

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN*

LA SUBSIDIARIEDAD: CONCEPTO JURÍDICO

El objeto de este trabajo es examinar los efectos que en el orden constitucional español pudiera tener el principio de subsidiariedad, tal como aparece formulado en el Tratado de la Unión Europea —TUE— celebrado en Maastricht en febrero de 1992 y, al redactar estas líneas, aún en trance de ratificación por alguno de sus signatarios.

Dicho principio de subsidiariedad aparece formulado así:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad interviendrá, 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 que la acción contempla, a nivel comunitario.

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

* Sesión del día 9 de mayo de 1993.

Tal es el tenor del nuevo artículo 3.B que el artículo G.5 del TUE introduce en el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Así formulada, la subsidiariedad es un concepto netamente jurídico, integrante de una norma. No es esta la ocasión adecuada para plantear los diversos problemas de interpretación que el carácter jurídico-normativo de la subsidiariedad, así formulada, supone¹. Pero sí es preciso subrayar que, como tal norma y no mera declaración política, debe entenderse que tiene una «enérgica pretensión de validez». Una validez doctrinalmente discutida pero garantizada merced a su naturaleza de justificable ante las Cortes de Justicia de las Comunidades al formar parte del Tratado constitutivo de la CEE modificado (art. L, Tratado de la Unión Europea).

El Consejo Europeo ha pretendido excluir el efecto directo del principio de subsidiariedad de modo que no pueda ser invocado directamente por los ciudadanos ante los tribunales. Pero cualquiera que sea la actitud última de la Corte de Justicia, la subsidiariedad no puede calificarse de mero «estado de espíritu», «deontología individual», «principio de regulación y no de atribución de competencias»², sino como una norma. Como tal norma, interesa destacar sus virtualidades en el orden interno. Sólo así cabe averiguar su inmenso potencial político. Pero la interpretación que ello requiere, exige precisar su sentido.

Para ello, esbozaré la *decantación histórica* del principio de subsidiariedad, a fin de explicar su recepción en el ordenamiento comunitario, su *contenido y significado*, su *relevancia para los ordenamientos* constitucionales de los Estados miembros y, en particular, respecto del *bloque de constitucionalidad español*.

DECANTACIÓN HISTÓRICA

Antes de ser un principio jurídico, capaz de plantear tales problemas, la subsidiariedad fue una categoría doctrinal primero y política después.

Sus antecedentes pueden retrotraerse a los orígenes de la filosofía política y, por tanto, no interesa ahora analizar los más remotos³. Baste señalar que la subsidiariedad es en la doctrina, más aún que en la práctica, el correlato del pluralismo social. Para el pensamiento tradicional, a la pluralidad compleja de entes sociales cuya articulación en totalidades cada vez más amplias constituye el orden social, corresponde la función subsidiaria de tales entes como uno de los principios reguladores de este

¹ V. gr. Kapteyn en *Revue des affaires Européennes* 2, 1991, págs. 39 y ss. TOTH Y CASS, en *Common Market Law Review*, 29, 6, 1992, págs. 1079 y ss. y 1107 y ss.

² Cf. DELORS: «Le principe de subsidiarité. Contribution au débat», en *Subsidiarité: défi du changement*, Actes du Colloque Jacques Delors 1991, Maastricht, IEAP, págs. 7 y ss.; y *Conclusiones* del Consejo Europeo de Edimburgo.

³ NEUNREITHER: «Euphoria about subsidiarity? The constitutional debate in the European Community», *Political Science and European Unification, Newsletter*, 2, 1.

orden. Tal vez nadie lo expresará con mayor nitidez que el ilustre Althusio. Pero al decir de la más solvente historiografía, no había sido otro el planteamiento del mismo Bodino⁴.

Más interés tienen para explicar el auge actual del principio en cuestión, tres corrientes doctrinales que coinciden en subrayar la subsidiariedad como criterio ideal para limitar y orientar el poder considerado en abstracto.

La primera de ellas, cumbre de una larga tradición filosófica renovada en el iusnaturalismo neotomista, es la doctrina pontificia ya apuntada por León XIII (*Inmortale Dei*, 19), vigorosamente formulada por Pío XI en 1931 (*Quadragesimo Anno* 79-80) y continuada después por Juan XXIII (*Mater et Magistra*, 51-58 Cf. 218 y ss.) y Pablo VI (*Octogesima Adveniens* 33-34 y *Populorum Progressio*).

Las palabras de Pío XI se han hecho clásicas hasta el punto de pasar por la versión original y autorizada de la subsidiariedad. Decían así:

«Pues aun siendo verdad, y la Historia lo demuestra claramente, que por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos»⁵.

Sin embargo, paralela a la tradición católica, era una segunda corriente de filosofía social procedente del calvinismo y su apología de los cuerpos intermedios y las diferentes esferas de soberanía que, desde el ya citado Althusio, llega al político holandés Abram Kuyper. A su entender, las diversas esferas de soberanía eclesiástica, familiar, académica, artística, deberían ser inmunes a la propia esfera de la soberanía estatal destinada a actuar entre todas ellas como poder regulador. La síntesis entre ambas posiciones, la católica y la protestante, en favor de la noción de subsidiariedad, se demuestra atendiendo a la noción de «sociedad responsable»,

⁴ Política IX, 5, Cf. MESNARD: *Jean Bodin en la historia del pensamiento*, Madrid, IEP, 1962, págs. 82 y ss.

⁵ SÁNCHEZ AGESTA: «El principio de función subsidiaria», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 121, págs. 5 y ss., y la bibliografía allí citada destacan la importancia de la aportación pontificia, pero: «con toda franqueza encuentro esta explicación poco afortunada. No tengo la impresión de que las líneas de conducta sugeridas por el Papa respecto de las relaciones del individuo con su Creador y su medio social, sean verdaderamente una fuente de la que las instituciones comunitarias puedan tomar su inspiración sobre el futuro de Europa» (Lord MACKENZIE-STUART, en *Subsidiarité: Défi du changement*, cit., p. 41). Cf. Sanz de Diego «La intervención del Estado en la sociedad, según la Doctrina Social de la Iglesia» en *Cien años de doctrina Social*, Corintos XIII 62/64 (1992) págs. 305 y ss.

propugnada en Holanda por el Manifiesto Cristiano Demócrata de 1980, en el que coinciden calvinistas y católicos⁶.

Cercano a esta corriente fue el organicismo y después el federalismo organicista alemán, cuyas concomitancias conservadoras se han destacado ya, desde la recepción de Burke hasta la actualidad, pasando por Gierke⁷. Y también son importantes las versiones laicas de este principio, teñidas con la autoridad del economicismo, en una versión ya moderada (Röpke), ya radical (Hayek) ya, con menor empaque, socialdemócrata (Myrdall).

