

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y DESCENTRALIZACIÓN (*)

ALAIN DELCAMP

SUMARIO: —I. La descentralización en ayuda de la subsidiaridad. Situación de los dos conceptos: A) Incertidumbres comunitarias; B) Ambigüedad en la historia del pensamiento; C) Ventajas de la Descentralización. — II. La subsidiaridad al servicio de la descentralización. Utilidad de la introducción en el orden jurídico interno: A) Una nueva forma de encarar la repartición de las competencias; B) Un ensanchamiento de los fundamentos filosóficos y políticos de la descentralización; C) Subsidiaridad y control del grado de descentralización.

El principio de subsidiaridad ha conocido estos últimos años un éxito fulgurante en la medida de hacer olvidar aquellos años en los que estaba decaído. Pero no es una simple paradoja constatar que tal principio, que pertenece más a la historia del pensamiento que a nuestras referencias jurídicas, por otra parte un poco situado y muy estrechamente asociado al menos en Francia al pensamiento católico, haya hecho irrupción en el debate institucional por el aspecto del debate político.

Incluso si él ha podido ser objeto de estudio por parte de los juristas franceses (1), no se puede decir, en efecto, que él perteneciera a nuestra tradición jurídica, al menos en tanto que principio de organización. Si el diccionario jurídico de Gerard CORNU le hace referencia, es a través del adjetivo «subsidiario», que lo define como el que se aplica a «aquello que tiene vocación de venir en segundo lugar (a título de remedio, de garantía, de suplencia, de consolación) para el caso en que lo principal, primordial, deviene insuficiente. Desde entonces, este adjetivo no se encuentra apenas en Derecho Privado, sino en el campo del pro-

* Ponencia presentada al Coloquio sobre «La renovación de la política de ordenación del territorio en Francia y en Europa», Reims, 31 marzo y 1 abril 1994.

Traducción realizada por J. M. Gimeno Feliu.

(1) Jean-Marie PONTIER, «La subsidiarité en droit administratif», *Revue du Droit Public et de la science politique*, 1987, pp. 1.515 y ss.

cedimiento para calificar una demanda, un medio, o la ejecución de una obligación (2).

El diccionario de Derecho Constitucional le consagra un artículo, pero es para establecer su doble filiación, alemana, en tanto que «principio de derecho constitucional federal», y comunitaria, la cual es considerada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades como criterio (3) de ejercicio de las competencias concurrentes.

Es pues más allá de las categorías jurídicas propiamente francesas donde conviene ir en búsqueda de una definición susceptible de aplicarse a la organización de los poderes o de las instituciones.

En efecto, la definición más convincente y que ha contribuido verdaderamente a lanzar el debate se encuentra en el Derecho comunitario (4). Hay una referencia expresa en el proyecto del Tratado de la Unión Europea adoptada por el Parlamento Europeo de 1984 (Informe Spine-lli). El preámbulo confiaba a las instituciones comunitarias, «conforme al principio de subsidiaridad las competencias necesarias para llevar a cabo las labores que podrían realizarse de manera más satisfactoria que si los Estados las realizasen aisladamente».

Los artículos B, segunda línea, y 3B del Tratado de Maastrich constituyen una profundización de estas disposiciones (5). No está, sin

(2) Paris, PUF, p. 762.

(3) Asunto KRAMER, 14 de julio de 1976. Asunto 34 y 6/76 (Recueil, p. 1.308).

(4) Si los autores le han encontrado frecuentes referencias y la consagran los Tratados, no se encuentran, que conozcamos, definiciones generales en los textos del derecho positivo, salvo las aplicaciones a tal o cual campo particular. Este es el caso concreto de las disposiciones del artículo 6 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana que trata de la familia: «los cuidados a dar a los niños y la educación de los mismos es un derecho natural de los padres y una obligación que se ejerce en primer lugar». La doctrina austriaca ve igualmente en el artículo 118.2 de la Constitución Federal de Austria, que define las competencias propias de las autoridades locales, una aplicación de este principio. Son, en efecto, consideradas como relevantes de esta categoría «todas las materias que conciernen de manera exclusiva o predominante a los intereses de la colectividad local organizada en común y son aptas de ser tratadas por esta colectividad en el marco de sus límites territoriales». Pueden así mismo mencionarse los artículos de las Constituciones alemana y austriaca que conceden una competencia de principio a los Länder (art. 70.1 RFA; art. 15.1 Austria).

(5) Incluso si su significación profunda es sin duda diferente, atendiendo al contexto, el recurso al principio de subsidiaridad aparece más, en el Tratado de la Unión Europea, como un medio de tranquilizar a los Estados frente a una desposesión excesiva que favoreciese la extensión de las competencias comunitarias. Los artículos 130 G (Investigación y desarrollo tecnológico) y, sobre todo, 130 R (Medio ambiente), introducidos por el Acta Única Europea, son igualmente de forma general considerados como la aplicación concreta de esta idea.

embargo la noción de subsidiaridad asociada a aquella de «descentralización» de la cual, sin embargo, podría parecer naturalmente próxima, si es verdad que los dos conceptos, al menos en su acepción común, tienden ambos a desarrollar «el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos... (permitiendo) una administración a la vez eficaz y (que lo sea) próxima» (6).

