locales. En el caso de Cataluña, el artículo 5.3 del Estatuto ordena a la ley que garantice la autonomía de las “distintas entidades territoriales” que autoriza o prevé el propio estatuto: municipios, comarcas, y otras agrupaciones “basadas en hechos urbanísticos y metropolitanos y otras de carácter funcional y fines específicos”. El artículo 3.2 del Estatuto de la Región de Murcia, luego de prever la existencia de comarcas en su territorio, establece expresamente que gozan de “autonomía para el cumplimiento de los fines que les sean atribuidos por la ley”. Estas previsiones no son contrarias a la Constitución. Hay que tener presente, eso sí, que la autonomía de estos otros entes locales no es propiamente constitucional sino estatutaria. Pues, como es sabido, la Constitución sólo garantiza directamente la autonomía local de los municipios, provincias e islas. Y aunque el artículo 141.3 de la CE no objeta la cre-

37. K. BRAUN, *Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, Booberg, Stuttgart, 1984, artículo 71, pág. 625, núm. marginal 30.

38. P. J. TETTINGER, en W. LÖWER - P. J. TETTINGER, *Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Booberg, Stuttgart, 2002, artículo 78, núm. marginal 12.

39. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, en I. VON MÜNCH / SCHMIDT-ASSMANN, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 9.a ed., Berlín, 1992 (hay edición posterior), pág. 26, núm. marginal 31.

ación de “otras agrupaciones de municipios distintas de la provincia”, ello no permite concluir que esas otras entidades locales disfrutaran de autonomía constitucional. La autonomía local está garantizada, en estos casos, por el estatuto de autonomía. Ello no impide que para garantizar la autonomía de estas entidades locales el propio estatuto module, limite o condicione la autonomía local de municipios, provincias e islas. Eso sí, siempre con respeto al “núcleo esencial” de autonomía provincial, municipal e insular que garantiza inmediatamente la Constitución.

Un modelo comparado de ampliación subjetiva de la autonomía local se puede encontrar en las constituciones de los *Länder* alemanes. Así, mientras que el artículo 28.II de la GG garantiza la autonomía local de los municipios (*Gemeinde*) y agrupaciones territoriales de municipios (como los *Kreise*), el artículo 71.1 de la Constitución de Baden-Württemberg extiende el disfrute del derecho a la autonomía local también a las mancomunidades (*Zweckverbände*) e incluso, a un nivel inferior, a las demás corporaciones de Derecho público (*öffentlich-rechtliche Körperschaften*) y organismos públicos (*öffentlich-rechtliche Anstalten*).

La cuestión más compleja en torno a la ampliación subjetiva de la autonomía local está en las garantías. En el caso alemán, la cuestión no es problemática. Pues las propias constituciones de los *Länder* prevén recursos de las entidades locales (frente a leyes de los *Länder*) ante los propios tribunales constitucionales territoriales. En el caso de España se puede considerar que *la Constitución no impide que los entes locales específicos de las comunidades autónomas gocen de la tutela del Tribunal Constitucional* (frente a leyes del Estado o de las comunidades autónomas). Y ello porque la cognición del Tribunal Constitucional está abierta por la propia Constitución a lo que disponga la Ley orgánica del Tribunal Constitucional [artículo 161.1.d) de la LOTC]. Ocorre, eso sí, que en la actualidad los artículos 75 bis a 75 quinquies de la LOTC sólo legitiman a municipios y provincias para la promoción del “conflicto en defensa de la autonomía local”. De manera que sólo mediante una reforma de la LOTC sería posible que el Tribunal Constitucional actuara como garante de la autonomía local que los estatutos de autonomía puedan atribuir a otras entidades locales distintas de los municipios y provincias. Mientras tanto, la protección de la autonomía local de esas entidades locales autonómicas será ciertamente limitada.

3.2. Diferenciación de diversos niveles de autonomía local

Ya se argumentó más arriba (2.3.4.) que la Constitución no garantiza por igual la autonomía de los municipios y de las provincias. Por lo mismo, un estatuto de autonomía puede configurar de manera diversa ambos tipos de autonomía local. E incluso armonizarlos de manera diversa con la autonomía que el propio estatuto puede reconocer a otras entidades locales (comarcas, entidades metropolitanas). Es posible, en este sentido, que el estatuto refuerce y desarrolle la autonomía municipal. O que potencie la autonomía local de un determinado tipo de municipios (así, las grandes ciudades). Es posible, incluso, la creación de garantías específicas de autonomía local para concretas ciudades. Pues según la STC 214/1989 (FJ 9) los regímenes municipales de “carta” no pueden vulnerar la autonomía municipal de las ciudades singularizadas; pero nada impide la mejora de su autonomía.

Junto a lo anterior, el estatuto de autonomía también puede restringir parcialmente la autonomía provincial, respecto de su configuración actual en la LBRL y en la jurisprudencia constitucional. Esta posible regulación estatutaria restrictiva tiene, con todo, límites en la Constitución. Primero, la propia existencia de las provincias es indisponible. Segundo, todos los municipios están integrados en alguna provincia. Y tercero, toda reforma estatutaria ha de respetar el “núcleo esencial” de la autonomía provincial, al que ya se ha hecho referencia más arriba. Hay que recordar que ya en la STC 32/1981 se consideró constitucionalmente legítimo el traslado –por ley– de competencias de las provincias catalanas a otras agrupaciones de municipios distintas de la provincia (FJ 3). También se consideró admisible el traslado competencial a favor de la Generalidad de Cataluña (FJ 4). Pero se advirtió en la misma sentencia que “tampoco podría la lícita transferencia a las comarcas u otras entidades territoriales llevarse hasta el extremo de vaciar totalmente a éstas de sus funciones como entes locales, vaciamiento que implica una infracción de los artículos 137, 141, 142 de la Constitución y del artículo 5 del EAC” (FJ 4).

Ya en la actualidad, diversos estatutos de autonomía prevén la coordinación de la actividad provincial por parte de los gobiernos de las comunidades autónomas.⁴⁰ Esta posibilidad de coordinación, en la concreta formulación del artículo 47 del Estatuto valenciano, se ha tenido por válida en la STC 27/1987. Más allá de las previsiones actuales, las técnicas de coordinación aún pueden intensificarse en los estatutos. El límite a la coordinación estaría en la necesaria reconocibilidad de un “núcleo” irreducible de funciones cooperativas en manos de las provincias, núcleo funcional éste que, como resulta de la STC 109/1998 (F 10 a 13) se haya mediante un triple test: nivel de participación de la provincia en el procedimiento de coordinación, nivel de objetividad y proporcionalidad de los instrumentos de coordinación y posibilidad de actuación cooperativa propia al margen de los instrumentos de coordinación de la comunidad autónoma.

También es lícito, en los límites de la garantía constitucional de la autonomía provincial, que el estatuto de autonomía establezca controles administrativos de legalidad específicos o sectoriales sobre la actividad provincial. Posibilidad que, al menos en hipótesis, también sería posible en relación con los municipios. Hay que recordar que ya en la actualidad el artículo 46 de Ley de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra expresamente prevé los controles de legalidad (incluso genéricos) sobre la actividad de los “municipios, concejos y entidades locales de Navarra”. Es cierto que los artículos 137, 140 y 141 de la CE excluyen, de forma absoluta, los controles de oportunidad y controles de legalidad *genéricos* sobre la actividad provincial.⁴¹ Pero esa misma garantía constitucional tolera ciertos controles de legalidad sectoriales o específicos. El hecho de que, en la actualidad, la legislación básica del Estado excluya casi todo tipo de controles de legalidad (artículo 63 y siguientes de la LBRL), no es más que una posibilidad regulatoria amparada en la competencia estatal actual que deriva del artículo

40. Así, artículo 4.4 *in fine* del Estatuto de Andalucía; artículo 47 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; artículo 45.2 del Estatuto de Aragón, y artículo 16.3 del Estatuto de Extremadura.

41. STC 4/1981, FJ 3, 12.E) y F), y 13.B); STC 213/1988, FJ 2.

149.1.18 de la CE y de los estatutos de autonomía vigentes. No se trata, pues, de una opción constitucional directa, sino de una opción legal en el marco de la Constitución. Nada impide, en coherencia con lo dicho, que un estatuto establezca o prevea controles concretos de legalidad sobre las provincias, siempre que esos controles sean: sectoriales, y afecten a competencias o intereses supra-locales. Esta posibilidad tiene claro parangón en Derecho comparado, donde la garantía de la autonomía local no impide la tutela de legalidad por otra organización territorial superior.⁴²

3.3. Incorporación al estatuto de garantías no incluidas en el “núcleo esencial” de la autonomía local

Vengo diciendo en este estudio que la doctrina constitucional sobre la autonomía local no es proyectable tal cual sobre la reforma estatutaria. Que en la configuración actual de los cánones de autonomía local cobran gran importancia las leyes básicas del Estado sobre régimen local (LBRL y LHL); de tal manera que la legislación de régimen local del Estado ha acabado por integrar los cánones constitucionales de autonomía local.⁴³ También he dicho que esta configuración de los cánones de autonomía local ha sido posible porque los actuales estatutos de autonomía ponen escasos límites al Estado, a que el legislador estatal, amparado en la competencia básica sobre “bases del régimen jurídico de las administraciones públicas” (artículo 149.1.18 de la CE) configure con carácter general la autonomía (constitucional) de provincias y municipios. Siguiendo el hilo de esta argumentación llegué a la conclusión de que la autonomía local garantizada por la Constitución “frente” a los estatutos es notoriamente más reducida que la que resulta de la doctrina constitucional al uso.

Pues bien, una vez aclarado que la garantía de autonomía local “frente” al estatuto es limitada, simultáneamente se puede afirmar que ciertas manifestaciones de la autonomía local presentes en la jurisprudencia constitucional (pero no oponibles al estatuto) pueden incorporarse voluntariamente por una comunidad autónoma en su reforma estatutaria. Esa autonomía local adicional, proveniente de la jurisprudencia constitucional y establecida por el estatuto podría integrar el “bloque de la constitucionalidad” (esta cuestión se analizará más adelante) y, en consecuencia, servir de canon de validez respecto de las leyes autonómicas y de criterio sobre la aplicabilidad o no de la legislación básica del Estado en una determinada comunidad autónoma.

Un ejemplo de lo dicho puede ser la existencia de controles de legalidad frente a las entidades locales. Como ya se dijo más arriba, los artículos 137 y siguientes de la Constitución no excluyen toda suerte de tutela de legalidad de las entidades locales.⁴⁴ Son constitucionalmente posibles ciertos controles de legalidad

42. A. GALLEGO, *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 153.

43. Sobre esto, T. FONT I LLOVET, *La reconstrucción jurídica de la autonomía local...*, pág. 40, y F. CAAMAÑO, *Autonomía local y principio de subsidiariedad...*, pág. 8.