El orden económico que ha presidido el milagro alemán es la primera versión práctica de la síntesis de estas corrientes doctrinales y su éxito ha sido determinante en el posterior auge del principio de subsidiariedad⁸. Su más acendrado defensor hoy, Jacques Delors, es también un ejemplo de síntesis ideológica entre socialismo no marxista y personalismo filocristiano, tal como en su día lo entendiera el modesto filósofo francés Mounier⁹.

Sin duda es por influencia democristiana francesa, alemana y flamenca, cómo el mencionado principio se recibe en la práctica y después el derecho comunitario a partir del Informe Tindemans de 1975.

Se discute si la subsidiariedad se afirmaba ya tácticamente en los tratados fundacionales de París (art. 5) y de Roma, implícitamente¹⁰. Pero, al menos, su explicitación, con toda la problemática más atrás enunciada, no se plantea hasta el lanzamiento de los proyectos de Unión Europea en la década de los setenta, en un proceso articulable en tres fases diferentes¹¹.

En la primera, iniciada por los Informes MacDougal (1975) y Tindemans (1975), se hace la transferencia de competencias a la Comunidad por su mayor eficacia, a la vez que se concibe la construcción europea en función de «la tendencia general hacia la descentralización administrativa», en cuya virtud la autoridades nacionales deberán ser, además, «los agentes autorizados de la Unión».

La segunda fase se lanza por la iniciativa Gensher/Colombo en 1981 y la consiguiente declaración de Stuttgart en 1983, y se concreta en el Informe Spinelli de 1984 y su anejo proyecto de Tratado de la Unión Europea (art. 12.2). En el preámbulo y en

⁶ Cf. WILKE and WALLACE: *Subsidiarity: approaches to power sharing in the European Community*, Londres, RIA, 1990, págs. 19 y ss.

⁷ Cf. WESGHALEN: *Die renaissance der Konservativen Idee*, Innsbruck, 1961; GIERKE —además de su clásica interpretación del citado Althusio—, *Wesen der neuschlichen Verbände*, Berlín, 1902.

⁸ Cf. MUSZYNSKI: *Wirtschaftliche Mitbestimmung Zwischen Konflikt und Harmoniekonzeptionen*, Meisenheim, Anton Haim, 1975.

⁹ Cf. *Changer*, París, Stock, 1976.

¹⁰ Cf. WILKE y WALLACE, pág. 23. Tal es la visión de Giscard d'Estaing en el Informe citado más adelante, párrafo I.

¹¹ Cf. CASS: «The world that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community», *Common Market Law Review*, 19, 1992, págs. 1110 y ss.

el texto del Tratado se ahonda ya expresamente el principio de subsidiariedad, que se define en términos de eficacia y necesidad.

De ello resulta que la efectividad de la acción es el criterio a seguir para atribuir la competencia; que dicha efectividad mayor se mide atendiendo a la transnacionalidad de la dimensión de la actuación o de sus efectos. Y todo ello para obtener un equilibrio competencial que fortifique la Unión.

La tercera fase se inicia con el Acta Única Europea de 1986, y llega hasta el texto de Maastricht ya citado al comienzo de estas páginas. En ella se aplica la categoría de subsidiariedad a la regulación normativa de competencias concretas, como es el caso del medio ambiente en el artículo 130r introducido en el Tratado de Roma por el Acta Única. Por otra parte, la subsidiariedad desborda las relaciones de los Estados con la Comunidad para decantarse como principio de un derecho público europeo «in fieri» y, como tal, se explicita doctrinalmente. En fin, se decanta como un principio jurídico de validez formal, según dije más atrás.

A la hora de precisar su sentido, el Parlamento Europeo fue meridiano: «Por principio de subsidiariedad se entiende el proyecto de que únicamente se confíen a las instituciones comunitarias las competencias que sean necesarias para llevar a cabo funciones que no puedan realizarse de manera más satisfactoria por los Estados miembros considerados separadamente (véase el Preámbulo del proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea y el art. 12)».

«Según esto, el Estado miembro debe conservar todas las competencias que es capaz de gestionar más eficazmente por sí mismo y debe transferir a la Comunidad los poderes que no está en condiciones de ejercer convenientemente. De conformidad con ello, la Comunidad no interviene sino subsidiariamente en virtud de un principio de exacta adecuación que dispone que cada nivel no recibirá competencias sino por la razón de que, a causa de su naturaleza y de su dimensión, únicamente se podrán ejercer eficaz y convenientemente en ese nivel»¹².

Ahora bien, nada más consagrarse jurídicamente en Maastricht la subsidiariedad como principio de alcance general, parece iniciarse un desconcierto sobre su sentido capaz de caracterizar una cuarta fase. Para unos, la subsidiariedad debe concretarse en una atribución de competencias o en un sistema para determinar las mismas (propuesta británica al Consejo de Birmingham); para otros, es título competencial suplementario (propuestas españolas ante Edimburgo y belga ante Birmingham); para algunos, una cláusula retórica de propaganda ante la opinión (propuesta Benelux ante Edimburgo); y las diferencias podrán multiplicarse. No en balde se contabilizaron hasta treinta definiciones de subsidiariedad.

A través del proceso así resumido, el principio de subsidiariedad ha permanecido fiel a sus raíces: la especulación abstracta propia del pensamiento político clásico

¹² *El principio de subsidiariedad*, 5 de abril de 1990, COC A-3-267/90/5P.

que, sea cual sea su relación con la experiencia, la trasciende siempre en categorías generales. Si Aristóteles contempló «La Constitución de Atenas» y Platón lucubró sobre «La República» o «Las Leyes», ambos concibieron la política como un saber válido, por lo general, y tal es el estilo de pensar los fenómenos e instituciones sociales hasta la aparición y difusión del historicismo.

Por responder a las pautas del pensamiento clásico, las formulaciones de la subsidiariedad hechas por la doctrina social católica se refieren a los diferentes grados de sociabilidad humana y a las comunidades resultantes, con la misma pureza con que el geómetra maneja los planos y los volúmenes; sin atender al peso que les da la física, la evolución que interesa a la biología y, menos aún, la individualidad propia de la historia. Familia, comunidad local, territorial o nacional, cuerpos intermedios no territoriales y totalidad humana, se superponen sin solución de continuidad en un orden cuyos elementos aparecen como homogéneos entre sí. No se atiende a una familia o a una ciudad concreta o a la evolución de un sistema local o a la intensidad y, tal vez, exclusividad de las lealtades que determinada pertenencia a una sociedad impone. Sino nada más a la familia, la localidad, la asociación o la república, como si todas fueran homogéneas entre sí y sólo diferenciadas por la mayor o menor extensión de sus miembros, de sus ámbitos y de sus competencias. Este es, sin duda, el rasgo que más aleja de la experiencia contemporánea a la doctrina política clásica y de quien, como la doctrina social católica, sigue sus huellas. Cuando, desde tal perspectiva, se invoca la subsidiariedad para proteger las respectivas identidades nacionales, éstas, comprensiblemente, se sienten amenazadas.