Parece, en efecto, que ambas pertenecen a dos órdenes diferentes, sea porque el principio de subsidiaridad no haya sido generalmente considerado como una categoría jurídica, sea porque proviene de dos tradiciones jurídicas con las que no se confluye. Es así que, en Francia, el principio de subsidiaridad jamás ha sido mencionado por los manuales de Derecho Administrativo, en tanto que en el de descentralización reside una categoría básica del derecho de la organización administrativa del Estado, aunque los constitucionalistas han tenido tendencia a preferir el de «libre administración» (7).

Las tentativas de aproximación no han sido hasta ahora sino supuestos aislados, debiéndose la más antigua al profesor Jean Rivero en su informe de síntesis sobre las competencias del poder local en los países europeos en Octubre de 1980: «Las soluciones deben, en principio, buscarse en la fuente, y aquí dos grandes principios de atribución de competencias locales que aparecen aparentemente contradictorios, pueden ser menos contradictorios que lo que parece en un principio, de una parte la descentralización en el sentido propio del término, de otra parte la subsidiaridad. Deseo decir, por ello, que en ciertos países, la descentralización supone, en el sentido propio del término, que parte del centro y es el poder central quién va, como una suerte de manera descendente, atribuyendo un cierto número de competencias propias a las colectividades locales que él mismo ha consagrado, o incluso que ha creado por completo. La solución contraria es, a la inversa, la solución ascendente, en la cual la competencia es, de principio, reconocida a las colectividades locales con la excepción de las competencias que los textos formalmente atribuyen a las entidades superiores. Es, según parece, el caso de Austria, Suiza, Holanda; si bien se encontrarían otros ejem-

(6) Preámbulo de la Carta Europea de la autonomía local y regional adoptada por el Consejo de Europa, y abierta a su firma el 15 de octubre de 1985, firmada por 22, de los que 18 la han ratificado.

(7) *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*. Coloquio d'Arc et Senans (bajo la dirección de Gilles DARCY y Jacques MOREAU). Paris Economica. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1983. Se puede consultar también a FLOGAITS (Spyridon), *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, y más recientemente, BACOYANNIS (Constantinus), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1993.

plos. En todos estos casos la plenitud de competencias está en la base, a diferencia del caso opuesto donde la plenitud de competencias está en la cima. En el caso de la subsidiaridad, las competencias se ejercen en la base con la excepción de aquellas que son retenidas a un nivel superior. En otro caso, las competencias globales, están en la cima y son solamente aquellas que son confiadas al escalón inferior las que éstos pueden asumir» (8).

De esta manera, la doctrina francesa cuando evoca la subsidiaridad —cuando no lo hace en el sentido del ejemplo anteriormente citado dirigido a servir de procedimiento de comparación de estructuras locales— la considera esencialmente:

1) como una noción de origen extranjero y de un modo de organización de las competencias entre los diferentes poderes autónomos existentes en el interior de los Estados;

2) en relevancia a la finalidad común de los conceptos de subsidiaridad y de descentralización, que vendrían ambos a reforzar los poderes de la base en relación a la cima, se presentan como dos principios de organización opuestos, uno partiendo del centro y la iniciativa de aquél, el otro construyendo la estructura estática y partiendo de la base hacia la cima.

No sería cuestión de discutir la pertinencia de ésta última distinción (9) sino más bien de tratar de ver a través de derecho comparado y de la historia del pensamiento lo que separa o aproxima hoy en día a ambos conceptos y de examinar la utilidad que podría tener la introducción del principio de subsidiaridad en nuestro sistema jurídico interno para profundizar en nuestra propia descentralización.

I. LA DESCENTRALIZACIÓN EN AYUDA DE LA SUBSIDIARIDAD. SITUACIÓN DE LOS DOS CONCEPTOS

Ya en los orígenes semánticos y de contextos diferentes, generalmente nacionales, es en el que los dos conceptos se desarrollan, suponiendo su aproximación un esfuerzo de clarificación previa.

(8) Coloquio organizado en Aix-en-Provence. *Annuaire européen d'Administration Publique*, Tomo III, p. 282.

(9) Se pueden encontrar, en efecto, numerosos ejemplos para corroborar esta afirmación en los derechos positivos extranjeros: así, el artículo 11.4 de la Constitución bávara dispone que «la autonomía local contribuye a la construcción de la democracia de la base hacia la cúspide». La cuestión es igualmente abordada en la obra colectiva dirigida por Jean-Claude NEMERY y Serge WACHTER, *Entre l'Europe et la décentralisation —les institutions territoriales françaises, 1993*, par la DATAR et les Editions de l'aube (Gérard MARCOU, «Principe de subsidiarité, Constitution française et décentralisation», pp. 85-93).