44. STC 4/1981, FJ 3, 12.E) y F), y 13.B); STC 213/1988, FJ 2.

específicos o sectoriales.⁴⁵ Si no existen esos controles en la actualidad es porque los artículos 60 y siguientes de la LBRL prácticamente los han excluido. Y la jurisprudencia constitucional, mezclando la garantía de autonomía local (artículos 137, 140 y 141 de la CE) con las bases estatales sobre Administración local (dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la CE), ha acabado por definir extensamente los contornos de la autonomía local garantizada por la Constitución. Así, el artículo 60 de la LBRL, donde se tasan las posibles tutelas sobre los municipios, se utiliza en la STC 159/2001, FJ 6, como canon concreto integrado en la “garantía institucional” de los artículos 137 y 140 de la CE; y porque una norma urbanística catalana incluye tutelas complementarias (respecto de las establecidas en el artículo 60 de la LBRL) se declara inconstitucional la norma enjuiciada. No por vulnerar una norma básica estatal amparada en el artículo 149.1.18 de la CE, sino por afectar a la autonomía local (artículo 137 de la CE). Ahora bien, esos añadidos legales a la garantía constitucional no puede considerarse que integren el “núcleo esencial” de la autonomía constitucionalmente garantizada; carecen de fuerza pasiva frente al estatuto de autonomía. En este contexto cabe aún la posibilidad de que el estatuto de autonomía excluya de forma absoluta los controles sectoriales de legalidad. De esta forma, en esa concreta comunidad autónoma la autonomía local gozaría de perfiles propios no desplazables por la legislación estatal de régimen local.

3.4. Reforzamiento de la integridad local

La caracterización de la autonomía local en la Constitución como “garantía institucional” abstracta, más allá de la existencia de concretos municipios, ha dejado fuera de la protección constitucional la integridad territorial de los municipios, frente a las posibles alteraciones de sus términos. En la STC 214/1989, FJ 13.c), se plasmaba una concepción sólo subjetiva de la autonomía local, diciendo que “[...] dicha garantía [de la autonomía local] sólo se extiende a la existencia misma de esa autonomía y, por tanto, de las corporaciones gestoras de la misma, pero no, obviamente, al mantenimiento de un determinado *status quo* organizativo [...] la garantía institucional de la autonomía local no pued[e] preservar al municipio individualmente [...]”. En la actualidad es una norma legal general, la del artículo 13.1 de la LBRL, la que protege la integridad municipal frente a las supresiones y alteraciones de términos municipales. Fundamentalmente, exigiendo audiencia previa de los municipios afectados y dictamen previo del órgano consultivo correspondiente.

45. Tomando como referencia la STC 4/1981, la autonomía municipal que garantiza la Constitución no excluye: la disolución de mancomunidades, en supuestos de riesgo para el orden público o la seguridad nacional (FJ 7); la aprobación final, por una autoridad supralocal, del nombre y capitalidad de los municipios (FJ 9); la suspensión de vigencia de ordenanzas y reglamentos impugnados por la Administración supralocal (FJ 12.C); el control por la Administración supralocal de la municipalización de los servicios en régimen de monopolio (FJ 12.D); los controles de la Administración supralocal en la ejecución, por las entidades locales, de competencias delegadas (STC 32/1981, FJ 12.H); la resolución de conflictos entre diversas entidades locales por la Administración supralocal (FJ 13.A); los controles de la Administración supralocal en la enajenación de bienes comunales (FJ 14); controles de la Administración supralocal para asegurar la defensa e integridad del patrimonio municipal frente a sus propios gestores (FJ 15.A); controles de legalidad presupuestaria (FJ 16.B)), y controles de legalidad sobre nuevas exacciones y ordenanzas fiscales (FJ 16.E)).

Visto el alcance de la garantía legal actual, nada impide que el estatuto de autonomía refuerce, frente a la respectiva comunidad autónoma, la integridad territorial de cada municipio. Bien retomando las cautelas del artículo 13.1 de la LBRL y de las leyes autonómicas de régimen local, bien yendo incluso más allá. Una opción posible, en este sentido, se contiene en el artículo 74 de la Constitución de Baden-Württemberg: se condiciona la alteración de los términos municipales a que haya acuerdo entre los municipios o a que una ley expresamente lo autorice; además, la supresión de un municipio (contra su propia voluntad) sólo puede hacerse por ley.

3.5. Garantía financiera de la autonomía local

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dimensión económica-financiera de la autonomía local es por principio limitada. Se construye a dos vertientes o ámbitos: suficiencia de ingresos y poder de gasto. Respecto de lo primero, desde la STC 4/1981, FJ 15.A), se exige únicamente la “suficiencia” de medios, y no que esos medios sean necesariamente recursos patrimoniales o tributarios “propios”. De ahí que sean posibles, sin vulnerar la autonomía local, diversos controles de legalidad y oportunidad sobre los ingresos municipales. Esta doctrina se viene reiterando hasta hoy.⁴⁶ Mayor amplitud cobra la *autonomía de gasto* en la jurisprudencia constitucional.⁴⁷ Esta vertiente de la autonomía financiera asegura la “potestad de elaborar y aprobar sus presupuestos bajo su exclusiva responsabilidad, ya que ésta es una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía”.⁴⁸ Ambas garantías de autonomía financiera son concretables en el texto de un estatuto.

Un posible modelo de esa concreción se encuentra en las constituciones territoriales alemanas. En origen, estas constituciones pormenorizaron la autonomía financiera en una línea próxima a lo que hoy, tras la reforma de la Constitución federal, establece el artículo 106.VI de la GG. En la actualidad, el grado de precisión y concreción de la Constitución federal es incluso superior al de los *Länder*. En todo caso, esas garantías concretas a que siguen haciendo referencia las constituciones territoriales son de varios tipos: en ocasiones son *garantías de mínimos* (impedimento de toda reducción de recursos financieros); otras veces consisten en la exigencia de que toda *nueva carga* o tarea local (impuesta por ley) vaya acompañada de los instrumentos que aseguren de forma eficiente su financiación,⁴⁹ siendo cuestión debatida en la doctrina alemana si ese aseguramiento financiero tiene que establecerse (de forma similar a como ocurre con las expropiaciones legislativas) precisamente en la misma ley que crea la nueva tarea o servicio municipal.⁵⁰ Por último, también en ocasiones la Constitución del *Land* asigna directa-

46. STC 179/1985, FJ 3; 96/1990, FJ 7; 166/1998, FJ 10, y STC 48/2004, FJ 10.

47. STC 104/2000, FJ 4.

48. STC 27/1987, FJ 7.

49. Así, artículo 71.3 de la Constitución de Baden-Württemberg.

50. Cfr. K. BRAUN, *Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg...*, artículo 71, pág. 646, núm. marginal 64.

mente a los municipios los rendimientos de concretos tributos (los “reales”: sobre inmuebles y actividades económicas).⁵¹

3.6. Concreción de materias competenciales

A semejanza de los listados de materias competenciales propios de la comunidad autónoma, el estatuto puede concretar la garantía constitucional de autonomía local precisando ámbitos concretos inherentes a la actividad municipal. Esto es, materias competenciales locales. En Derecho alemán podemos encontrar un listado preciso de materias locales en el artículo 83 de la Constitución del Estado Libre de Baviera.⁵² La función de un listado de materias municipales, incluido en un estatuto de autonomía, es similar a la que en la actualidad cumplen los artículos 25 de la LBRL (materias donde las leyes han de asignar competencias a los municipios) y 26 de la LBRL (servicios públicos obligatorios). Los listados se pueden complementar, o no, con una cláusula de competencia universal. En todo caso, la función principal del listado de materias es *impedir que la ley sectorial asigne esas tareas o competencias a otras entidades públicas*. La ley no tendría ya como función la atribución de competencias, a fin de materializar la garantía constitucional de autonomía local. Correspondería a la ley la regulación del ejercicio de esas competencias directamente atribuidas por el estatuto. Es claro, con todo, que el listado de materias sólo podría referirse a las materias propias de la comunidad autónoma, no a las materias de competencia estatal.

3.7. Subjetivación de la autonomía local

En Derecho público español se viene considerando, desde 1981, que la autonomía local garantizada por la Constitución (artículos 137, 140 y 141 de la CE) es una “garantía institucional”. Y aunque esta catalogación tradicional encuentra ya propuestas de revisión, por ahora a lo más que se llega es a considerar que los artículos 137, 140 y 141 de la CE contienen una “garantía constitucional”⁵³ que supera la simple dimensión negativa hasta ahora considerada. Ahora bien, la realidad constitucional ha ido más allá que estas propuestas explicativas. Ante los tribunales de lo contencioso-administrativo los ayuntamientos defienden de manera ordinaria “su” autonomía local; y lo hacen invocando, precisamente, los artículos 137 y 140

51. Artículo 72.I de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern; artículo 79.II de la Constitución de Nordrhein-Westfalen.

52. Conforme al artículo 83 de la Constitución de Baviera, “integran el ámbito de actividad municipal, en especial, las siguientes materias: gestión patrimonial y de las empresas municipales; tráfico rodado e infraestructuras viarias locales; abastecimiento de agua, luz, gas y energía eléctrica; establecimientos para garantía de la manutención de la población; planificación territorial, vivienda e inspección urbanística, policía local, protección frente a incendios; cultura; capacitación profesional y educación de adultos; asistencia al matrimonio, a las madres y a los lactantes; higiene escolar y educación física para los jóvenes; piscinas públicas; servicios mortuorios, y mantenimiento de monumentos y edificaciones históricas locales”.

53. J. GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 35 y ss.

de la CE. Otro tanto hacen las diputaciones provinciales, esta vez invocando el artículo 141 de la CE. Obviamente, estas invocaciones no se proyectan frente a leyes sino respecto de actuaciones administrativas (tal es el objeto posible del proceso contencioso). Pero lo relevante es ahora que ayuntamientos y diputaciones provinciales invocan directa e individualmente la garantía constitucional de la autonomía local como parámetro de licitud de la actuación administrativa. Al compás de estos planteamientos procesales, los tribunales no tienen objeción en considerar que ciertas actuaciones administrativas vulneran la autonomía local garantizada por la Constitución a los ayuntamientos y diputaciones demandantes. Esa infracción normalmente consiste en la contravención de una norma legal que, en desarrollo de los artículos 137, 140 y 141 de la CE, ha dotado de competencias a municipios y provincias. Se considera, de esta manera, que la infracción de ciertas leyes de régimen local lleva consigo la infracción de la garantía constitucional de la autonomía local. Y no de una forma objetiva o abstracta, sino en relación con concretos ayuntamientos y diputaciones recurrentes en el proceso contencioso. Estamos, sin duda, ante un fenómeno de subjetivación de la autonomía local.