A mi juicio, la solución de continuidad en la historia de las ideas y en la comprensión de la realidad que dicha historia refleja, se encuentra en el advenimiento de la conciencia histórica. Como señala Isensee citando a Meinecke¹³, el iusnaturalismo, de donde proceden los planteamientos expuestos, no comió de la manzana del árbol del historicismo y, por tanto, está libre del pecado original de la conciencia histórica. Pero cabe añadir que, por ello mismo, no salió de la infancia y siguió en la ignorancia del bien y del mal: La madurez que da la conciencia histórica. La que Moser intuyera y Savigny cultivó y Dilthey explicitó; pero que, como idea clara o creencia cálida, es propia de nuestro tiempo desde finales del siglo XVIII, cuando las Luces, a fuerza de iluminar, convierten la Razón en Historia e, incluso, el excesivo relativismo de ésta llega a extinguir las propias Luces.

Este historicismo ambiental consiste en tomar conciencia de *lo individual*, decantado en una propia *evolución temporal* y *cargado de unos afectos infungibles*¹⁴. Y en política el resultado más relevante de tal conciencia es la aparición de la Nación,

¹³ ISENSEE: *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Schriften zum Öffentlichen Recht B.80, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, pág. 23. Df. MEINECKE: *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1959, págs. 368 ss.

¹⁴ Cf. MEINECKE: *Entstehung des Historismus*, Heidelberg, 1936.

comunidad singular, fruto de la historia y objeto de afectos que la hacen heterogénea e infungible con el resto de las comunidades y a cada una con todas las demás.

La Nación ha demostrado ser el principal fenómeno de movilización social, el principal marco de integración política y el objeto muy mayoritario de lealtades terminales. Es no sólo cuantitativamente más grande que la ciudad y más pequeña que la sociedad internacional, sino cualitativamente distinta. Y, grande o pequeña, pertenece al orden de lo simbólico, esto es, de lo afectivo, y no de lo sensible, como el pegujal, o de lo inteligible, como el concepto de fraternidad humana o de unidad de mercado. Por eso, es más fácil descartar la Nación a la hora de especular, que no contar con ella en el momento de actuar.

Y esto es lo que hace quebrar la doctrina clásica de la subsidiariedad cuando se trata de aplicarla a la Nación, lo mismo que a las entidades locales o a las organizaciones internacionales. No es similar hacer de la Unión Europea subsidiaria de Francia que a la «Gran Nación» subsidiaria del departamento Indre et Loire o a éste del municipio de Chinon. Ni España o Murcia, Cataluña u Hospitalet, son magnitudes homogéneas de diferente extensión, porque el cuerpo político, cuando es tal, no es una magnitud extensiva, sino intensiva, y la Nación es hoy el cuerpo político por excelencia, como anteaer lo fue la «Ciudad Antigua».

El principio de subsidiariedad, tal como ha sido definido, pretende que el ejercicio de las competencias sea el más cercano posible al ciudadano. —Cf. art. A TUE—. Pero, así formulado, olvida que el ciudadano sólo es tal por integrarse en un cuerpo político concreto y que la integración produce una cercanía afectiva mucho más relevante que la mera cercanía geográfica. Se está más próximo de la Nación y de su Gobierno que del distrito municipal y de su Junta. Así lo demuestra la problemática, más que complicada, inherente al voto de los extranjeros en su lugar de residencia.

No existe el ciudadano abstracto, localizable como el punto en el espacio homogéneo de la geometría; existe el nacional. Por ello, la «democracia de cerca» sólo se ha demostrado eficaz en las pequeñas comunidades que son en sí mismas cuerpos políticos y, por el contrario, muy disfuncional cuando se ha hecho democracia de barrio.

Pero el principio de subsidiariedad, tal como se ha decantado y fundado, podría llevar a convertir el distrito municipal en un titular del fondo del poder. ¡Todo el poder para Chamberí!

CONTENIDO Y SIGNIFICADO

Estas consecuencias lógicas de la subsidiariedad, sin duda no del todo queridas, pero ya invocadas por los interesados de la más varia lección (en España, Presidentes de Comunidades Autónomas, de Diputaciones y Alcaldes), se deben a la ambigüedad y a la tanta veces ponderada dinamicidad del principio en cuestión.

Reiteradamente calificado como piedra angular de la construcción europea, principio básico de la noción misma de federación, criterio formal para atribuir e incluso ejercer competencias, de la subsidiariedad se predica su dinamismo pluridireccional y su difícil concreción, ya en una tabla de atribuciones, ya en un sistema para su determinación.

Los Estados miembros de la Comunidad, en los memoranda previos al Consejo Europeo de Edimburgo, han utilizado la subsidiariedad con los objetivos más dispares, revelando así, no la plurivocidad de su significado, sino la equivocidad de su sentido.

En efecto, la subsidiariedad puede servir, y de hecho así ha servido, tanto para limitar las competencias comunitarias —Informe Fourchet de 1962— como para ampliarlas —Informe Spinelli de 1984— y si de hecho hoy se invoca para poner límites a la expansión de dichas competencias, en la práctica sólo ha servido como instrumento de las mismas —v. gr. Acta Única—. Esta misma ambigüedad oculta el significado del texto del Tratado de la Unión Europea, que se pretende sirva de contención a los poderes de la Unión cuando en realidad es un título competencial suplementario de la propia Unión, en cuya virtud, a las competencias exclusivas de ésta se sumarían aquellas que con carácter subsidiario debía ejercer¹⁵.

¿En virtud de qué? Como señala Giscard d'Estaing en su Informe ante el Parlamento Europeo, después reiterado por Delors, sobre esta cuestión, «son posibles dos enfoques del principio de subsidiariedad. El primero tiene por base la idea de que los Estados transfieran al nivel superior únicamente aquellas funciones que serán realizadas en el plano comunitario en *mejores condiciones* que por sí mismos individualmente. En esta óptica se vuelve a encontrar el criterio de la eficacia, que puede revelarse de naturaleza centralizadora. El segundo enfoque atribuye al plano comunitario únicamente las funciones *cuya dimensión o efecto sobrepasen las fronteras nacionales*. Esta idea puede traer consigo consecuencias más descentralizadoras o federativas. La cuestión aquí es la de una elección política e institucional esencial entre el federalismo centralizador y el federalismo descentralizador o de tipo federativo»¹⁶.