A) *Incertidumbres comunitarias.*

Nos podemos preguntar, en efecto, si una de las razones de la fortuna actual del término subsidiaridad no viene justamente de su carácter ambiguo. Se corresponde, en efecto, con un momento del Derecho en el que las categorías demasiado formales no llegan a rendir cuentas de la complejidad de la realidad ni, sobre todo, a responder a la necesidad de conciliación de las aspiraciones contradictorias de los actores sociales (10). Después de un período fuertemente marcado por el economicismo y la búsqueda de grandes conjuntos, ha sucedido una fase más incierta en la que se manifiestan paralelamente necesidades de identidad fuerte y de diversidad. La situación de Europa constituye hoy en día un excelente ejemplo de ello: la búsqueda de la adhesión a la Unión Europea, (fenómeno de dimensión indispensable para el desarrollo de la economía de mercado, la seguridad y la defensa de una cierta cultura comunitaria frente a otras sub-regiones mundiales) coexiste en efecto con la necesidad de particularismos, cada Comunidad buscando de apropiarse un territorio homogéneo y distinto.

El mismo fenómeno se manifiesta en el plano interno, cada uno aspira a escapar a la uniformidad que no se ha cesado, por otra parte, de reclamar, en tanto que la crisis económica marca los límites de los grandes sistemas, principalmente de redistribución, puestos en funcionamiento después de la guerra, y hace aparición una necesidad de proximidad (social, institucional, familiar...).

Y no se aplica, sin embargo, por el momento, sino en el plano internacional, y más precisamente, comunitario, y en éste, por otra parte, en el nivel de iniciación, después de la fase de proclamación, de la aplicación concreta.

Las disposiciones del artículo 3.B son más precisas que las del proyecto de 1984, pero permanecen suficientemente vagas para satisfacer tanto a los que desean que la Europa devenga en una Federación, como a los que reclaman un mayor respeto de la autonomía de los Estados: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiaridad, 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 los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad

(10) Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code penal aux droits de l'homme*. Paris, PUF, 1986.

excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

Este artículo ha sido explicitado en el Consejo europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992 (11), y ha sido objeto para su aplicación de un Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 25 de octubre de 1993 en Luxemburgo.

La definición que se ha dado concede una satisfacción aparente a los que luchan contra una centralización excesiva de la Comunidad: «La Unión Europea reposa sobre el principio de subsidiaridad, como lo indican los artículos A y B del Título Primero del Tratado de la Unión Europea. Este principio contribuye al respeto de la identidad nacional de los Estados miembros y preserva sus competencias. Supone que las decisiones sean tomadas en el seno de la Unión europea lo más cerca posible del ciudadano». Un poco más lejos está la llamada a que la competencia nacional es la regla y la competencia comunitaria la excepción. Este principio de distribución de las competencias es calificado de «elemento fundamental del sistema jurídico de la Comunidad».

Poco después, sin embargo, son puestos los límites a la aplicación de este principio, y llama sobre todo la atención el hecho de que se pueda encontrar en su aplicación dos sentidos (en favor de la Comunidad o en favor de los Estados):

— El no se aplicaría sino a las competencias concurrentes;

— El principio de subsidiaridad no debería ser considerado que tenga un efecto directo;

— La introducción del principio no permitirá poner en cuestión las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado en cuanto éstas han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. «El da una orientación sobre la manera en que las competencias deben ser ejercidas a nivel comunitario... la aplicación de este principio debe respetar las disposiciones generales del Tratado de Maastrich, principalmente aquellas destinadas a mantener íntegramente el acervo comunitario», y no puede afectar a la primacía del derecho comunitario ni poner en cuestión el principio según el cual «la Unión se dota de los medios necesarios para satisfacer sus objetivos y llevar a buen término sus políticas».

Es, sobre todo, un concepto dinámico que debe ser aplicado a la

(11) «Conclusions de la Présidence du Conseil européenne concernant le principe de subsidiarité». Actualités communautaires n.º 283, février 1993, p. 21.

luz de los objetivos anunciados en el Tratado. La subsidiaridad permite extender la acción de la Comunidad en los casos que las circunstancias lo exijan e, inversamente, de restringirla o interrumpirla en los casos en que no esté justificada.

Se comprende, por esto, que la introducción del principio en el Derecho Comunitario haya podido suscitar interpretaciones divergentes ya que, en tanto para unos «es bastante claro que allá donde la subsidiaridad existe el Federalismo progresa» (12), otros se preguntan si la subsidiaridad no arriesga a ser «un factor de (des) integración europea» (13).

El efecto de la introducción a nivel europeo deviene perfectamente incierto en el sentido de concretar cual será, en definitiva, la interpretación que funcione.

B) *Ambigüedad en la historia del pensamiento*

Esta incertidumbre es menos llamativa en lo que se refiere a la historia del pensamiento, donde el principio se encuentra en el corazón de doctrinas bastante diferentes (14). «La cuestión de la forma del régimen ha dado paso a la cuestión de la extensión de las competencias del poder» (15). Ella no se encadena a los fines de la sociedad sino a los principios que rigen su organización.

La idea de base que sostiene el principio es que el poder político no debe intervenir en la sociedad, en su seno, sus diferentes células, en la persona, en la familia, en la ciudad, en los grupos diversos, si no es para satisfacer las diferentes necesidades. La subsidiaridad va, así, más allá de un simple principio de organización institucional y se aplica, en primer lugar, a las relaciones entre el individuo y la sociedad que lo conforma, además de a las relaciones entre la sociedad y las instituciones, antes incluso de inspirar, si se presenta el caso, una distribución de las competencias en una escala institucional entre la base y la cima. Son, según es sabido, —un papel decisivo viene atribuido al jurista ALTHUSIUS— las encíclicas pontificiales y, en particular, la de Pío XI redactada en 1231 para el 40 aniversario de la Rerum Novarum (Qua-

(12) Jean DELHOMBRE, *Revue Politique et parlementaire*, Octubre de 1992.