Una segunda línea de subjetivación de la autonomía local se encuentra en la actual regulación del “conflicto en defensa de la autonomía local”. Por medio de este “conflicto” (regulado en los artículos 75 bis a 75 quinquies de la LOTC) las entidades locales, actuando de manera necesariamente coaligada, pueden instar indirectamente la declaración de inconstitucionalidad de leyes (del Estado o de comunidades autónomas) por contrarias a la garantía constitucional de la autonomía local. En los casos en que la ley tenga por único destinatario a un concreto ente local, estará éste legitimado para promover en solitario el “conflicto constitucional en defensa de la autonomía local”. No cabe duda de que esta fórmula del “conflicto”, en su actual regulación, dista mucho del régimen de defensa individual de la autonomía local en el Derecho público alemán. Allí el recurso constitucional de amparo (ante el Tribunal Constitucional Federal) está abierto a cada entidad local territorial que ve limitada la autonomía local que le garantiza la Constitución. Algo similar ocurre con las acciones directas contra ley que las constituciones de los *Länder* garantizan a los entes locales ante los tribunales constitucionales de los propios *Länder*. Con todo, pese a que el “conflicto en defensa de la autonomía local” no es homologable al recurso de amparo de Derecho alemán, no se puede negar que el “conflicto” español presenta rasgos claramente subjetivos. No sólo porque en ocasiones una entidad local puede actuar de manera individual (cuando sea destinataria única de la ley), sino porque incluso cuando los entes locales han de actuar de forma coaligada lo que defienden es, propiamente, su autonomía local. De hecho, la propia LOTC establece que en la resolución del conflicto el Tribunal Constitucional “declarará la competencia”, que obviamente sólo puede referirse a las competencias concretas de los promotores del conflicto. Más allá de la imagen romántica de ayuntamientos y diputaciones litigando “en interés de la Constitución”, un mínimo de realismo lleva a afirmar que los ayuntamientos y diputaciones que se coaligan para promover un “conflicto” constitucional actúan en defensa de “su” autonomía local. Ni siquiera la exigencia de actuación mancomunada resta valor a esta conclusión. Pues no es infrecuente que las leyes exijan, para que se pueda trabar una relación jurídico-procesal, que en la parte actora participen distintos sujetos con

interés en el asunto (litisconsorcio activo necesario), aun actuando bajo una misma representación y dirección técnica. Y no es dudoso que quienes integran el litisconsorcio activo actúan, cada uno de ellos, en defensa de poderes o situaciones jurídicas propias.

Según se ha visto, nuestro Derecho público ya presenta diversos rasgos de subjetivación de la autonomía local garantizada por la Constitución. En ese contexto, y como una novedad no radical, se puede plantear la posibilidad de que los estatutos de autonomía concreten la tendencia subjetivadora. Lo que en la Constitución es garantía de la “autonomía de los municipios”, en el estatuto puede ser garantía de “autonomía de cada municipio”. Cuestión bien distinta es la de las formas procesales para hacer efectiva esta posible subjetivación de la autonomía local. Aquí no hay margen para la reforma estatutaria. No corresponde al estatuto de autonomía, dado su ámbito material limitado, establecer nuevos cauces procesales ante el Tribunal Constitucional, ni modificar el actual “conflicto en defensa de la autonomía local”. El hecho de que el estatuto “se apruebe” por ley orgánica no significa que sea una ley orgánica, como cualquier otra.⁵⁴ Ha de excluirse, por tanto, la posibilidad de que la reforma estatutaria establezca recursos directos de los entes locales ante el Tribunal Constitucional. También se ha de excluir, por principio, que el estatuto establezca recursos judiciales específicos para la defensa (frente a la Administración) de la autonomía local garantizada por la Constitución. De nuevo esta materia –legislación procesal– queda fuera de los confines propios (materias reservadas y materias posibles) del estatuto de autonomía. Como se verá más adelante (*infra* 5.2.2.) cabe plantearse, eso sí, alguna suerte de control parlamentario preventivo, a disposición de cada entidad local, en el procedimiento de elaboración de leyes. O una suerte de trámite obstativo de alegaciones, abierto a cada entidad local, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas sobre régimen local. Se puede exigir, incluso, que la desatención de las objeciones sea siempre motivada. Obvio es, con todo, que estos posibles instrumentos no permiten un juicio de validez sobre normas o decisiones infractoras de la autonomía local garantizada por la Constitución. A lo más que se puede llegar por esta vía es a un juicio de validez formal, sobre la adecuación del procedimiento normativo a los cánones del estatuto.

4. Subsidiariedad

4.1. Introducción

El llamado “principio de subsidiariedad” es una constante en el *debate político* contemporáneo desde los años ochenta. Ahora también se proyecta sobre la, recién iniciada, reforma de los estatutos de autonomía. Desde el Consejo de Europa, y en aplicación de la Carta Europea de la Autonomía Local, se recomienda que “este principio [de subsidiariedad] sea explícitamente introducido

54. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, pág. 80.

en todos los estatutos de las comunidades autónomas, lo que permitiría evaluar en sustancia el impacto del proceso de descentralización iniciado estos últimos años”.⁵⁵ De ello se ha hecho eco nuestra doctrina.⁵⁶ Y figura ya entre los objetivos políticos de la reforma estatutaria en Cataluña. Así en el Informe de la Comisión de Estudios para la Profundización en el Autogobierno, del Parlamento catalán, expresamente se fija como objetivo en materia de organización territorial y régimen local la “incorporación del principio de subsidiariedad”, mediante la reforma del estatuto de autonomía.⁵⁷ La razón política para la inclusión del principio de subsidiariedad en los estatutos no siempre es –directamente– la mejora del autogobierno local. También está presente la idea de reequilibrio de poder territorial en el seno de las comunidades autónomas. El previsible aumento de competencias autonómicas, por medio de la reforma estatutaria, habría de compensarse con una opción –también estatutaria– por la gestión administrativa en niveles locales.⁵⁸ De esta forma, y como se ha dicho ya en nuestra doctrina: “Invocando el principio de subsidiariedad se justifica la propia competencia y se limita la de los niveles rivales.”⁵⁹ Hasta aquí la actualidad política del principio de subsidiariedad, claramente insertado en el debate sobre la reforma estatutaria. Lo que queda por aclarar es en qué consiste ese manido principio de subsidiariedad, cuál es su sustancia jurídica y con qué límites puede incluirse en un estatuto de autonomía.

4.2. Anfibología del principio de subsidiariedad

Lo primero que hay que aclarar, desde una perspectiva jurídica, es que el principio de subsidiariedad dista mucho de ser unívoco.⁶⁰ Se habla de subsidiariedad, por un lado, como opción jurídico-política en favor del individuo (frente al Estado); pero también se describe como subsidiariedad la opción organizativa favorable a las autoridades más próximas al ciudadano, frente a las más lejanas.⁶¹

Buena muestra de esta dualidad de significados del principio de subsidiariedad es la Constitución italiana, tras la reforma de 2001 (Ley de 18 de octubre de 2001, núm. 3).⁶² El nuevo artículo 118.1 de la Constitución italiana enuncia, en primer lugar, la preferencia competencial de los municipios, como entidad más próxima

55. Recomendación del Consejo de Europa núm. 121 (2002), sobre la democracia local y regional en España, apartado 13.

56. T. FONT I LLOVET, *La reconstrucción jurídica de la autonomía local...*, pág. 42.

57. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 366, de 5 de diciembre de 2002, pág. 20.

58. Antes del actual debate sobre la reforma de los estatutos, ya J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 71.

59. M. T. CRESPO, *La autonomía provincial en el sistema constitucional español*, tesis doctoral aún inédita, Jaén, 2004, pág. 645.

60. Por todos, A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford Studies in European Law, 2002, pág. 2.

61. Esta pluralidad de sentidos, en L. ORTEGA, *Autonomía local y subsidiariedad europea...*, pág. 603; J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 12; A. IGLESIAS MARTÍN, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002, pág. 266.

62. En este sentido, L. VANDELLI, “Las autonomías locales todavía entre el difícil desarrollo de la reforma constitucional de 2001 y nuevas propuestas”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, pág. 345 y ss. (pág. 346).

a los ciudadanos.⁶³ Junto a ello, el nuevo artículo 118.3 de la misma Constitución italiana expresa la preferencia y promoción de las iniciativas sociales, frente a las procedentes del Estado y otras organizaciones públicas.⁶⁴

Con frecuencia se explica el principio de subsidiariedad, en sus dos vertientes elementales ya vistas, como *expresión política de un valor ético: la dignidad humana*.⁶⁵ Esta conexión está claramente presente en la doctrina social de la Iglesia católica, centrada en la dignidad humana.⁶⁶ De ahí se ha llegado a afirmar, incluso, que en términos relativos el principio de subsidiaridad tiene mejor acogida en los ámbitos jurídicos católicos. Puede aceptarse provisionalmente este planteamiento para explicar una dimensión de la subsidiariedad (la que opone al individuo frente al Estado). Pero son graves los reparos si se quiere explicar la subsidiaridad organizativa como manifestación de la dignidad humana. Por de pronto, la doctrina social de la Iglesia sobre el principio de subsidiaridad, centrada en la dignidad del individuo, simplemente no contiene criterio alguno sobre la organización del poder público.⁶⁷ Aquella doctrina se forma como reacción a los fenómenos totalitarios entonces presentes en Europa y pretende afirmar, simplemente, la preferencia del individuo frente al Estado; no la preferencia moral del municipio frente a la región, o de ésta respecto del Estado. Además, con perspectiva histórica, no está justificado concluir que las comunidades u organizaciones políticas inferiores hayan sido siempre más tuitivas de la dignidad humana que las organizaciones superiores. Más bien han sido los estados quienes han quebrado el sometimiento del individuo a las comunidades u organizaciones inferiores (desde el gremio hasta el señorío). En términos siempre relativos, más tiene que ver con la libertad del individuo (y por tanto con su dignidad) el Estado moderno –ciertamente alejado del individuo– que las organizaciones de vasallaje “más próximas” al sometido.

En la actualidad, el principio de subsidiariedad *cumple dos funciones elementales en el orden jurídico*. Sirve, por un lado, como *concepto explicativo* de normas o conjuntos de normas que optan por “lo próximo” frente a lo lejano. De principio de subsidiaridad se habla, por ejemplo, para explicar la opción por las autoridades “más próximas” al ciudadano en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local.⁶⁸ La segunda función del principio de subsidiariedad es *normativa*: su inclusión expresa en textos normativos pretende imponer una determinada forma de

63. Artículo 118.1 de la Constitución italiana: “Se asignan a los municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las provincias, urbes metropolitanas, regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación. Los municipios, las provincias y las urbes metropolitanas serán titulares de funciones administrativas propias y de las que se les confieran mediante ley estatal o regional, según las competencias respectivas.”

64. Artículo 118.3 de la Constitución italiana: “El Estado, las regiones, las urbes metropolitanas, las provincias y municipios fomentarán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad.”

65. J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 13; H. HEBERLEIN, “Subsidiarität und Kommunale Selbstverwaltung”, en NVwZ, 1995, pág. 1052 y ss. (pág. 1052).

66. Encíclica “Quadragesimo anno” (1931). Actae Apostolicae Sedis XXIII (1931), pág. 177 y ss. (pág. 203).

67. Con más matices: M. Teresa CRESPO, *La autonomía provincial...*, pág. 644.

68. Así, J. BARNES, “Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución”, *Anuario del Gobierno Local 1997*, pág. 53 y ss. (pág. 30).

organización del poder, o de las relaciones entre ciudadanos y poder público. Obviamente, las dos funciones del principio de subsidiariedad están claramente conectadas. El principio de subsidiariedad pasa al lenguaje normativo sobre la premisa de que es un concepto propio, intrínseco, inducido del propio ordenamiento. En su dimensión normativa, el principio de subsidiariedad no se utiliza como innovación o ruptura sino, más bien, como manifestación expresa y normativa de una realidad previa, constatada en el propio ordenamiento.