Adoptar una u otra vía tiene la mayor trascendencia sobre la amplitud de las competencias comunitarias. La limpieza de las playas es competencia estrictamente nacional, atendiendo al criterio de la amplitud espacial —criterio de la dimensión—; pero pudiera ser de competencia comunitaria, considerando el efecto transnacional de la contaminación de aquellas playas muy concurridas por el turismo intraeuropeo, v. gr. las del Mediterráneo, y, desde luego, lo serían atendiendo al criterio de la eficacia, aunque sólo fuera atendiendo en muchos casos a los niveles medios exigidos.

¹⁵ Cf. COSTANTINESCO: «Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für politische Union», *Integration*, 13, 1990, 4, págs. 165 ss.

¹⁶ *Loc. cit.*, I, A. Cf. DELORS: «Le principe...», *cit.*

dos¹⁷. Tampoco ha faltado ocasión para destacar la mutación radical que la subsidiariedad supondrá en las competencias de la actual Comunidad.

Sin embargo, una vez destacada la ambigüedad insita en el principio de subsidiariedad, lo que interesa subrayar aquí es la indeterminada ilimitación de su alcance de donde se derivan los efectos en el orden constitucional de los Estados, objeto de esta exposición.

En efecto, como señala Giscard d'Estaing en sus ya citados informes al Parlamento Europeo y ha sido generalmente aceptado, la subsidiariedad tiene dos dimensiones: «La forma de subsidiariedad llamada horizontal que distingue lo que es competencia de los poderes públicos y lo que depende de la sociedad civil» y la «subsidiariedad que puede calificarse de vertical que distingue los poderes de la Unión de aquéllos que los Estados conserven»¹⁸.

En cuanto a la primera, se proyecta en la política desregularizadora, origen de una profunda mutación en la función de los poderes públicos no sólo comunitarios, sino nacionales y aun locales. La opción comunitaria se convierte así en una opción ideológica muy concreta en pro de la drástica reducción del sector público y en general de determinada orientación de política económica y social. El diálogo social y el mayor protagonismo de los sectores sociales será su inmediata consecuencia. Tal es la interpretación dada por la propia Comisión y por organizaciones sectoriales como la UNIE.

Que el Presidente Delors haya pretendido rehabilitar una versión menos liberal de la subsidiariedad horizontal demuestra, cualquiera que sean su razón y su éxito, la vigencia de la misma¹⁹. De sus consecuencias constitucionales trataré después.

Más alto grado de maduración ofrece la subsidiariedad vertical y más graves aún son sus efectos en relación con el orden constitucional de los Estados.

El alcance de la verticalidad parece referirse a las relaciones entre la Comunidad y sus miembros. Así lo dice el citado Informe Giscard y resulta, tanto del Tratado de la Unión como de sus interpretaciones inmediatas y sus proyectadas prolongaciones constitucionales, especialmente de los memoranda alemanes en las conferencias intergubernamentales y en los Consejos Europeos de Birmingham y Edimburgo²⁰. La Comunidad sería así subsidiaria de sus Estados miembros. Pero abundan elementos muy relevantes para mantener un criterio más amplio, según el cual el principio en cuestión debe extenderse a todos los poderes que coinciden en la Unión y a su recíproca relación. Los comunitarios y estatales tanto como los regionales y locales.

¹⁷ Cf. LOTH: «The principles of subsidiarity in the Maastricht Treaty», *Common Law Market Review*, 19, 1992, pág. 1098.

¹⁸ *Loc. cit.*, Intr.

¹⁹ «Le principe...», cit., pág. 17.

²⁰ V. gr. Doc. 9233/90 (Memorandum alemán a las Conferencias Intergubernamentales) y Edimburgo 5, Anejo I. Cf. ahora el proyecto de Constitución Europea presentado por Marcelino Oreja el 28 de enero de 1993, PE 203.601.

Así se deduce del texto del Tratado de la Unión Europea y de sus inmediatos precedentes y no han faltado interpretaciones consecuentes en tal sentido. Baste señalar que en su citado discurso de 1991 sobre la noción de subsidiariedad, Delors hace jugar hasta siete veces, poderes nacionales y locales como equiparables frente a los comunitarios. Lo mismo hace la Comisión en documentos oficiales²¹.

En efecto, el Tratado de la Unión Europea vincula la subsidiariedad enunciada en el texto ya citado con otra versión del mismo principio: «la adopción de las decisiones lo más cercana posible a los ciudadanos» (art. A, TUE) y esta vinculación se reafirma expresamente en las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo. Es claro que este texto, si el Tratado de la Unión Europea entra en vigor, será tan normativo como cualquier otro, aunque no cuente con la garantía del TJC, como es el caso del artículo 3B, CE y servirá, además para interpretar el sentido y alcance de éste. Quien haya examinado las tendencias expansivas de la jurisprudencia del TJC, no dudará que por la vía de toma en consideración de los elementos contextuales de interpretación, el tribunal competente para tutelar el artículo 3B, extenderá su tutela al artículo A.

Ciertamente que ciñéndose al texto del artículo 3B redactado en Maastricht, la Comisión ha podido subrayar que la subsidiariedad sólo se aplica a la consecución de los fines propios de la Comunidad y nada más. Pero esta precisión, en apariencia limitativa, del alcance del principio en cuestión, no es tal.

En efecto, una visión muy conservadora de la cuestión, como la planteada por los Länder alemanes, lleva nada menos que a substituir el «Kompetenzföderalismus» por el «Beteiligungsföderalismus». Pero también caben tesis más radicales.

Puesto que la subsidiariedad no es un criterio de atribución de competencias sino de ejercicio de las mismas cuando, cualesquiera que sea la institución que las ejerza, tienen como fin—elemento rector de toda competencia—los objetivos de la Comunidad, y éstos son prácticamente ilimitados, la subsidiariedad se predica no sólo de las relaciones de la Comunidad y sus miembros, sino del ejercicio de potestades públicas en el ámbito comunitario—Cf. art. B, TUE—; y la doctrina más solvente así lo confirma, sin que nadie parezca extrañarse de las consecuencias que de ello se deriven²². Así se deduce claramente de dos líneas argumentales: la *decantación* de dicho principio en el propio acervo doctrinal comunitario, ya apuntada más atrás, y la *autonomización interna* de los Estados que la Comunidad propugna.

Así, cuando en 1988, ante los proyectos expansivos de las competencias comunitarias, los Länder alemanes manifiestan su inquietud, Delors señala ante los mismos que la subsidiariedad de general aplicación es la que debe regir las relaciones de los Países con la República Federal, subsidiaria de aquéllos como los de ésta con la propia

²¹ Ib. Anejo 1.º, I.