(13) Marc-André GAUDISSERT, *Journal des tribunaux* (Bruselas), 6 de marzo de 1993.

(14) Un autor alemán ha podido recopilar más de veinte definiciones diferentes. H. K. KALKBRENNER, «Die Rechtliche Verbuidlich. Keit des Subsidiaritäts prinzip», p. 518.

(15) Chantal MILLON-DELSOL, *L'Etat*, Paris, PUF, 1992, p. 227.

dragesimo Arno) en la que se da la formulación más acabada: «no se debe cambiar ni quebrantar este principio fundamental de filosofía social: del mismo modo que no se puede arrebatarse a los particulares para transferirlas a la comunidad las atribuciones que son capaces de realizar con su sólo iniciativa y por sus propios medios de tal manera que se cometería una injusticia, a la vez que enturbiar de una manera muy perjudicial el orden social, no puede retirarse a los grupos de orden inferior, para conferirles a una colectividad más amplia y de un rango más elevado, las funciones que están capacitados desempeñar ellos mismos. El objeto de toda intervención en materia social es la de ayudar a los miembros del cuerpo social y no de destruirlos ni de absorberlos».

A través de este texto aparecen los gérmenes de varias de las interpretaciones dadas en general a este principio y que fundamentan su profunda ambigüedad:

— es, pues, un principio de organización social. Nada en su enunciado, salvo en el reconocimiento de la autonomía de los particulares, hace de él un principio fundamental de un régimen democrático. Es, por otra parte, una de las razones por la que a unos les puede suscitar una cierta desconfianza en cuanto anunciada generalmente en un contexto relativamente tradicionalista.

— su perfecta aplicación supone, evidentemente, la existencia de agrupaciones. El es, de otra parte, desarrollado como reacción contra un individualismo excesivo. Tanto más cuando ha podido en el pasado inspirar las ideologías organicistas —en las que las partes no son sino elementos de un todo y no pueden tender a otros fines que aquellos que a un «bien común» exterior a ellas— o de las desviaciones corporativistas (Austria del Canciller DOLLFUSS o Portugal del doctor SALÁZAR).

— sobre todo, él entraña dos implicaciones bastante diferentes, consideradas opuestas, que se entresacan, por otra parte, de su etimología latina:

* el primer sentido del término subsidiaridad evoca la idea de suplencia, de cualquier cosa secundaria, de menos importancia. Es, en efecto, el nombre que se daba en la Antigüedad a las tropas de reserva.

* el segundo sentido evoca la idea de seguridad (subsidio) y subyace, más bien, una idea de intervención. Trata de medir, no si la autoridad tiene el derecho a intervenir sino, sobre todo, si no tiene el deber.

Frente a esta ambigüedad, el concepto de descentralización, mucho menos rico tiene el mérito de una relativa simplicidad.

C) Ventajas de la Descentralización

Conviene primero hacer justicia de un proceso que es hecho a menudo respecto al concepto de descentralización en la doctrina francesa reciente. El no sería sino un simple principio de organización administrativa, menos rico de perspectiva, en concreto, que aquel de libre administración que figura explícitamente en la Constitución y que ha sido reconocido por el Consejo Constitucional como principio de rango constitucional (16).

No es cuestión de negar el que pueda existir en la doctrina una distinción entre «descentralización política» y «descentralización jurídica» (17), pero parece aceptado hoy en día, al menos en Francia (18), que cuando se emplea el término descentralización se hace en el sentido de descentralización política. Esta no puede ser utilizada sino en provecho de un conjunto de ciudadanos situados en un territorio determinado, designados libremente por la vía de la elección de los órganos habilitados para ejercer las competencias que les son confiadas. La reforma de descentralización de 1982 a 1985, parece que ha disipado las últimas ambigüedades en este asunto.

Si una vacilación era permitida en el plano jurídico, ella acaba de ser disipada por la tesis apuntada por M. Constantin BACOYANNIS que realiza el valor de la noción de «descentralización-libertad» y la asimila a una «libre administración» (19). Hay allí, una convergencia cierta con

(16) Vid. *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*.

(17) Es la distinción a la que se adhiere Spyridon FLOGAITIS. Se encuentran también en el extranjero distinciones de este tipo, en las que el término descentralización puede ser asociado a los adjetivos que le dan cada vez un sentido diferente. «Descentralización burocrática», por ejemplo en Italia («decentralamento burocratico») o «descentralización burocrática» en España, la cual podríamos, tal vez, asimilar a nuestra «desconcentración». Se citará como recuerdo la distinción introducida durante la Segunda Guerra Mundial entre «descentralización democrática» y «descentralización autoritaria» por R. BONNARD en su comentario sobre «les actes constitutionnels de 1940». *Revue du Droit Public*, 1942, p. 367.

(18) La doctrina española no parece rechazar de hecho la noción de descentralización por servicios tan cercana a Léon DUGUIT.

(19) *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 319 pp. Vid. principalmente pp. 84 y ss. «La concepción dominante de la descentralización territorial se manifiesta como una libertad de administración... y 90 y ss: «La descentralización-libertad es una libre administración».