4.3. Subsidiariedad en la organización del poder público

Ya se ha dicho antes que el principio de subsidiariedad actúa en dos planos: el de las relaciones entre individuos y poder público; y, en segundo lugar, como principio organizativo del poder público. Este segundo plano es el que se va a abordar ahora.

La idea de subsidiariedad organizativa se viene utilizando en contextos bien distintos y para fines también diversos. En ocasiones, la idea de subsidiariedad viene ligada a la idea política de federalismo. Otras veces como instrumento útil en el proceso de integración europea. Y otras veces en relación con la autonomía local.⁶⁹ El principio de subsidiariedad cuenta con buena reputación en el discurso político. Es un tópico político. De ahí que con frecuencia otras categorías jurídico-políticas busquen la asociación con dicho principio. En los tres contextos definidos anteriormente está presente esta idea.

a) Así, es frecuente la presentación del *federalismo* como construcción del poder “de abajo arriba”, como expresión del principio de subsidiariedad.⁷⁰ Es ésta una asociación simplificadora, debidamente contestada en la doctrina, que minusvalora el elemento de acuerdo o pacto político entre naciones o pueblos conformadores de los estados federales. Tal y como críticamente ha dicho Hesse: “El Estado federal no se articula necesariamente sobre la precedencia de la organización más pequeña respecto de la mayor”, por lo que “federalismo y principio de subsidiariedad no tienen por que ir necesariamente asociados”.⁷¹

b) Algo similar ocurre en el contexto jurídico y político europeo: las reticencias de varios estados en el proceso de *integración europea* se han allanado mediante la proclamación del principio de subsidiariedad como principio estructural de la Unión Europea. Actúa como *conditio sine qua non* en el proceso de integración europea. Es, simultáneamente, una opción a favor de los estados y una opción política a favor de la integración europea.⁷² Es la técnica para asegurar que la construcción política europea no se realice necesariamente a costa de los estados. Dicho esto se entenderá que el fin para el que se trae el principio de subsidiariedad al

69. F. L. KNEMEYER, “Subsidiarität-Föderalismus-Dezentralisation”, en *Detusches Verwaltungsblatt (DVBl)* 1990, pág. 449 y ss.; H. HEBERLEIN, *Subsidiarität...*, pág. 1053.

70. A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 269; A. MANGAS y D. LIÑAN, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 119.

71. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.ª edición, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993 (hay ediciones posteriores), pág. 90, núm. marginal 219.

72. J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 65.

Derecho comunitario europeo condicione su propia estructura técnica. Así: su conexión con el principio de proporcionalidad;⁷³ su aplicabilidad en los ámbitos de competencias concurrentes entre los estados y las comunidades europeas; y las técnicas para su eficacia. La singular estructura del principio de subsidiariedad en Derecho europeo comunitario, tanto en lo que hace a su finalidad como en lo que se refiere a su estructura técnica, impide su traslación automática al ámbito estatal; más concretamente, al ámbito local.

c) Por último, en el proceso de afirmación de la autonomía local también se ha hecho frecuente uso de la *idea de subsidiariedad, como claramente legitimadora de las entidades locales*.⁷⁴ En España, el principio de subsidiariedad se ha propuesto al hilo del llamado Pacto Local de 1996.⁷⁵ Poco se ha reparado en que, con frecuencia, el nivel de autonomía local alcanzado en un ordenamiento jurídico no sólo no aumenta –sino que incluso puede disminuir– mediante la invocación del principio de subsidiariedad.⁷⁶

Tiene interés destacar aquí que la garantía de la autonomía local no expresa necesariamente una opción de principio a favor de las entidades locales. Autonomía y subsidiariedad son categorías complementarias, pero no asimilables. *Hay autonomía local sin subsidiariedad*: un ordenamiento garantiza el autogobierno local, pero no opta por lo local frente a lo regional o estatal. Es posible, incluso, que se garantice la *autonomía local de diversas organizaciones territoriales* (municipios, provincias, comarcas) y que sólo se enuncie el principio de subsidiariedad en relación con alguna de ellas. También es posible la *subsidiariedad con escasa autonomía*:⁷⁷ se opta por la gestión pública de proximidad, pero a través de administraciones periféricas o administraciones locales que actúan por delegación de otra entidad territorial superior.

Con lo dicho baste para anunciar ya el eje de reflexión en este estudio en torno al principio de subsidiariedad: que a fuerza de usos diversos, el principio de subsidiariedad organizativa es hoy claramente anfibológico. Y ello exige que a su invocación siga la precisión sobre en qué sentido se toma.

4.4. Estructura técnica

Por encima de las diversas formulaciones del principio de subsidiariedad, que ya he dicho que son muy marcadas, y que dependen del contexto jurídico-político en el que se habla de subsidiariedad, dicho principio mantiene una estructura inmanente más o menos estable, articulada a través de dos afirmaciones consecutivas: preferencia funcional de la organización más próxima al ciudadano, y posible

73. Muy intensa, incluso, en la propuesta teórica de D. SARMIENTO, "El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local", en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 162 (2003), pág. 145 y ss. (pág. 164).

74. L. ORTEGA, *Autonomía local y subsidiariedad europea...*, pág. 602.

75. A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 294.

76. Así, J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 57.

77. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch der Europäischen Charta der Kommunalen Selbstverwaltung*, Booberg Verlag, Stuttgart, 2001, pág. 418.

excepción justificada respecto de esa preferencia general.⁷⁸ El primer elemento del principio, la preferencia de la organización más próxima, admite diversas manifestaciones: puede ir desde una atribución general de competencia a la organización más próxima hasta una simple preferencia funcional de la organización inferior en ámbitos donde dos o más organizaciones son competentes para intervenir. Y en lo que hace al segundo elemento del principio (la posibilidad de excepción), las opciones son también varias: la aplicación de criterios de eficiencia económica para fundar la excepción (esto es, que cabe excepcionar la preferencia funcional del inferior cuando la gestión del superior resulte previsiblemente más eficiente), o la aplicación de criterios netamente políticos, como la existencia de intereses supralocales en un determinado ámbito de actuación pública.

La versatilidad del principio de subsidiariedad permite su funcionalidad en contextos políticos diversos, como ya se ha dicho. Permite hablar de subsidiariedad allí donde, como es el caso de la Unión Europea, no se parte de una atribución de competencia universal al inferior sino de la atribución de ámbitos competenciales simultáneamente a dos organizaciones (que articulan su preferencia en la actuación por medio, precisamente, del principio de subsidiariedad). Y se habla de subsidiariedad también allí donde, como es el caso del Derecho alemán (sobre todo, el de los *Länder*), existe una atribución competencial universal a favor de los municipios, sólo exceptuable por ley (y no conforme a criterios de eficiencia, sino por razones de interés general supralocal). A la vista de lo dicho, cuándo se formula la pregunta sobre la posible inclusión del principio de subsidiariedad en los estatutos de autonomía, lo importante no está tanto en el si como en el cómo.

4.4.1. Preferencia funcional de la organización inferior

El Derecho positivo, de España y comparado, muestra diversas formas de establecer la prioridad o preferencia funcional de la organización inferior. Con afán sistemático, las diversas fórmulas se van a reducir ahora a tres tipos básicos. Tipos que no forman propiamente una “escala de subsidiariedades”, pues según el contexto normativo en el que juegue la preferencia funcional y, sobre todo, según los criterios de excepción que sigan a la regla general (se verán enseguida), un mismo tipo de preferencia funcional puede deparar una subsidiariedad muy intensa o leve.

4.4.1.1. Mandato de atribución de competencias

En ocasiones el Derecho positivo (constitucional o legal) enuncia el principio de subsidiariedad como *mandato de atribución máxima* de funciones o competencias a las organizaciones u órganos más próximos a los ciudadanos. El destinatario natural de este mandato es el legislador. Aquí el principio de subsidiariedad actúa como un verdadero principio, en sentido técnico: ordena una determinada conducta (la atribución de funciones) hasta donde lo permiten otros principios o valores concurrentes en el mismo sistema jurídico.⁷⁹ Este tipo de preferencia fun-

78. Una propuesta similar se apunta en L. ORTEGA, *Autonomía local y subsidiariedad europea...*, pág. 604.

79. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 39 y ss.

cional lo podemos encontrar en el artículo 2 de la LBRL y en el artículo 4.3 de la CEAL.

El artículo 2.1 de la LBRL impone al legislador (del Estado y de las comunidades autónomas) el deber de atribuir competencias a las entidades locales. Además, el mismo artículo 2.1 de la LBRL establece que ese mandato de atribución competencial se ha de cumplir “de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Esto es: el artículo 2.1 de la LBRL opta por que la actividad administrativa en ámbitos de interés local se lleve a cabo en sede también local, que es por principio la más próxima a los ciudadanos. Podemos convenir en que el mandato legal de atribución de competencias bajo el principio de “máxima proximidad” es una modalidad del principio de subsidiariedad; pues supone la preferencia funcional de la organización o autoridad inferior más cercana a los ciudadanos.⁸⁰ Eso sí, aquí la atribución competencial no proviene directamente del artículo 2.1 de la LBRL. La preferencia funcional de los municipios se plasma en un mandato a la ley para que atribuya el máximo de competencias posibles a las entidades locales. Luego se verá el catálogo de posibles excepciones a este criterio de principio. En la línea del artículo 2.1 de la LBRL, también el artículo 4.3 de la CEAL, que se tiene comúnmente por expresión del principio de subsidiariedad,⁸¹ contiene un mandato a la ley interna para que atribuya competencias a las autoridades locales. No atribuye ni garantiza directamente competencia alguna.⁸²

4.4.1.2. *Atribución de competencia universal*

Otra forma de expresión de la preferencia funcional de la organización inferior (más cercana a los ciudadanos) consiste en la atribución de competencia universal a las entidades locales, permitiendo, eso sí, que la ley sustraiga expresa y concretamente ciertas materias a la competencia local. El Derecho público alemán expresa bien esta forma de subsidiariedad. Ante el silencio del artículo 28.II de la GG, que nada dice expresamente sobre la posible competencia universal de los *municipios*, las constituciones de algunos *Länder* alemanes expresamente han incluido esa atribución competencial universal.⁸³ Eso sí, *la competencia universal se limita a los asuntos de interés local y limita –con carácter general– sólo a favor de los municipios*, no de las agrupaciones territoriales de municipios. Estas agrupaciones (como las comarcas o *Kreise*) sólo ejercen las competencias que expresamente les atribuye la ley, si bien su ejercicio efectivo se encuentra garantizado por la propia Constitución federal.⁸⁴ Son excepción las constituciones de los *Länder*, que atribuyen competencia universal también a las agrupaciones territoriales de municipios.