²² Cf. SANTER: «Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité», en *Subsidiarité. Défi du Changement*, cit., págs 28 y 31. Cf. K. GRETSCHMANN, *Ib.*, págs. 57 y ss.

Comunidad²³. Este el criterio que obtiene, un año después, carta de naturaleza ante el Consejo Europeo de Madrid de 1989, en le Informe sobre UEM, que dice literalmente:

«Para definir el equilibrio de poderes en la Comunidad un elemento esencial debería ser la adhesión al principio de subsidiariedad, según el cual las funciones de los niveles máximos de gobierno deberían ser lo más limitadas posible y subsidiarias de los niveles inferiores. Así, la atribución de competencias a la Comunidad debería reducirse específicamente a aquellas áreas en las que fuera necesaria la decisión colegiada. Las funciones políticas que pudieran realizarse por los niveles nacionales (y regionales y locales) sin que ello afectase de forma negativa a la cohesión, así como el funcionamiento de la unión monetaria y económica, sería competencia de los Estados miembros»²⁴.

Los textos del Parlamento Europeo sobre la subsidiariedad son del mismo tenor. Especialmente cuando se trata de sus aplicaciones concretas, por ejemplo, muy recientemente, en materias de medio ambiente²⁵.

Por otra parte, la proyección de la subsidiariedad dentro de cada Estado hacia los niveles regional y local. En efecto, la Comunidad no sólo ha desarrollado una preocupación regional creciente cuyo hito inicial es el primer reglamento de FEDER en 1975, sino que, al hilo de la política tendente al desarrollo económico y social de las Regiones, se ha intentado darles más y más protagonismo político en el marco de la integración europea. Si la Comunidad sigue pautas esencialmente intergubernamentales y se basa en los Estados miembros, es claro que desde las mismas instancias supranacionales y como contrapeso al protagonismo estatal, se insiste en el regional, a la vez que los gobiernos estatales tratan de diluir éste en el de las corporaciones locales. El principio de subsidiariedad es invocado por todos ellos para justificar su propia competencia y limitar la de los niveles rivales.

En efecto, al Comité burocrático de Política Regional creado por el Consejo en 1985, siguió en 1988, por obra de la Comisión, el Consejo Consultivo de los entes regionales y locales, de composición netamente política, y el Parlamento Europeo, a la vez que impulsó en 1984 los proyectos de Unión Europea, convocó una Conferencia de las Regiones e insistió en la necesidad de asociar a las regiones en el proceso de adopción de decisiones en la Comunidad, y en 1988 formuló una importante resolución sobre política regional comunitaria a la que acompaña una Carta Europea de Regionalización²⁶.

No es preciso aquí hacer una síntesis de tales textos; basta con explicar su significado. El Parlamento Europeo propugna, a la vez, un vínculo federal entre los

²³ Cf. *Document de travail de J. Delors à l'occasion de la rencontre avec la Conférence des Présidentes des Länder*, 5 de mayo de 1988.

²⁴ Párrafo 20. Cf. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados* de 28 de junio de 1989, págs. 11557, 11560 y 11562.

²⁵ RES A3-0380/92, Cf. DOC 324, de 24 de diciembre de 1990, pág. 219. Cf. las aportaciones de ROUMELLOTIS, BRINKHORST, SCHAEFER, CAMPO y PAPPAS, en *Subsidiarité: Défi du Changement*, cit., págs. 35 y ss. y 95 y ss.

²⁶ Cf. DOC, núm. 326, de 19 de diciembre de 1988.

Estados (Informes Spinelli de 1975 y de 1984) y, sin mencionar el término, la federalización de los mismos Estados, en abril de 1984 y, sobre todo, en junio de 1988. El sistema propuesto de amplia regionalización, tiene por modelo la República Federal Alemana, completado con dos rasgos: el fomento de las relaciones interfronterizas y el protagonismo comunitario de las regiones. El regionalismo, así entendido, tiende a ser, a los ojos del Parlamento Europeo, un ingrediente clave del derecho público común de la Unión Europea. Así se propugna en la Carta de Regionalización aprobada en 1988.

Ciertamente, nadie niega que la propia estructuración interna del Estado y de su territorio es una competencia nacional exclusiva. El mismo Presidente Delors, al defender el protagonismo comunitario de las Regiones, parte de recordar que «la Comunidad debe aceptar la plena libertad de los Estados miembros para determinar sus estructuras internas y en particular el número y los límites de las Regiones»²⁷. Pero si se hace de la regionalización un criterio general, la consecuencia lógica es el establecer unos requisitos mínimos de organización institucional y contenido competencial como en la Carta de Regionalización se hizo. Así lo recuerda el Presidente del Bundesrat en una importante intervención, de la que se deduce cual es el modelo propuesto como paradigma: el federalismo alemán. Todas las Regiones no se parecen a los Länder alemanes —nos dice—; pero es necesario, sin embargo, que cada Estado haga concesiones a fin de llegar a cierta armonización. Las Regiones —concluye— sólo podrán colaborar eficazmente si tienen, más o menos, el mismo peso político²⁸.

Ahora bien, en todo este movimiento incide la cuestión de la autonomía local, expresamente propugnada en la citada Carta de Regionalización, tendencia potenciada desde el Consejo de Europa y a la que no es ajena la preocupación estatal ya mencionada: la autonomía local juega contra las regiones. En este sentido es muy importante la acción de la Conferencia Permanente de Poderes Regionales y Locales Europeos, creada en 1975 por la Conferencia Europea de Poderes Locales, creada, a su vez, en 1957. Su Carta Europea de Autonomía Local, que consagra con fórmula muy radical la subsidiariedad en pro de «las autoridades más cercanas a los ciudadanos» (art. 4.3), se pretende convertir ya en derecho comunitario, por adherirse a ella la Comunidad, ya en derecho común de sus Estados miembros, por ratificarla todos éstos a título individual. En cualquier caso, una norma de superior rango a las del ordenamiento nacional que actuará de garantía institucional de dichas autonomías²⁹.

²⁷ «Le principe...», cit., p. 12.

²⁸ BCE 1990-28, pág. 195. Cf. GRETSCHMANN, loc. cit., pág. 38 y la bibliografía allí citada.

²⁹ Cf. MORGAN: «Los efectos constitucionales y el problema regional como consecuencia del Mercado Único Europeo», BCE, 1991, Extraordinario, n.º 5, págs. 8 y ss.