Entre las diferencias, se manifiesta la noción de «competencias efectivas» que resulta de la referencia al principio de libre administración formulado por el Consejo Constitucional. La noción de descentralización no deja sin embargo «salida» a la noción de compe-

el principio de subsidiaridad que es, en primer lugar, como se ha visto, un principio de organización política.

No puede por tanto sorprender que la idea de subsidiaridad haya podido ser evocada —aunque tímidamente en razón de su débil difusión en Francia— durante las diferentes reformas concernientes a las colectividades territoriales (20).

Lo que más sorprende es que él haya sido utilizado como apoyo de una reforma interesante en la distribución de las competencias entre las autoridades administrativas en el seno de la única administración del Estado (21). Es, sin duda, porque él no es concebido en Francia (22), sino como un principio de organización administrativa tendente a acercar lo más posible la decisión del ciudadano.

Su acercamiento con el concepto de descentralización, que no sería en tal caso sino una aplicación privilegiada, sería doblemente útil:

— tendría por efecto dotarle de la significación política incontestable que él ha tenido en la historia del pensamiento y en la manera en que ha sido utilizado en la teoría de federalismo. Accesoriamente, podría aparecer, así, como uno de los medios de suplir el déficit democrático de la Comunidad —no sería ello sino incitando al Estado francés a dejar más espontáneamente un lugar a las colectividades descentralizadas en la definición y en la aplicación de las políticas públicas europeas (la más evidentemente concernida será seguramente la política regional);

— mostraría que el verdadero interés de su eventual introducción

tencia puesto que, precisamente, uno de los criterios de diferenciación entre la colectividad territorial —que, solo, puede ser calificada de «descentralizada»— con el establecimiento público es, precisamente, el poseer una competencia general. Más convincente nos parece la observación de M. Louis FAVOREU al considerar que el principio de descentralización, a diferencia del de libre administración, no puede dar cuenta de los problemas generados por los conflictos entre colectividades. (*La libre administration*, Ob. cit., p. 94).

(20) Vid. las declaraciones de Lionel de TINGUY y Michel GIRAUD, ponentes de la Comisión de leyes del Senado. Vid. principalmente Documentos del Senado n.º 307 (1978-79), Tomo II, y n.º 33 (1978-82), Tomo I, p. 109.

(21) Proyecto de ley de orientación relativa a la organización territorial de la República, n.º 1581, Asamblea Nacional, Novena Legislatura, de 1 de agosto de 199, Exposición de Motivos, p. 4. La Ley n.º 92-125, de 6 de febrero de 1992 no contiene, sin embargo, definición del principio, y contiene sólo un principio general: la atribución «a las administraciones nacionales las únicas misiones que presenten un carácter general o en las que la ejecución en virtud de la ley (no hay al respecto una orientación de futuro) no puedan ser delegadas en ningún escalón territorial» (art. 2, tercera línea).

(22) Consideramos solamente a lo largo de esta primera aproximación la situación francesa, y en la forma en que el concepto se ha percibido en nuestro país.

en nuestro Ordenamiento jurídico sería, precisamente, el desempeñar un papel de contrapeso permanente con la tendencia natural de toda sociedad organizada de reforzar su centro (23), y no un simple criterio de organización susceptible de ser utilizado —tanto a través de un reforzamiento del centro como mediante transferencia de poderes no hacia sino en provecho de los ciudadanos—.

La subsidiaridad contiene, así, un concepto nuevo en el que todas las perspectivas todavía no han sido exploradas. Incluso si ella no tiene todavía efecto directo, ella forma parte en adelante, a través del Derecho comunitario, si no de nuestro orden, sí al menos de nuestro universo jurídico. Sería interesante ver en qué medida ella podría influir sobre él, a falta de transformarlo, y más que de oponerse a la descentralización, si no podría en el plano interno ser uno de los medios de hacerla progresar. No se trata aquí sino de dar una primera aproximación —a ciertos efectos aventurada— pero que tiene el mérito de recolocar los retos de la descentralización, muy estrechamente institucionalizada, en una perspectiva susceptible de influenciar la organización misma y el funcionamiento de la sociedad francesa.

II. LA SUBSIDIARIDAD AL SERVICIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN. UTILIDAD DE LA INTRODUCCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

La reflexión sobre la subsidiaridad —y su transposición en el plano interno— parece susceptible de influir sobre el futuro de la descentralización francesa de tres maneras:

— introduciendo referencias y métodos nuevos de distribución de competencias entre el Estado y las colectividades territoriales (y entre los diferentes niveles de éstas);

— aportando una filosofía susceptible de influir no sólo sobre las relaciones entre instituciones sino más bien entre las relaciones entre éstas y la sociedad;

— permitiendo, podría ser, asegurar un mejor control de la efectividad de la descentralización.

(23) Si es citada bastante a menudo la frase de TOCQUEVILLE, extraída de la *Democracia en América*, según la cual es «en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres», se omite el citar, en general, las frases precedentes: «la libertad municipal es cosa rara y frágil... una sociedad muy civilizada no tolera sino con lástima los ensayos de la libertad municipal».