80. También, M. T. CRESPO, *La autonomía provincial...*, pág. 664.

81. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch...*, pág. 340; J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 90.

82. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch...*, pág. 336.

83. Así: artículo 78.II de la Constitución de Nordrhein-Westfalen; artículo 71.II de la Constitución de Baden-Württemberg, y artículo 72 de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern. Sobre esta última, véase: B. THIELE, en B. THIELE- J. PIERSCH- K.WEDEMAYER, *Die Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern*, Berlin Verlag, 1995, artículo 72, pág. 316, núm. marginal 4.

84. Cfr. K. BRAUN, *Kommentar...*, artículo 71, págs. 637 y 642, núm. marginal 30.

Así, el artículo 78.II de la Constitución de Nordrhein-Westfalen. Pero incluso en este caso, la jurisprudencia constitucional del *Land* ha rebajado la relevancia de esta equiparación, precisamente aludiendo a que la subsidiariedad sólo se puede predicar con propiedad de los municipios.⁸⁵

La atribución competencial universal (en materias de interés local) va asociada a la reserva de ley para la modulación o limitación de esa atribución competencial. Ese poder legal de limitación o “elevación” de la competencia local está a su vez sometido a dos límites: respeto al contenido esencial de la autonomía local; y proporcionalidad.⁸⁶ Con todo, siendo indudable el objetivo de ciertas constituciones federales en mejorar la autonomía local, mediante la cláusula expresa de competencia universal, lo cierto es que esa concreción constitucional (respecto de lo establecido en el artículo 28.II de la GG) tiene hoy una relevancia limitada. Pues desde 1988 el Tribunal Constitucional Federal viene interpretando que el propio artículo 28.II de la GG, pese a la inexpresividad de su texto, también atribuye competencia universal a los municipios, sólo limitable por ley y de conformidad con el principio de proporcionalidad.⁸⁷

Un ejemplo singular de competencia local universal –al menos en apariencia– lo proporciona el Derecho constitucional italiano. Como ya se expuso más arriba, el actual artículo 118.1 de la Constitución italiana (en la redacción dada por la Ley constitucional de 18 de octubre de 2001, núm. 3) enuncia expresamente el principio de subsidiariedad: “Se asignan a los municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las provincias, urbes metropolitanas, regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación [...]”. Este precepto constitucional tiene antecedentes claros en el propio régimen legal anterior.⁸⁸ No cabe duda de que el artículo 118.1 de la Constitución italiana atribuye directamente, y de forma completa, las *competencias administrativas* a los municipios. A las demás organizaciones administrativas (locales, regional o estatal) sólo le corresponden las competencias que la ley extraiga del ámbito municipal y simultáneamente atribuya a dichas organizaciones superiores.⁸⁹ Esta preferencia funcional de los municipios no

85. Véase VerFGH NRW, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1983, pág. 714 y ss. (pág. 715): “El artículo 78.II de la Constitución ciertamente declara que los municipios y las agrupaciones de municipios son los únicos titulares del poder público en sus territorios. Aquí, al igual que en el artículo 28.II de la GG, subyace claramente la idea de la subsidiariedad, conforme a la cual a la organización superior sólo corresponden aquellas tareas que la organización más pequeña no alcanza a cumplir con sus propios medios y bajo su propia responsabilidad. De ahí que el ámbito funcional de las agrupaciones de municipios se limite a aquellas tareas que por su naturaleza, ámbito o importancia superen la capacidad y responsabilidad de los municipios.”

86. B. THIELE, *Die Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern...*, artículo 72, pág. 317, núm. marginal 5.

87. Sentencia Rastede. BVerfGE 79, 127 y ss. Y extensamente sobre esta sentencia, dictada en un asunto de competencias sobre residuos urbanos: J. ORTEGA BERNARDO, *Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 123-136.

88. Así, artículo 3.2 del Decreto legislativo 267/2000: “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali.” Y sobre esto, F. PIZZOLATO, “Il principio de sussidiarietà”, en T. GROPPY y M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, pág. 151 y ss. (pág. 152).

89. D. D’ALESSANDRO, “Funzioni amministrative e sussidiarietà: il problema della gustiziabilità”, en S. GAMBONINO (director), *Il nuovo ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 2003, pág. 355 y ss. (pág. 365).

sólo refuerza a los municipios frente a las regiones o el Estado; también supone una opción a favor del municipio frente a las demás entidades locales.⁹⁰ Con todo, la eficacia real de la preferencia funcional del artículo 118.1 de la Constitución italiana, a favor de los municipios, no es tan alta como *a priori* pudiera parecer. Y ello porque en desarrollo del artículo 118.1 de la Constitución se ha encargado al legislador la tarea de distribuir de forma completa las distintas tareas administrativas entre los diversos niveles de administraciones públicas. Es tarea de la ley no sólo elevar la sede competencial de ciertas tareas administrativas (en principio, atribuidas a los municipios): a la ley corresponde distribuir de forma sistemática todas las competencias administrativas,⁹¹ provisionalmente atribuidas por la Constitución a los municipios. Es clara, en este sentido, la regulación contenida en la Ley de 5 de junio de 2003, núm. 131, de “Normas para la adaptación del ordenamiento de la República a la Ley constitución de 18 de octubre de 2001, núm. 3”⁹² (Legge La Loggia). En el artículo 2.1 de esta ley se delega en el Gobierno la tarea de “concreción de las funciones fundamentales” para el funcionamiento de municipios, provincias y ciudades metropolitanas. Se trataría de las funciones más estrechamente ligadas a la *autonomía local* que ahora garantiza directamente el artículo 117 de la Constitución italiana. Más adelante el artículo 2.4.b) de la ley fija dos tipos de criterios generales para esa atribución de competencias: el “carácter natural” de ciertas funciones para cada tipo de ente local; y los principios de “subsidiariedad, adecuación y diferenciación”. De forma complementaria a la anterior regulación, el artículo 7 de la Ley de 5 de junio de 2003 encarga a los legisladores (del Estado o la región) la tarea general de distribución de funciones administrativas (ya no sólo las “fundamentales”) entre las diversas organizaciones territoriales de la República (ya no sólo los entes locales); con la previsión, eso sí, de que las funciones administrativas no atribuidas a otros entes públicos (Estado, región, provincia o ciudad metropolitana) corresponden residualmente a los municipios. Así que, en última instancia, la atribución directa del artículo 118.1 de la Constitución italiana queda notablemente reducida a *un mandato general de atribución de competencias* (dirigido al legislador) y una *cláusula residual a favor de los municipios*. Aquí la ley no cumple la función ocasional de elevar ciertas competencias municipales a un nivel territorial superior, como es propio del Derecho alemán. Es la ley la que, bajo el mandato constitucional, distribuye de forma completa y sistemática las competencias administrativas entre las distintas organizaciones territoriales.⁹³

4.4.1.3. Criterio de preferencia ante competencias concurrentes

El Derecho comunitario europeo establece el principio de subsidiariedad como criterio a favor de la actuación de los estados, en aquellos ámbitos competenciales en los que también podrían actuar las instituciones europeas. En la actualidad, el artículo 5.2 del TCE establece el principio de subsidiariedad comunitario, con el siguien-

90. D. D'ALESSANDRO, *Funzioni amministrative e sussidiarietà...*, pág. 365.

91. G. ROLLA, “L'autonomia dei comuni e delle province”, en T. GROPPi, pág. 155 y ss. (pág. 160).

92. Texto completo, en www.parlamento.it/parlam/leggi/031311.htm.

93. D. D'ALESSANDRO, *Funzioni amministrative e sussidiarietà...*, págs. 368 y 370.

te texto: “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.” Aquí la preferencia funcional de la organización pública más cercana a los ciudadanos se presenta como criterio rector del *ejercicio de competencias previamente atribuidas a la Unión Europea*. El principio de subsidiariedad sólo se entiende, en este sentido, en conexión con el llamado “principio de atribución” expresado en el artículo 5.1 del TCE. Sólo allí donde previamente los tratados han atribuido competencias a la Unión Europea, y siempre que estas sean concurrentes con las de los estados, se plantea la preferencia funcional de los propios estados. El artículo 5.2 del TCE, por tanto, no atribuye competencia alguna a la Unión. Se limita a disponer cómo ha de ejercer la Unión Europea las competencias previamente atribuidas, en régimen de concurrencia con los estados, por los propios tratados.⁹⁴ Se trata, así, de una forma de preferencia funcional que acepta la imprecisión en la delimitación de las competencias, y opta por regular el momento ejecutivo de dichas competencias.⁹⁵

4.4.2. Criterios de excepción

Hasta hora se han visto distintas formas de preferencia funcional de las autoridades más próximas al ciudadano. Pero como ya se dijo más arriba, el principio de subsidiariedad contiene, además del criterio de la preferencia funcional, un segundo criterio complementario: la excepcionabilidad de la preferencia en supuestos tasados y concretos. Al igual que ocurre con el criterio de la preferencia funcional, también este segundo criterio admite diversas formulaciones. De manera que la versión final del principio de subsidiariedad, en cada ordenamiento o contexto normativo, resultará de qué regla de preferencia funcional y qué criterios de excepción se combinen en cada caso.

Veamos a continuación diversos criterios de excepción.

4.4.2.1. Criterios de eficacia y eficiencia

El Derecho positivo debilita notablemente el vigor del principio de subsidiariedad allí donde permite que la eficacia o la eficiencia justifiquen la elevación de las competencias a las organizaciones superiores. Es el caso del artículo 4.3 de la CEAL, donde se habla expresamente de la “eficacia o economía” como criterio justificativo de la elevación de la competencia. Para limitar la flexibilización del principio de subsidiariedad se ha propuesto una lectura rigurosa de la expresión “eficacia o economía”. Se ha dicho que una mayor eficiencia de la organización pública superior

94. L. ORTEGA, *Autonomía local y subsidiariedad europea...*, pág. 613; J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 60; L. PAREJO, “Algunas notas sobre la última evolución del principio de subsidiariedad en el Derecho comunitario europeo”, en J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 93 y ss. (pág. 97); A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 283.

95. L. PAREJO, *Algunas notas...*, pág. 98.

(respecto de la local) no justifica por sí la quiebra de la preferencia funcional de los entes locales. Y que sería exigible, en este sentido, una “clara falta de eficacia” o una “absoluta ineficiencia” (del ente local).⁹⁶ Siendo atendibles estos argumentos, lo cierto es que los criterios de excepción aún siguen siendo muy laxos. Y si a ello se suma que en el artículo 4.3 de la CEAL la regla de la preferencia funcional es intrínsecamente muy limitada, el resultado final es que el principio de subsidiariedad que establece la Carta Europea de la Autonomía Local presenta un alcance muy limitado.