SUBSIDIARIEDAD Y ORDENAMIENTO INTERNO

De lo hasta ahora esbozado puede concluirse que el principio de subsidiariedad es más ambiguo, tanto en su significado objetivo como en su sentido dinámico y prueba de ello es que a él se recurre con la más diversa intención.

Pero cualquiera que sea su equívocidad, está clara su posible incidencia en el ordenamiento interno del Estado. Baste para comprobarlo atender a la grave cuestión de la distribución de poderes en el mismo y, más concretamente, a la titularidad de los poderes residuales, esto es, del fondo de poder en cuya virtud un cuerpo político fundamental o la institución que lo representa, es titular de la competencia no atribuida a otro alguno.

La atribución de los poderes residuales varía de uno a otro sistema constitucional. En los unitarios, se entiende que corresponde al Estado o al pueblo que, como unidad política básica, lo subyace. Tal sería el caso de la República francesa, «una e indivisible». Por el contrario, en un sistema federal los poderes residuales pueden atribuirse, ya a las unidades federadas, ya al poder federal, ya al pueblo mismo, y de ahí la naturaleza más o menos laxa, más o menos unitaria, de la federación en cuestión.

En la Unión Europea habrá Estados federales —v. gr. Alemania— y Estados unitarios —v. gr. Reino Unido—, así como ese tercer género que en su día se intentó calificar de Estado Regional —v. gr. España—, pese a la tendencia homogeneizadora apuntada por el Parlamento Europeo en textos ya mencionados. Pero no importa ahora lucubrar sobre la naturaleza jurídica de una u otra forma de Estado, sino examinar lo que la subsidiariedad supone en uno u otro sistema constitucional. Baste para ello analizar sus consecuencias en la República Federal y el Reino Unido, antes de analizar el caso español.

En la República Federal, el poder residual se atribuye a los países (art. 30 y art. 70.2 en relación con el art. 70.1 GG), de manera que corresponden a éstos las competencias sobre aquellas materias no expresamente atribuidas a la competencia de la Federación. El mismo criterio rige en cuanto a la determinación de las competencias concurrentes (art. 70.2 en relación con el art. 72 GG). En efecto, la concurrencia supone que la Federación actúa a falta de actuación de los países o cuando se dan en uno de estos tres supuestos: la insuficiencia de la actuación del país, la extensión de los efectos de la acción más allá de las fronteras del país, las exigencias de la unidad jurídica, económica o social de toda Federación. Tales son los criterios generales que se han deducido de lo dispuesto en el artículo 72 GG.

De acuerdo con lo dicho, parece que en la República Federal el principio de subsidiariedad es la regla general de la distribución de competencias entre los países y la autoridad central, y ello explica el entusiasmo alemán por la subsidiariedad en el plano comunitario y la referencia al mismo a la hora de tranquilizar las preocupaciones de los países ante la ampliación de las competencias comunitarias. El acuerdo de

1987 entre la Federación y los Länder las ulteriores reformas constitucionales y las interpretaciones en curso tratan de proyectar esta relación a nivel comunitario.

Sin embargo, sería ingenuo considerar que la subsidiariedad como principio general no plantearía problemas en Alemania. Por un lado, el federalismo de ejecución que caracteriza la práctica de la Ley Fundamental, ha dado a las relaciones entre la República y los países un sentido distinto al que se deduce de la letra de los artículos 70 y ss. GG. La Federación no interviene en materias tasadas y el resto queda en manos de los Länder. Las competencias implícitas e inherentes han llevado a una extensión ilimitada de la intervención federal, pero, y en esto consiste la característica del federalismo germánico, dicha intervención tiene lugar principalmente en el plano legislativo, mientras que la ejecución, incluso de esta legislación federal, casi omnicompreensiva, se reserva a las autoridades de los propios países. Las competencias, por tanto, no se distribuyen entre los dos planos sobre la base de las competencias legislativas (art. 70.2), ni éstas responden al principio de subsidiariedad (art. 70.1 y 72), sino que la distribución tiene lugar entre una competencia legislativa de la Federación y una competencia ejecutiva de los Länder. La reglamentación de éstos será subsidiaria de la legislación de aquélla, y la ejecución federal lo sería de la administración regional. La subsidiariedad encontraría, así, en Alemania su tierra de elección, pero con un sentido mucho más complejo de lo que pudiera deducirse de su formulación inicial y con un sentido unificador que la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto. De ahí que sea bastante frívolo identificar subsidiariedad con federalismo, como es moneda corriente en la doctrina e incluso en la retórica política que acriticamente se inspira en ella³⁰.

Por otro lado, es evidente que si, así entendida, la subsidiariedad rige las relaciones intrafederales alemanas, los países no son subsidiarios de la administración local, ni dentro de ésta las asociaciones municipales lo son de los propios municipios. Lo que a través de una garantía institucional que ha llegado a ser clásica, la Ley Fundamental estable es que la autonomía municipal, a nivel de municipios y de mancomunidades, se regulará por medio de ley.

Es claro que si la subsidiariedad no significa más que cada institución debe tener y ejercer las competencias que le son propias, la autonomía local, tal como la establece la GG, es suficiente, pero en este caso la subsidiariedad significa poco o nada: cada institución tendrá lo que debe tener y eso será lo que tenga. Es decir, una mera justificación que de lo normativo pasa a lo que Löwenstein llamó «semántico»³¹.

Por el contrario, en el Reino Unido, Estado unitario, la subsidiariedad no sólo choca de hecho, sino de derecho con el propio sistema constitucional. La piedra

³⁰ Cf. STADLER: *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus*, Friburgo, 1951, que influye en los colaboradores del citado Simposio de Maastricht, 1991.

³¹ Cf. SCHPF: «Die Politikverflechtungsfälle Europäische Integration und Deutscher Föderalismus in Vergleich», *Politische Viertel Jahresschrift*, 26, 1985.

angular de éste es la soberanía del Parlamento de la que la Comunidad puede ser subsidiaria y de ahí la insistencia británica en el principio; pero que no es subsidiaria de las inexistentes regiones, ni de las entidades históricas del Reino Unido ni, menos aún, de la administración local.

El problema se ha planteado en el Parlamento cuando los nacionalistas galeses y escoceses han insistido en que la subsidiariedad que se pretende entre Bruselas y Westminster se aplique en las relaciones entre Westminster y Edimburgo o Cardiff. La respuesta del Gobierno es doctrinalmente importante: se trata de un Reino Unido, con un solo cuerpo político y una sola soberanía. Y la soberanía que puede aceptar subsidiarios no es de nadie subsidiaria³².

LA SUBSIDIARIEDAD Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La subsidiariedad afirmada en el Tratado de la Unión Europea plantea, por estas razones, antinomias con la Constitución vigente de 1978, que exceden con mucho las cuestiones de las que, hasta ahora, se han ocupado los intérpretes más cualificados.