A) *Una nueva forma de encarar la repartición de las competencias.*

La distribución de las competencias puesta en funcionamiento en 1983 es hoy en día contestada, y de manera contradictoria:

Le es reprochada a la vez que falta de claridad y de asentamiento sobre un principio —los bloques de competencias (24)— la ausencia realismo.

De hecho este principio, desde el origen, no ha sido jamás verdaderamente aplicado, todas las competencias eran distribuidas entre los diferentes niveles de las colectividades: Si el reparto de las competencias aparece relativamente «cartesiano» en materia de educación —a cada nivel le corresponde un orden de enseñanza—, la repartición horizontal (25) se debe acomodar a un reparto vertical entre el Estado (rama pedagogía, reclutamiento y remuneración de los profesores) y las comunidades territoriales (infraestructuras y funcionamiento). La distribución en materia social, que ha sido el objeto de las reflexiones más profundas, permitió, por su parte, intervenir varios criterios no homogéneos entre ellos: apreciación concreta de las situaciones y solidaridad, alojamiento y asistencia incorporada a un territorio o no, las cuales han sufrido después varias alteraciones (condiciones de financiación y de atribución del salario mínimo de inserción, alojamiento social, etc.). Otras competencias son descentralizadas en principio, bajo reserva de excepciones a veces importantes o de condiciones previas (urbanismo) etc.

La distribución ha estado, en definitiva, más guiada por consideraciones pragmáticas —el carácter «desinteresado» o no de tal o cual servicio— en el marco de las estructuras administrativas existentes, que por una verdadera reflexión de conjunto.

La evolución de las cosas (interpenetración creciente de las acciones bajo el efecto conjunto de las demandas de los ciudadanos, las dificultades financieras del Estado y el mantenimiento de una competencia

(24) Este principio estaba así definido: La Ley de 7 de enero de 1983, en su Título Primero dedicado a los «principios fundamentales» y a las «modalidades de transferencia de competencias», precisa (art. 3) que la «distribución de competencias entre las colectividades territoriales del Estado se efectúa, en la medida de lo posible, distinguiendo aquellas que son puestas a disposición del Estado de las que son atribuidas a los municipios, a los departamentos o a las regiones de tal manera que cada campo de competencias le sean efectuados en su totalidad los recursos correspondientes, ya sea el Estado, sea el municipio, sea el departamento o sea la región.

(25) Que deberá devenir perfecta en 1995 por la supresión de la participación de los municipios en los gastos de inversión y de funcionamiento de los colegios.

general en provecho de cada nivel de colectividad) y de las legislaciones sectoriales han tenido por efecto complicar en extremo las situaciones mientras que el Estado no acepta ninguna verdadera rebaja de principio inicial (26).

A pesar de tentativas diversas de evaluación (27), esta distribución no ha sido todavía objeto de reexamen en conjunto, los debates están más bien centrados sobre el punto de saber si la descentralización —en su principio— ha sido, o no, una buena cosa, y las consecuencias que conviene extraer sobre el rol y el lugar del Estado. La complejidad de las soluciones ha conducido incluso a algunos —y no los menos— a realizar «el elogio de la complejidad (28) o a considerar a fin de cuentas, que las financiaciones cruzadas, desde el momento en que se desarrollan entre colectividades autónomas, no eran condenables, e incluso, pudieran ser movilizadoras (29).

Si la técnica de la enumeración de las competencias pudo tener sus ventajas (30), ella aparece igualmente para muchos como demasiado rígida (31).

(26) Vid. *La décentralisation dix ans après*. Actas del Coloquio organizado en el Palacio de Luxemburgo los días 5 y 6 de febrero de 1992, bajo la dirección de Guy GILBERT y Alain DELCAMP.

(27) A iniciativa de los miembros parlamentarios, pero también del Comisario General del Plan y de Otras instituciones públicas (informe de la sección de informe y de los estudios del Consejo de Estado sobre la descentralización en materia de urbanismo) y particulares (Comisión del Libro blanco presidida por MM. Jacques CHAVAN-DELMAS y René MONORY puesta en funcionamiento por el Crédito local de Francia).

(28) Informe presentado bajo la presidencia de Madame Martine BURÓN, diputada europea, en el marco de la preparación del Plan.

(29) Noción de «colaboración alrededor de proyectos» defendida por M. Jean-Pierre RAFFARIN, presidente del Consejo regional de Poitou-Charentes. *La décentralisation dix ans après*, precitado. Esta tesis es igualmente defendida por M. René MONORY, presidente del Senado.

(30) La existencia de competencias efectivas es considerada en lo sucesivo, por el Consejo Constitucional, uno de los elementos de la libre administración. N.º 85-196 DC del 8 de agosto de 1985 (Nueva Caledonia).

(31) Nosotros no lo consideramos por nuestra parte indispensable. Es el doble significado lo que ha motivado que haya sido rehusado por algunos desde la elaboración del Tratado de Maastricht, pero sin embargo juzgado indispensable por la Comisión en lo que concierne a la Unión Europea. «La ausencia de una lista de competencias nacionales se presenta sin embargo como un problema político en la medida en que las colectividades descentralizadas de ciertos estados miembros, aún la opinión pública, concluyen que no hay limitaciones precisas a las intervenciones de la Comunidad, acusada de desear impliarse en todo... «la búsqueda de una solución (para evitar sobrecargar los textos con un lujo de detalle)» pasa en gran parte, como la Comisión había propuesto en la conferencia intergubernamental que ha deducido solamente el principio, por la definición constitucional de una verdadera jerarquía de normas». «Position de la Commission européenne sur la

La referencia al principio de subsidiaridad y a las investigaciones de las que es objeto en vía de su aplicación práctica en el orden comunitario (32), podría revelarse útil en el marco de un reexamen de la distribución actual de las competencias.