También son generosos los criterios de eficacia que se contienen en el artículo 5.2 del TCE. Se habla de la posible intervención de la Comunidad Europea cuando “los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros”, enunciándose como posibles causas de esa insuficiencia “la dimensión” o “los efectos de la acción contemplada”. Estas excepciones amplias al criterio de preferencia funcional de los estados, reconducibles a la idea de eficacia,⁹⁷ se mantienen –e incluso amplían– en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, añadido por el Tratado de Amsterdam (1997) al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En la disposición quinta del protocolo se concreta que puede haber *insuficiencia* en la actuación de los estados por razones de transnacionalidad de los asuntos, porque con las actuaciones nacionales no se cumplieran los requisitos del Tratado de la Comunidad Europea, o porque comparativamente los beneficios de la actuación comunitaria son superiores a los que pueden derivar de la acción de los estados. Los criterios de excepción del artículo 5.2 del TCE no resultan esencialmente afectadas en el artículo 9.3 del Proyecto de Constitución Europea. Sí es bien distinto, en cambio, el nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al proyecto de Constitución europea, fundamentalmente porque elimina los criterios concretos de excepción del actual protocolo. Pero de ahí no se puede concluir que los criterios que ahora tienen amparo en el artículo 5.2 del TCE dejen de tenerlo en el futuro al amparo del artículo 9.3 de la Constitución europea. Ha de subrayarse, en todo caso, que la amplitud de los actuales criterios de excepción (respecto de la preferencia funcional de los estados) ha de entenderse en el concreto contexto de la Unión Europea. Si se parte de que las competencias exclusivas de la Unión Europea son muy escasas, y que lo normal son las competencias concurrentes, sólo una definición amplia de los criterios de excepción (a la actuación preferente de los estados) permite a la Unión Europea el cumplimiento de sus objetivos.

Un último ejemplo de excepciones de eficacia proviene del Derecho italiano. Cuando el artículo 118.1 de la Constitución italiana enuncia el principio de subsidiariedad lo hace conjuntamente con los principios de “diferenciación” y “adecuación”. Estos principios sirven precisamente para excepcionar la preferencia funcional de los entes locales que contiene el principio de subsidiariedad. Por medio del

96. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch...*, pág. 338, párrafo 24.

97. Otra opinión, A. MANGAS y D. LIÑÁN, *Instituciones...*, pág. 119.

principio de “diferenciación” se ha de prestar atención a las peculiaridades de cada tipo de ente territorial; y por medio de principio de “adecuación” se ha de tener en cuenta, a la hora de aplicar el principio de subsidiariedad, la capacidad real de gestión de las competencias por los entes locales.⁹⁸ De esta forma, “diferenciación” y “adecuación” son criterios que desde la perspectiva de la eficacia en el funcionamiento administrativo permiten excepcionar la preferencia funcional de los entes locales. De forma similar, el artículo 25.2 a) del nuevo Estatuto de la Región Emilia-Romagna (aprobado en segunda lectura por el Consejo Regional el pasado 14 de septiembre de 2004), que expresamente desarrolla el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 118 de la Constitución italiana, reserva para los órganos administrativos de la región “las funciones administrativas que requieren un ejercicio unitario a nivel regional, a fin de alcanzar objetivos que no serían conseguidos por los entes locales, y aquellas funciones que por sus dimensiones organizativas o por los efectos sobre los ciudadanos deben llevarse a cabo a nivel regional”. En esta formulación tan amplia (que prácticamente deja en manos de la Asamblea legislativa regional el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 118.1 de la Constitución italiana) está claramente presenta la idea de eficacia administrativa, aunque también de forma indirecta otros criterios de oportunidad política regional.

4.4.2.2. Criterios materiales

Los criterios de excepción (respecto del criterio de preferencia funcional de la organización inferior) también pueden derivar del tipo de asunto o competencia en cuestión. Aquí se integran tanto las menciones a *intereses supralocales* como a la *naturaleza de los asuntos*. La existencia de un interés supralocal en el ejercicio de determinadas competencias puede ser causa de exclusión funcional de la organización inferior. Así resulta, por ejemplo, del artículo 2.1 de la LBRL: el mandato de “máxima proximidad” a los ciudadanos sólo actúa respecto de “cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses [locales]”. Fuera del ámbito de interés local no hay preferencia funcional de las entidades locales. También en Derecho alemán es el *interés supralocal* el criterio de excepción a la competencia funcional universal de los municipios. Así resulta del artículo 28 II de la GG, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitución Federal en la Sentencia Rastede (BVerfGE 79, 127), y de las constituciones de los *Länder*.⁹⁹ Se excluye de forma clara que criterios de eficacia o eficiencia puedan justificar la “elevación” de competencias municipales.¹⁰⁰ Se afirma, incluso, que ante un déficit en la capacidad de gestión de las entidades locales lo que procede es la ayuda y asistencia de las organizaciones territoriales superiores, no la “elevación” de la competencia.¹⁰¹

98. G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province...*, pág. 160.

99. Artículo 71.II de la Constitución de Baden-Württemberg; artículo 72.I de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern; artículo 97.II de la Constitución de Brandenburg; artículo 49 de la Constitución de Rheinland-Pfalz, y artículo 87.II de la Constitución de Sachsen-Anhalt.

100. P. J. TETTINGER, *Kommentar...*, artículo 78, pág. 1054, núm. marginal 17.

101. H. HEBERLEIN, *Subsidiarität...*, pág. 1053.

Además, el interés de la supralocalidad ha de aplicarse restrictivamente, sometido al principio de proporcionalidad (que impide un vaciamiento desproporcionado de las competencias de los municipios, aun existiendo un interés supralocal en la materia).¹⁰²

También son criterios materiales, ciertamente amplios, las “características de la actividad pública de que se trate” y la “capacidad de gestión de la entidad local”, ambos enunciados en el artículo 2.1 de la LBRL. Del mismo tipo es el criterio de la “amplitud o naturaleza de la tarea” que figura en el artículo 4.3 de la CEAL. En la exégesis del artículo 4.3 de la CEAL se ha propuesto limitar ese criterio tan amplio de excepción, dejándolo reducido a supuestos de “supralocalidad” de los asuntos, entendida ésta *en sentido territorial*.¹⁰³ Pero es dudoso que unos términos tan amplios como los del artículo 4.3 de la CEAL puedan quedar reducidos simplemente a la extraterritorialidad de los asuntos.

4.5. Subsidiariedad local en los estatutos de autonomía

Como ya se ha dicho, la idea de subsidiariedad está muy presente en todo debate actual sobre la organización del poder público. Es frecuente la llamada a que el principio de subsidiariedad enunciado en Derecho europeo se incorpore también al ámbito interno.¹⁰⁴ Es lógico, en este sentido, que se plantee su inclusión en los estatutos de autonomía. Para valorar esta posibilidad hay que partir de que nuestra Constitución, actualmente, no garantiza directamente el principio de subsidiariedad. Y siendo posible su incorporación por vía de estatuto, esta inclusión puede estar condicionada por el Derecho comunitario europeo, por la Carta Europea de la Autonomía Local y por la propia Constitución española. Veámoslo.

4.5.1. Ausencia del principio de subsidiariedad en la Constitución

La Constitución no articula territorialmente el poder en torno al principio de subsidiariedad.¹⁰⁵ Ni siquiera el poder administrativo. Por ello, la autonomía local que garantizan los artículos 137 y siguientes de la Constitución no pueden entenderse como expresión, ni implícita ni explícita, del principio de subsidiariedad.¹⁰⁶ La “imagen de subsidiariedad” que contiene la STC 102/1995, FJ 9 y 14.B), donde se identifica una cadena de subsidiariedades que va desde los entes locales hasta las comu-

102. K. BRAUN, *Kommentar...*, artículo 71, núm. marginal 40.

103. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch...*, pág. 337, párrafo 23.

104. J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 70.

105. J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 54; M. T. CRESPO, *La autonomía provincial...*, pág. 668.

106. Otra opinión en J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 26; A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 289; F. CAAMAÑO, “La autonomía local, en serio”, en *El municipio en Aragón*, Diputación Provincial de Zaragoza, 2004, pág. 251 y ss. (pág. 262). A los efectos de identificar en el artículo 137 de la CE una “cláusula general de atribución a favor del poder local”, de forma similar a lo establecido en la Sentencia alemana Rastede, véase también J. L. CARRO, “El debate sobre la autonomía municipal”, en RAP num. 147 (1998), pág. 89 y ss. (p.93); y luego en “La cláusula general de competencia municipal”, en *Anuario del Gobierno Local 1999-2000*, pág. 37 y ss. (págs. 48 a 51); también L. ORTEGA, “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, año 2000, pág. 33 y ss. (pág. 39).

nidades europeas (pasando por el Estado y las comunidades autónomas), tiene valor retórico o estilístico. Pero no describe nuestra realidad constitucional. Si alguna preferencia competencial hay en nuestra Constitución, ésa es precisamente a favor del Estado (artículo 149.3 de la CE), no a favor de las entidades locales. Se ha dicho en ocasiones que el principio de “descentralización” del artículo 103.1 de la CE expresa el principio de subsidiariedad.¹⁰⁷ Pero siendo cierto que la *descentralización* puede ser una forma de subsidiariedad, lo que establece el artículo 103.1 de la CE no es la forma en la que la Constitución distribuye territorialmente el poder público. Es un principio organizativo *de cada administración pública*, no la forma de organización territorial del Estado. La organización territorial del Estado está en el artículo 137 de la CE, y se basa en la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas; entre sí y respecto del Estado. A mi juicio, la descentralización, la desconcentración, la jerarquía y la coordinación, principios constitucionales todos ellos enunciados en el artículo 103.1 de la CE, guían la organización de cada administración pública, pero no articulan el poder entre el Estado, las comunidades autónomas, las provincias y los municipios.¹⁰⁸ También se ha dicho que el *mandato de participación* del artículo 9.2 de la CE expresa la idea de subsidiariedad. Pero no se entiende por qué en un Estado democrático el mandato de participación ha de hablar únicamente a favor de las entidades locales. Por último, también se ha dicho que el principio de subsidiariedad está presente en la Constitución a través del mandato de eficacia de la actuación administrativa (artículo 103.1 de la CE).¹⁰⁹ Pero tal afirmación carece de todo sustento empírico que la avale.

Dicho esto, no se puede negar que *la jurisprudencia constitucional ocasionalmente incorpora la idea de subsidiariedad a la hermenéutica de la autonomía local*. Aquí no hay, ciertamente, una opción interpretativa clara. Pero sí se puede afirmar, al menos, que tal como el Tribunal Constitucional interpreta la autonomía local no se puede considerar excluida la idea primaria de subsidiariedad. Ya en la STC 32/1981, sobre las diputaciones provinciales catalanas, se dice que “el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes [de las provincias], pero no eliminarlas por entero y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse *con razón suficiente* y nunca en daño del principio de autonomía, que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución” (FJ 3). La exigencia de “razón suficiente” expresa, siquiera vagamente, la “idea de subsidiariedad”.¹¹⁰ También algo parecido a un juicio de subsidiariedad se encuentra en las STC 40/1998 y 204/2002, ambas referidas a la exención de licencia municipal para obras públicas estatales portuarias o aeroportuarias. En ambas sentencias se parte de que, en principio, la competencia urbanística de los municipios se extiende en los controles preventivos (principalmente, en forma de licencia) y que

107. A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 289.

108. Otra opinión, parcialmente, en J. A. SANTAMARÍA, *Principios de Derecho administrativo*, 4.ª edición, CEURA, 2002, pág. 117.