Planteada por mi ante las Cortes la cuestión e, indebidamente, marginada, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Constitucional, por no hablar de las intervenciones parlamentarias sobre la constitucionalidad del TUE, han examinado las relaciones del Tratado de la Unión Europea y la Constitución, sobre la base de dos artículos de esta última. Por un lado, el 93.1 y las transferencias del ejercicio de competencias que mediante Ley Orgánica dicho artículo prevé; de otra, el artículo 95 y la posible contradicción de normas convencionales y constitucionales. Ahora bien, este segundo supuesto se ha analizado a la luz del primero hasta reducirlo a la contradicción material del nuevo artículo 8B CE, introducido por el art. G TUE, con el artículo 13.2 CE, sin plantearse para nada el problema de la soberanía o de la estructura general del Estado, afectadas por el Tratado en general y el principio de subsidiariedad en particular³³.

Si obviar tales cuestiones se hubiera debido a una valoración de la soberanía, como yo mismo he propugnado en anteriores ocasiones, el resultado sería muy distinto³⁴. La indelegabilidad de la soberanía y de la titularidad de las competencias que le son inherentes reducirá la delegación al ejercicio de competencias, como dice literalmente el artículo 93.1 CE. Y la mera noción de soberanía así intocada pondría límite al alcance del principio de subsidiariedad. Pero, en realidad, no se ha hecho tal cosa, sino que, frente a lo ocurrido en otros países, por ejemplo, en Francia o Gran Bretaña, nadie se ha tomado en serio la soberanía nacional, lo que exige, posibilita e impide³⁵.

³² Cf. HCOR (Hansard), 20 de mayo de 1992, v. 208, n. 16, pág. 266.

³³ Cf. RUBIO LLORENTE: «La Constitución Española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (1992), 36, págs. 253 y ss.

³⁴ Cf. *Revista de las Cortes Generales*, 26, 1992, págs. 7 y ss.

³⁵ Cf. LUCHAIRE: «L'Union Européenne et la Constitution», *Revue de Droit Public*, mayo-junio 1992, págs. 594 y ss.

El resultado es que se está asumiendo, a través del Tratado de la Unión Europea, un principio de subsidiariedad que tiene revolucionarias consecuencias en nuestro orden constitucional. Base para comprobarlo atender a lo que subsidiariedad implica en su doble dimensión horizontal y vertical.

En cuanto a la primera, lleva a la obsolescencia de elementos importantes de nuestro bloque de constitucionalidad; es decir, de aquellas normas constitucionales o estatutarias que, atribuían competencias que no pueden ser ejercidas en virtud del orden jurídico comunitario, cuya supremacía, afirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, es hoy unánimemente admitida. Tales, por ejemplo, las previsiones constitucionales sobre «la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio» (art. 128.2 CE) o el mantenimiento de «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos» (art. 41 CE), no subsidiario de la asistencia privada que, por el contrario, tendrá carácter complementario de aquél.

Para quienes creen que la Unión Europea es, al menos en derecho, reversible como fruto de un tratado de duración indefinida, pero denunciabile de acuerdo con las normas del derecho internacional general, la obsolescencia subrayada no supone la derogación de las normas constitucionales en cuestión. Se trataría de la imposibilidad de su aplicación por imperativo de una norma de rango superior, de modo semejante, aunque no idéntico, a lo previsto en el artículo 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.

Por el contrario, quienes consideran la Unión Europea como un orden irrevocable no sólo de hecho, sino de derecho, la obsolescencia en cuestión es una derogación tácita de la Constitución, entendiéndose por tal la que ocurre sin afectar formalmente al texto, por contradicción con otra norma de superior jerarquía. Así ocurrió, señalaba Jellinek³⁶, con las constituciones territoriales alemanas que colisionaban con la Constitución del Reich. El artículo 95 de la Constitución trata de evitar tal supuesto, al exigir la reforma expresa de la misma antes de ratificar un tratado contrario a sus normas. Pero la práctica demuestra que no se ha hecho así. A la hora de enjuiciar el Tratado de la Unión Europea, el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional han «resbalado sobre lo negro» y se han limitado a una rudimentaria exégesis del artículo 93.1 CE, sin atender para nada a problemas de fondo como el aquí planteado.

Con carácter general, la subsidiariedad, en su dimensión horizontal, contradice radicalmente el principio de compatibilidad, característico de nuestra Constitución económica³⁷. El principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada en el ámbito económico no reservado, significa la legitimación formal del intervencionismo político en la economía y se opone, lógica e históricamente, al principio de subsidiariedad. Si en virtud de la compatibilidad, el sector público

³⁶ *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. esp., Madrid, CEC, 1992, págs. 11 y ss.

³⁷ Cf. O. DE JUAN: *La Constitución Económica Española*, Madrid, CEC, 1984, págs. 90 y ss.

podría concurrir con el privado (art. 128 CE) sin más razón que la decisión política, la subsidiariedad exige que tal iniciativa sólo se presente en defecto o en apoyo de la privada. Y esta radical novación afecta a numerosas normas de los Títulos I y VII de la Constitución y a disposiciones paralelas de los Estatutos también integrantes del bloque de constitucionalidad.

Respecto a la segunda dimensión o subsidiaridad vertical, baste recordar que nuestra Constitución prevé un sistema de amplias autonomías territoriales (Título VIII CE), expresión en algunos casos del reconocimiento de derechos históricos (Adicional Primera de la Constitución), y garantías institucionales, en el sentido técnico-jurídico que, desde Schmitt, tiene la expresión, para la autonomía provincial y municipal (arts. 37, 40).

Ahora bien, el sistema autonómico español es tajante respecto de los poderes residuales. Esto es, «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de autonomía, corresponderá al Estado» (art. 149.3) y, claro está, que las Comunidades Autónomas no son subsidiarias de las provincias y éstas de los municipios, entidades que gozan de «autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 CE), pero de cuya respectiva subsidiariedad nada se dice en la Constitución. Antes bien, la actividad general del municipio está acotada «en el ámbito de sus competencias» (art. 25.1 LBRL) y, si las competencias esenciales de la provincia son subsidiarias de las municipales (art. 36.1, a-d, Ib), es claro que la opción legislativa de 1983 y 1985 no hizo a las Comunidades Autónomas subsidiarias de ellas, sino todo lo contrario. La Ley de Régimen Local de 1985 supone una opción en pro de las Comunidades Autónomas y frente a las Diputaciones Provinciales que se refleja, dicho sea de paso, en todos los Estatutos de Autonomía donde la provincia y sus instituciones se configuran como elementos subordinados.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco es la mejor prueba de lo expuesto. Los orígenes de Euskadi son claramente paccionados, en la medida en que emerge de la adhesión de las antiguas provincias al Consejo General Vasco. Su decantación doctrinal netamente confederal. El desarrollo posterior del Estatuto ha salvaguardado la autonomía de las instituciones forales territoriales. Y es teóricamente innegable que los territorios históricos no son provincias, sino otra cosa mucho más sustantiva, como miembros y no meras partes de Euskadi. Ahora bien, si algo está también claro en el Estatuto de 1979 es que en Euskadi el centro del poder se encuentra en el Parlamento vasco y que a él competen cuantos poderes corresponden a Euskadi y no se haya atribuido a otra institución. «Parlamento cuya supremacía política e institucional expresa la supremacía que en todo Estado de Derecho representa la ley y, políticamente, la voluntad del pueblo vasco» (E. de M. de la LTH).