Esta referencia no sería, después de todo, sino el retorno al método preconizado en el origen por el informe «Vivre ensemble» —denominado Informe GUICHARD— el cual contenía —a nuestro juicio el único ejemplo en la literatura política y jurídica francesa— una definición de la subsidiaridad:

«conduce a buscar siempre el nivel adecuado de ejercicio de las competencias, un nivel superior no será necesario sino en el caso en el que los niveles inferiores no puedan ejercer por ellos mismos las competencias correspondientes. El Estado debe, así, delegar en las colectividades todos los poderes que ellos sean capaces de ejercer» (33).

La Comisión de las Comunidades ha examinado también el problema en el momento de la elaboración del Tratado de la Unión Europea y ha realizado comunicaciones sobre el asunto en el Consejo y en el Parlamento europeo (34). Ella ha, en primer lugar, lamentado la ausencia de una lista de los principales campos de actuación nacional que le permitieran introducir una dimensión más concreta de la subsidiaridad para el ciudadano «antes que limitarse a la afirmación según la cual la regla es la competencia nacional y la competencia comunitaria la excepción» (artículo 3.B primera línea). Para los campos donde las competencias entre la Comunidad y los Estados no son concretados —y donde, por consecuencia, el principio se debe aplicar plenamente—, ella esboza criterios, pero afirma, sobre todo en el Preámbulo, que es la Comunidad quién debe probar su competencia y no lo contrario.

Ella clasifica después los criterios de apreciación en dos grupos: los que pueden servir para determinar la pertenencia de las competencias, y, en particular, determinar si la acción de la Comunidad es verdaderamente necesaria; los que pueden ayudar a definir la intensidad de la

définition et l'application du principe de subsidiarité», Agence Europe. Europe Documents n.º 1804/1805 del 30 de octubre de 1992.

(32) Debe advertirse que el Consejo de Europa se ha interesado en ello también. El Comité director de las autoridades locales y regionales ha demandado un estudio sobre la definición y los límites de este principio a un grupo de expertos, en vía de la elaboración de una recomendación dirigida a los Estados miembros.

(33) *Rapport de la Commission sur le développement des responsabilités locales*. Paris, Documentation française, 1976, p. 97.

(34) Europe Documents n.º 1804/1805 del 30 de octubre de 1992, precitado.

acción en los casos en que le es reconocida a la Comunidad la competencia.

En el primer grupo se incluye lo que la Comisión denomina el «test de la eficacia comparativa» en el cual debe tenerse en cuenta varios elementos entre varios que le son propios a la Comunidad: efecto de escala, coste de la inacción, necesidad de mantener una coherencia razonable, límites de una acción aislada a nivel nacional, necesidad de respetar las reglas de concurrencia. El test de la eficacia comparativa debe hacer aparecer el «valor añadido» que podría resultar de la intervención.

Tratándose la intensidad de éstas, que deben estar dominadas por la idea de la proporcionalidad, las recomendaciones de la Comisión son las siguientes:

- a eficacia igual escoger la intervención que deja «mayor margen de libertad»,
- evitar que una acción indispensable no se traduzca en un exceso de reglamentación,
- privilegiar la claridad y la concisión de los textos.

Estas recomendaciones reflejan una evolución importante de los espíritus que se alejan de la toma en consideración excesiva de los criterios de rentabilidad en términos exclusivamente económicos o financieros que prevalecían hasta ahora en la distribución de las competencias (teoría económica del federalismo en particular) (35). El principio de subsidiaridad desde este instante no sería interpretado como destinado a favorecer un «localismo» sistemático y estrecho, pudiendo aparecer así muy adaptado a la evolución de las sociedades contemporáneas. Más que oponerse a la idea de eficacia pretende tener en cuenta otros criterios además de los habituales. Permite graduar la importancia de los aspectos financieros y económicos que no hace mucho tiempo regían nuestras sociedades, por la toma en consideración de elementos humanos y de bienestar, solo aptos para asegurar un consenso.

Constituye igualmente un cambio importante en relación a las nociones de óptimo dimensional que han, por ejemplo, tal vez de forma ciega, presidido a ciertas agrupaciones. Puede conducir también a privilegiar la diversidad estatutaria —que constituye una de las orientaciones privilegiadas de los estudios del Consejo de Europa— y contribuir a

(35) Vid., por ejemplo, Katrin CORNEVIN-PEEIFFER, *La dynamique du fédéralisme suisse in Luc WEBER. Les finances publiques d'un Etat fédérati. La Suisse*. Paris, Economica, 1992.

una arquitectura institucional preocupada en primer lugar de respetar —o de ayudar a vivir— la libertad de sus componentes.

Se mide así la evolución que representa por relación a la descentralización e, incluso, por relación al principio de libre administración.