109. J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 40.

110. J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 89.

sólo muy justificadamente la ley puede excepcionar esos controles municipales. Dicen, así, ambas STC (FJ 39 y 13, respectivamente) que “la facultad del Estado de incidir sobre la competencia urbanística, sustituyendo la previa licencia por el informe, se limita, por tanto, a las obras portuarias *en sentido estricto*”.

Visto lo anterior, se puede considerar que, en principio, un estatuto de autonomía puede incluir el principio de “subsidiariedad local”. Se ha dicho que nada impide que el legislador establezca un régimen local basado en la idea de la subsidiariedad.¹¹¹ En el mismo sentido, el estatuto de autonomía es una ley apta para la inclusión de ese principio. Dicha inclusión no sería, en todo caso, una novedad absoluta. El principio de subsidiariedad, entendido como preferencia funcional de los entes locales respecto de otras entidades públicas superiores, exceptuable de forma justificada, forma ya parte del orden jurídico español. Ya se ha dicho que algunas formulaciones del principio de subsidiariedad están presentes en el artículo 2.1 de la LBRL y en el artículo 4.3 de la CEAL. Ahora se trata de analizar cómo se puede plasmar el principio de subsidiariedad *también* en los estatutos de autonomía. Dado que el principio de subsidiariedad acepta fórmulas bien diversas, sólo fijando la atención en expresiones concretas del principio de subsidiariedad puede llevarse un cotejo adecuado con los diversos parámetros que vinculan a los estatutos.

4.5.2. Límites a la inclusión del principio de subsidiariedad en los estatutos de autonomía

Por principio, *el Derecho comunitario europeo no condiciona* la inclusión del principio de subsidiariedad en los estatutos. Tanto el actual artículo 5.2 del TCE como el futuro artículo 9.3 de la “Constitución europea” se sirven del principio de subsidiariedad para articular las relaciones entre la Unión Europea y los estados; nada dicen directamente de la organización interna del poder público.¹¹²

La Carta Europea de la Autonomía Local incorpora, según opinión generalizada, el principio de subsidiariedad. Allí donde el artículo 4.3 de la CEAL habla de “autoridades más cercanas” se ha entendido que está latente el principio de subsidiariedad.¹¹³ Este precepto vincula a todo el Derecho español, y por tanto a los estatutos de autonomía. Pero siendo esto cierto, también lo es que el artículo 4.3 de la CEAL enuncia un principio con una fuerza normativa muy limitada. En primer lugar, porque el artículo 4.3 de la CEAL sólo establece la preferencia funcional de las autoridades más cercanas “de modo general”. Cabe, por tanto, que el propio principio de subsidiariedad ceda en su eficacia cuando así lo requiera la mejor realización de otro principio prevalente en Derecho interno. Por otro lado, el artículo 4.3 de la CEAL enuncia el principio de subsidiariedad de *forma muy genérica*. En sí mismo, el artículo 4.3 de la CEAL no impone a los estados firmantes un modelo concreto de subsidiariedad.¹¹⁴ No opta ni por una atribución competencial universal ni por

111. J. BARNES *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 93.

112. L. ORTEGA, *Autonomía local y subsidiariedad europea...*, pág. 625; J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución*, pág. 75; A. IGLESIAS, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea...*, pág. 283.

113. J. BARNES, *Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución...*, pág. 90.

114. En términos similares, aunque con otra argumentación, J. L. REQUEJO, *El valor de la Carta Europea...*, pág. 37.

una subsidiariedad entendida como preferencia de actuación en ámbitos competenciales concurrentes. Simplemente, opta por la preferencia de las “autoridades más cercanas a los ciudadanos”, dejando a los estados que concreten la forma y límites de esa preferencia. Es posible, incluso, que de esa subsidiariedad participen no sólo las entidades locales sino también otras autoridades no locales (periféricas) próximas a los ciudadanos.¹¹⁵ Por último, la posibilidad de excepción a la regla de la preferencia no contiene causas tasadas; el artículo 4.3 de la CEAL permite quebrar la preferencia funcional de las entidades locales en razón de la “amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Mayores pueden ser los *límites provenientes de la Constitución*. Lo primero aquí es precisar que a través del principio de subsidiariedad, incluido en un estatuto de autonomía, sólo se articulan los poderes públicos en el ámbito interno de cada comunidad autónoma. La proclamación del principio de subsidiariedad en un estatuto *nada dice de las relaciones de la comunidad autónoma con el Estado ni de las entidades locales también respecto del Estado*. No es que el estatuto de autonomía carezca de eficacia vinculante frente al Estado. Es que, simplemente, el estatuto complementa el sistema de distribución de competencias en los artículos 148 y 149 de la CE, pero no puede alterar ese mismo sistema y sustituirlo por un principio de distribución de poder no recogido en la Constitución. Y en lo que hace a las relaciones entre el Estado y las entidades locales, simplemente se debe afirmar que se trata de una materia no susceptible de ser regulada en el estatuto, de acuerdo con los artículos 147.2 y 152.1 y 3 de la CE.

En segundo lugar, *en el ámbito interno de cada comunidad*, el principio de subsidiariedad no puede alterar la posición constitucional de las comunidades autónomas. No puede afectarse la distribución primaria del poder entre Estado y comunidades autónomas. Ni puede alterarse la posición constitucional de cada comunidad autónoma, respecto de provincias y municipios de su territorio. Un ejemplo comparado de ese posible riesgo de inversión del sistema territorial, por medio del principio de subsidiariedad, lo ofrece el Derecho italiano. El artículo 7 de la Ley de 5 de junio de 2003, núm. 131 (Ley La Loggia), que desarrollaba el principio de subsidiariedad del artículo 118.1 de la Constitución italiana, fue cuestionada ante la Corte Constitucional precisamente por vaciar de competencias administrativas a las regiones de estatuto especial (violando con ello dichos estatutos). Por Sentencia núm. 236/2004 la Corte Constitucional desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad pero precisamente con el argumento de que el mencionado artículo 7 de la Ley de 5 de junio de 2003 no era aplicable a las regiones de estatuto especial.¹¹⁶

Sentado lo anterior se puede valorar, a la luz del orden constitucional, en qué medida las distintas formulaciones del principio de subsidiariedad respetan u optimizan el orden constitucional de distribución territorial del poder. Esto es: la conformidad del principio de subsidiariedad con el orden constitucional de competencias depende, fundamentalmente, de la versión que de ese principio se

115. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch...*, pág. 335.

116. Véanse más detalles sobre esta cuestión en M. BARBERO, “La Corte Costituzionale interviene sulla legge La Loggia”, en www.forumcostituzionale.it/giurisprudenza/mb2362382392802004.htm (párrafo 2.2).

tome. Recuérdese que, como se dijo ya más arriba, este principio se estructura a través de dos elementos: la preferencia funcional de la organización “más cercana”; y la excepcionabilidad de esta preferencia inicial, en atención a circunstancias diversas. Con carácter general se puede afirmar que cuanto más intenso se exprese el primer elemento del principio de subsidiariedad (la preferencia funcional del más cercano) mayores han de ser las posibilidades de excepción (así, eficacia en la gestión, o simple oportunidad política). Sí el estatuto garantiza la preferencia funcional únicamente como *mandato de optimización de las competencias locales*, pero no como atribución directa de competencia universal, aún puede el estatuto fijar un elenco muy limitado de excepciones a la regla de la preferencia funcional (así, sólo por la existencia de intereses supralegales en juego, pero no por razones de eficacia o eficiencia en la gestión). Si, en cambio, la regla de la preferencia funcional se formula como competencia universal de las entidades locales, directamente atribuida por el estatuto, la compatibilidad con la Constitución provendrá de que el catálogo de posibles excepciones a esa atribución general sea lo suficientemente generosa (en manos del legislador autonómico) como para que quede salvaguardada la posición constitucional de la comunidad autónoma.

5. Eficacia de las garantías estatutarias

Hasta ahora se ha dicho que es posible que los estatutos de autonomía introduzcan concretas garantías de autonomía local; incluida alguna forma de subsidiariedad local. Ahora se trata de precisar la eficacia real de esas garantías. Siguiendo una explicación común en Derecho comunitario, en relación con el principio de subsidiariedad, vamos a distinguir aquí entre garantías jurisdiccionales y políticas.

5.1. Garantías jurisdiccionales

Las normas estatutarias vinculan a todos los órganos gubernativos y administrativos. Obviamente, en el ámbito material y territorial que es propio de cada estatuto. Aquí se incluyen no sólo la *actividad gubernativa y administrativa* del Estado y de cada comunidad autónoma sino también la que llevan a cabo las administraciones locales de ese territorio. La actividad –u omisión– administrativa contraria al estatuto de autonomía es ilícita. Y fiscalizable como cualquier actividad (u omisión) administrativa conforme a los artículos 1 y 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Para estos casos el artículo 19.1.e) de la LJCA expresamente atribuye legitimación procesal a “las entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de *su autonomía*”. En este caso, la autonomía se encuentra garantizada en el propio estatuto de autonomía. Dicho esto, cuanto mayor sea la remisión estatutaria a las disposiciones y resoluciones administrativas mayor serán también las posibilidades de control jurisdiccional. Así, por ejemplo, si el estatuto remite al Gobierno autónomo la fijación de concretas garantías de financiación local, una actuación insuficiente u omisiva del Gobierno autónomo podría acceder –por infracción del estatuto– a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Mayores precisiones requiere la garantía estatutaria de la autonomía local (incluida la garantía de subsidiariedad) en relación con leyes del Estado o de la propia comunidad autónoma:

a) Las leyes generales del Estado, en la medida en que pudieran ser incompatibles con las garantías estatutarias de autonomía local, son *inaplicables en esa concreta comunidad autónoma*. Esto, claro es, siempre que el propio estatuto de autonomía sea conforme con la Constitución, tal y como se precisó más arriba (2.3). De esta forma, posibles garantías suplementarias de autonomía local, más allá de lo previsto con carácter general en la de la LBRL, son de aplicación preferente en cada concreta comunidad autónoma. Se trata, en todo caso, de una simple preferencia aplicativa de las garantías del estatuto, no de un juicio de validez sobre las leyes de régimen local del Estado. Será en cada concreto litigio, y con motivo de la selección de la norma aplicable, cuando el *órgano judicial haya de aplicar preferentemente la norma estatutaria*, desplazando la eficacia de la norma estatal general.

b) Por medio del “conflicto en defensa de la autonomía local”, de los artículos 75 bis a 75 quinquies de la LOTC, las entidades locales pueden, de forma colectiva, defender la autonomía local que les garantiza el estatuto de autonomía frente a las leyes del Estado. De esta forma, la posible contradicción entre estatuto de autonomía y leyes del Estado no se resuelve sólo en el momento aplicativo (desplazando el órgano judicial la norma estatal) sino que permite también un *juicio abstracto ante el Tribunal Constitucional*. A través de ese conflicto, las entidades locales pueden, en mi opinión, invocar las garantías estatutarias frente a leyes estatales. Se ha dicho en la doctrina que el canon aplicable en el “conflicto en defensa de la autonomía local” puede incorporar la legislación básica del Estado sobre régimen local.¹¹⁷ Si esto es así, con más razón el estatuto de autonomía (que en su ámbito material ocupa una posición prevalente respecto de las leyes básicas del Estado) puede integrar el canon constitucional de autonomía local. En tal caso, declarada por el Tribunal Constitucional la titularidad de la “competencia” local (léase autonomía) en una determinada materia (artículo 75 quinquies, 5 de la LOTC) ya no procederá la declaración de inconstitucionalidad de la ley estatal que posibilita también el artículo 75 quinquies, 6 de la LOTC. Pues en estos casos no es precisa la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de ley estatal alguna. La pretensión hecha valer en el conflicto queda plenamente satisfecha con la declaración de que en el territorio de una determinada comunidad autónoma la extensión de la autonomía local es la que establece el estatuto, no la que proviene de la ley estatal. De esta forma, la resolución del conflicto se limita a declarar la inaplicabilidad de la ley estatal en el territorio de una concreta comunidad autónoma donde el estatuto ha establecido garantías específicas de autonomía local.