El principio de subsidiariedad, proyectado en el sistema español, supone una modificación radical de lo expuesto. Frente a lo establecido en el artículo 149.3 CE, las competencias residuales han de corresponder a las Comunidades Autónomas en fórmula análoga a la del artículo 70 GG. Los criterios de concurrencia competencial, laboriosamente decantados por la jurisprudencia, deberán ser alterados en pro de

una solución como la esbozada en el citado artículo 72 GG. Las propias Comunidades Autónomas deberían ser subsidiarias de sus provincias —con fórmula análoga a la pretendida por algunos para la LTH en Euskadi y rechazada por el TC—, convirtiéndolas en verdaderas mancomunidades interprovinciales, invirtiendo la tendencia a la vigente Ley de Bases de Régimen Local. Y las provincias mismas subsidiarias de los municipios.

Lo dicho tiene especial importancia porque la cláusula del artículo 149.3 CE que la subsidiariedad, a mi juicio, desvirtúa, tiene, merced a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional, una importancia clave.

Se trata, de una parte, de una cláusula general de cierre del ordenamiento, por otra de un título competencial del Estado y, por último, de un criterio general de interpretación³⁸.

Como título competencial, lleva a atribuir al Estado «competencia sobre las materias que no se hayan asumido en el Estatuto de Autonomía» (STC 82/1984, de 20 de julio). Ello quiere decir que «la normativa atributiva de competencia, por lo que se refiere al Estado, debe buscarse en alguno de los apartados del artículo 149.1 de la Constitución, o en la cláusula residual de competencia del artículo 149.3» (STC 95/1984, de 18 de octubre).

A la inversa, «todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional o por simple decisión de los propios estatutos, habrán sido retenidas por el Estado» (STC 15/1989, de 26 de enero), lo cual lleva en cada caso a determinar la competencia autonómica mediante la investigación de las asumidas, concreta, total y exclusivamente, por la Comunidad (cf. STC 12/1985, de 20 de enero). El Estado sólo será incompetente en relación con «las materias que hayan sido diferidas por los EEAA a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas CCAA» (STC 147/1991, de 4 de julio).

Por otra parte, como cláusula de cierre y en virtud de esta competencia de principio, el derecho estatal funcional como supletorio (cf. STC 214/1989, de 21 de diciembre) y ello es de especial importancia, dado el carácter territorial de todo derecho autonómico.

Indudablemente existen cauces lógicos para, aun asumiendo por hipótesis la subsidiariedad del Estado respecto de las Autonomías, mantener muchas de las tesis esbozadas (cf. STC 53/1988, de 24 de marzo) y la jurisprudencia alemana sería el modelo al efecto. Pero, a la luz de lo expuesto, no cabe duda que la inversión de la competencia de principio y de los poderes residuales entraña una insospechada gravedad.

Estas consecuencias pueden parecer exageradas, y sin duda lo son, aunque la subsidiariedad ha sido alegada por las autonomías frente al Estado y por los munic-

³⁸ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 115 y ss. y 161 y ss.

pios —por ejemplo, los alcaldes de Madrid y Barcelona— frente a las respectivas Comunidades Autónomas. Pero no son sino las consecuencias lógicas de la subsidiariedad si este principio ha de tomarse en serio. También puede, claro está, no significar nada. En tal caso, carecerá de la peligrosidad de lo radical y adolecerá de la que es propia de las cosas y los conceptos inútiles.

Hace ya años, un ilustre jurista español preveía que el acceso de España a la Comunidad habilitaría «por sí sola competencias estatales potencialmente exclusivas por su evidente inclusión en el ámbito de las relaciones internacionales»³⁹ y su equipo de trabajo señaló cómo la transferencia de competencias propias del Estado a las Autonomías sería succionada por la transferencia a las entidades supranacionales. De esta manera la participación de España en la Comunidad Europea suponía límites generales y concretos, no previstos en el bloque de constitucionalidad español, a las competencias de las Comunidades Autónomas⁴⁰.

Todo ello era cierto; pero los temores que esta posibilidad tendencial suscitó no tanto en España como fuera de ella y especialmente en Alemania, contribuyó decisivamente a la formulación del principio de subsidiariedad. Y dicho principio no sólo invierte la tendencia señalada, garantizando nuevas competencias regionales, sino que plantea con silenciosa e insospechada gravedad la crisis misma del Estado, tal como la Constitución lo configura.

Lo dicho permite concluir que la subsidiariedad es un principio fermento, capaz de trastocar todo el ordenamiento constitucional del Estado. La categoría es conocida y pueden poner diversos otros ejemplos, desde la revisión judicial en el derecho comparado, hasta la acción de los Derechos del Hombre, tanto en el orden interno como internacional.

No es mi intención el juzgar la bondad o maldad de la subsidiariedad, sino de subrayar lo imprevisto de sus efectos, al menos por quien deberá ser competente para ello: los encargados de velar por la Constitución y, en su caso, de reformarla.

En efecto, la subsidiariedad ideada como valladar protector de la competencia de los Estados se ha convertido en la mayor amenaza a dichas competencias, al afectar a la más esencial de todas ellas: la de auto organización. Y, afirmada y difundida como garante de la identidad de los Estados, pone en cuestión dicha identidad, al disolverla en un continuo de instituciones superpuestas. La subsidiariedad no sólo contradice algunas normas constitucionales o directamente derivadas de nuestra Constitución, como las ya citadas, sino que erosiona la vigente Constitución en cuanto integración y, en consecuencia, trastoca la «vida en forma» que a la integración constitucional es inherente.

³⁹ *Ib.*, pág. 396.

⁴⁰ RUILOBA, en GARCÍA DE ENTERRÍA (eds.): *La distribución de competencias entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, ICE, 1980, pág. 416 y ss.