117. Con muchas cautelas, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El conflicto en defensa de la autonomía local: Justificación, configuración jurídica y funcionalidad”, en *Anuario del Gobierno Local 2001*, pág. 55 y ss. (pág. 70). Otra opinión, P. PÉREZ TREMPES, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 83. También en contra, A. GÓMEZ MONTORO, en F. CAAMAÑO y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2.ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 117.

5.2. Controles políticos

Allí donde los controles jurisdiccionales son inexistentes, o muy limitados, se han planteado otro tipo de controles, que con cierta imprecisión podríamos denominar “políticos”. Así ha ocurrido con la garantía del principio de subsidiariedad del artículo 5.2 del TCE. O con la tutela de la autonomía local en Derecho italiano.¹¹⁸ Significativamente, allí donde la autonomía local y la subsidiariedad gozan de tutela jurisdiccional plena (tal es el caso del Derecho público alemán) no se proponen controles políticos para garantizar de la autonomía local. En el caso del Derecho español, ya se ha expuesto más arriba que la Jurisdicción contenciosa y el Tribunal Constitucional pueden tutelar la autonomía local regulable en los estatutos de autonomía. Pero también se ha visto que esta tutela no es plena en sede constitucional, donde el “conflicto en defensa de la autonomía local” exige una suerte de vasto litisconsorcio activo necesario para acudir ante el Tribunal Constitucional. Así que, en la medida en que la tutela jurisdiccional de la autonomía local no es plena y disponible para cada entidad local, se puede plantear la posibilidad de que los estatutos de autonomía incorporen controles “políticos” de la autonomía local garantizada por los propios estatutos.

En Derecho europeo y comparado se pueden observar dos técnicas de control político. Uno es la participación de los entes inferiores (así, los locales) en la adopción de decisiones de las organizaciones territoriales superiores. La otra técnica es la motivación expresa, en las decisiones de las organizaciones territoriales, de que se han respetado los principios de autonomía o subsidiariedad de las organizaciones territoriales inferiores. Veamos ambas técnicas.

5.2.1. Motivación

En el ámbito comunitario europeo la subsidiariedad que impone el artículo 5.2 del TCE se ha tutelado, fundamentalmente, por medio de la exigencia de motivación prevista en la disposición cuarta del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta exigencia de motivación en los actos jurídicos comunitarios ha permitido, hasta ahora, un tímido control jurisdiccional.¹¹⁹ Más allá de este mínimo control jurisdiccional, muy impregnado de auto-restricción en su ejercicio por el Tribunal de Luxemburgo, la exigencia de motivación ha cumplido una función de control político sobre el funcionamiento de las instituciones comunitarias.

A partir de la experiencia comunitaria se ha propuesto, en Derecho italiano¹²⁰ y en Derecho español,¹²¹ la inclusión de deberes formales de motivación en

118. Así, G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province...*, pág. 372.

119. A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique...*, pág. 7; J. Díez-Hochleitner, “El sistema competencial de la Unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea”, en E. ALBERTÍ (director), *El proyecto de nueva Constitución europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 203 y ss. (pág. 249). También, G. DE BURCA, “Proportionality and subsidiarity as general principles of Law”, en U. BERNITZ y J. NERGELIUS (editores), *General Principles of European Community Law*, La Haya, 2000, pág. 97 y ss. Véanse las STJCE de 13 de mayo de 1997, Asunto Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo (C-233/94); 9 de octubre de 2001 (C-377/98); 10 de diciembre de 2002, Asunto British American Tobacco (C-103/01), y 22 de mayo de 2003, Asunto Comisión c. Alemania (C-103/01).

120. G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province...*, pág. 372.

121. J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 70.

relación con las leyes reguladoras del régimen local, como técnica para el control del principio de subsidiariedad. Es planteable, en este sentido, si esta clase de garantía, más política que jurídica, puede acompañar a una eventual garantía de autonomía local (y de la subsidiariedad) en los estatutos de autonomía. En principio no se puede excluir esta posibilidad. Al regular las diversas *iniciativas legislativas* ante el Parlamento autonómico el estatuto puede incluir, como requisito procedimental, la exigencia de motivación expresa (acompañando al proyecto o proposición) sobre la forma en que se cumple con los mandatos estatutarios de autonomía local o subsidiariedad. De hecho, los actuales reglamentos parlamentarios con frecuencia exigen que a los proyectos de ley acompañe una “exposición de motivos”. Ahora se trataría de pasar ese requisito al texto del estatuto y especificar que en esa “exposición de motivos” se ha de justificar el cumplimiento de los principios de autonomía local y subsidiariedad. Más inoportuna, aunque no ilícita, parece la hipotética exigencia de que el propio texto de la ley incorpore una motivación expresa sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad (o de las garantías estatutarias de la autonomía local). Es tradicional en nuestro sistema jurídico el que la ley *no precise* de motivación expresa. Cierto que es frecuente, y aún normal, que las leyes vayan precedidas de una “exposición de motivos”; pero esto es estilo, no requisito a la ley. En esto se distinguen claramente los actos administrativos (que sí requieren motivación expresa en los numerosos supuestos enunciados en el artículo 54 de la LRJPAC) y las leyes. Así que a falta de una exigencia constitucional o estatutaria expresa, la ley no tiene por qué motivar sus disposiciones. Ni para justificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad ni por ninguna otra circunstancia.¹²² Nada tiene esto que ver con la exigencia constitucional de que las normas tengan siempre alguna justificación, esto es, que no sean arbitrarias. Las leyes arbitrarias, por injustificadas, pueden ser declaradas inconstitucionales ex artículo 9.3 de la CE (así: STC 181/2000, FJ 14). Pero lo que se controla de esta forma no es la “motivación” que acompaña a la norma, sino que dicha norma responda a alguna justificación o razón. La falta de motivación en una ley no priva a sus normas de justificación, esto es, no por eso son arbitrarias. Y por lo mismo, la existencia de una motivación expresa acompañando a la ley no impide un posible reproche de arbitrariedad (ausencia de toda justificación). Tenemos, hasta aquí, que la motivación expresa de la ley, aunque es práctica común, no es una exigencia jurídica vinculante. Pero no sería ilícito que un estatuto, al regular la elaboración de las leyes, exigiera esa motivación expresa. Simplemente sería una novedad poco acorde con la tradición.

5.2.2. Participación en los procedimientos decisorios

También cabe plantearse la posibilidad y oportunidad de que el estatuto de autonomía inserte a las entidades locales en los procedimientos legislativos,

122. Aparentemente otra opinión en T. QUADRA SALCEDO, “Nota sobre el principio de subsidiariedad”, en J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad...*, pág. 83 y ss. (pág. 85).

con funciones de vigilancia sobre el cumplimiento –por las leyes autonómicas– de las garantías estatutarias de autonomía local y, en su caso, subsidiariedad. Del Derecho europeo y comparado provienen algunos ejemplos que informan tanto de las posibilidades como de las posibles desviaciones en los controles:

a) Una extendida insatisfacción con la aplicación real del principio de subsidiariedad en Derecho comunitario ha llevado a la propuesta de nuevos controles, más políticos que jurídicos.¹²³ Es el caso del futuro nuevo instrumento de control político preventivo (“*early warning system*”, en la jerga comunitaria) previsto en las disposiciones 5 y 6 del nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al proyecto de Constitución europea. Allí se concreta en la posibilidad de intervención de los parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo europeo, controlando el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por parte de la Comisión. La eficacia de esta participación se concreta en la posibilidad de que, existiendo amplio acuerdo de los parlamentos nacionales sobre la infracción de los principios de subsidiariedad o proporcionalidad, una propuesta legislativa sea devuelta a la Comisión (que no obstante, podrá repetir su propuesta). Sobre este mecanismo de control ya se ha advertido de que introduce graves complejidades en el proceso decisorio y de que se presenta como una puerta abierta para que los parlamentos nacionales, bajo un aparente control del respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, *de facto* lleven a cabo un control político y censura de fondo a las iniciativas legislativas europeas.¹²⁴

b) Otro ejemplo de participación procedimental, como instrumento de control político procede del Derecho italiano. Es el incluido en la reforma del Estatuto de la Región de Emilia-Romagna. El artículo 23 del estatuto crea el Consejo de las Autonomías Locales “representativo de las distintas entidades locales de la región, con funciones de asesoramiento y participación en los procedimientos legislativos y decisorios referidos a los entes locales. En especial, el artículo 23.5 del estatuto establece que los proyectos de ley en los que se regulan las atribuciones de las entidades locales han de ser informados por el Consejo de las Autonomías Locales, y que cuando el informe de ese consejo sea negativo, el proyecto de ley sólo podrá aprobarse por mayoría absoluta de la Asamblea legislativa de la región. De esta forma, el estatuto regional garantiza –frente a la propia Asamblea legislativa de la región– la defensa de la autonomía local (y la subsidiariedad) que garantiza el propio artículo 8 del Estatuto de la Región de Emilia-Romagna.

Propuestas como las precedentes podrían *mutatis mutandi* tener sitio en los estatutos de autonomía. Bien permitiendo que un número cualificado de entes locales objetase proyectos de ley; bien creando órganos representativos de las entidades locales con funciones de informe preceptivo –y parcialmente obstructivo– en los procedimientos legislativos atinentes a la Administración local. Sería necesario, eso sí, graduar la *extensión e intensidad* de esa posible participación procedimental.

123. J. Díez-Hochleitner, *El sistema competencial...*, pág. 250.

124. J. Díez-Hochleitner, *El sistema competencial...*, pág. 254.

Una presencia de los entes locales muy extensa (muchas materias) e intensa (con poderes obstativos transitorios) podría desdibujar la imagen institucional de la Asamblea legislativa prevista en el artículo 152.1 de la CE.