B) *Un ensanchamiento de los fundamentos filosóficos y políticos de la descentralización.*

Los dos sentidos del principio tal como han sido desgajados de la etimología pueden, sobre un plano más general, revelarse igualmente útiles de cara a tratar de definir los poderes de las colectividades descentralizadas y, sobre todo, de hacerlas evaluar en relación al Estado.

La subsidiaridad, en el primer sentido (subsidiario) significa que la autoridad superior y, el primer jefe, del Estado, no puede intervenir en tanto en cuanto la autoridad inferior (o la persona) haya revelado o demostrado su incapacidad. Este primer sentido se fundamenta en el principio de no ingerencia del poder e invita, cuando menos, a definir las condiciones en las que su intervención puede ser considerada como legítima o deseable. El principio de proporcionalidad desempeñará igualmente en este punto un papel importante sobre su aplicación (la intervención del Estado no será legítima en tanto en cuanto no sea necesaria). El principio de subsidiaridad es, de esta manera, en primer lugar, un principio de limitación del poder sin que revista, por tanto, un carácter normativo. Más que una norma que lo definiera, el principio de subsidiaridad indica una tendencia. Deja abiertas las condiciones concretas de su ejercicio, las cuales pueden variar según las circunstancias de tiempo y lugar. Tiene, pues, en primer lugar, una naturaleza dirigida a preservar la descentralización en su aspecto clásico.

Si el principio de subsidiaridad puede aparecer así como una suerte de cláusula «anti-renovación», introduce una dimensión olvidada, saber que él puede aportar globalmente más ventajas para una organización al ayudar a sus componentes a ejercer sus competencias, antes que retirárselas para su ejercicio. Es este, sin duda, el aspecto que más le distingue de la descentralización. De esta manera, él puede esclarecer desde un prisma nuevo las cuestiones de las transferencias financieras que deben ser entonces consideradas menos como modos de asistencia que como medios de hacer y de emprender. Más que una intervención en el sentido clásico, y que está en la base del Estado-presidente, reenvía a una forma de ayuda que estimula y autoriza a la autonomía. Se trata, retomando el texto de la Encíclica *Rerum Novarum* precitada, «de ayudar a los miembros del cuerpo social y no de excluirlos ni de absorber-

los». A diferencia de la intervención del Estado-providencia, que es ciega, tiene la igualdad como fin y excluye de hecho las discriminaciones, la del Estado-subsidiario no se dirige, según madame MILLON DEL SOL a «igualar las libertades de acción», sino persuadir las de su desarrollo por contra al máximo de su capacidad, «dejando orientar sus finalidades por las leyes apropiadas» (36).

Es en esta dualidad de significados en las que Jacques DELORS, quien ha contribuido decididamente a introducir el principio en la actualidad, encuentra la originalidad de la aproximación subsidiaria: «la subsidiaridad, no es solamente un límite a la intervención de una autoridad superior frente a una persona o una colectividad que es objeto de tratar en sí misma; es también una obligación para esta autoridad de tratar frente a esta persona o a esta colectividad de dotarle de los medios de realizarse» (37).

Se puede extraer de esta aproximación consecuencias concretas e inmediatas:

— a nivel de competencias, ella puede incitar, por ejemplo más que a mantener lo sistemas rígidos en el que los Estados intervienen mucho para una eficacia discutible (caso de las ayudas de asistencia social, por ejemplo, en las que la repartición burocrática es costosa en términos económicos), a trasferir a las autoridades descentralizadas los medios consagrados por el Estado y apostar por la dinámica que podría ponerse en práctica al nivel local;

— en el nivel financiero consiguiente. La noción de subsidiaridad en el segundo sentido facilita una delegación bastante amplia de recursos pero implica simultáneamente una igualación de los medios para el ejercicio de la libertad consentida. La subsidiaridad, en el segundo sentido, es entonces filosóficamente portadora de una idea complementaria a la de la descentralización, que es la de una solidaridad positiva, y que consiste en hacer posible la descentralización, sea cual sea el montante de los recursos propios disponibles;

— la subsidiaridad, en fin, pone el acento sobre el control del grado de descentralización. Es a este nivel, sin embargo, en el que su introducción en nuestro ordenamiento jurídico podría plantear los problemas más delicados.

(36) Chantal MILLON DELSOL, Ob. cit., p. 227.

(37) Institut Européen d'administration publique. *Subsidiarité: défi du changement*. Actes du colloque. Jacques DELORS, pp. 8-9.

C) *Subsidiaridad y control del grado de descentralización.*

No es, pues, casualidad que el principal problema para la introducción del principio de subsidiaridad a nivel comunitario haya sido el de su control. Sucedería lo mismo de introducirse en nuestro ordenamiento nacional. Puede preguntarse, en primer lugar, sobre la oportunidad de introducirlo, y se dispone a este respecto de dos precedentes.

El ponente de la comisión de leyes del Senado sobre el proyecto de ley relativo al desarrollo de las responsabilidades de las colectividades locales había decidido, en su informe, insistir «sobre la inclinación del principio de subsidiaridad que hacía que en caso de duda sobre una competencia se la conferiese a la autoridad más descentralizada», pero había renunciado a proponer su introducción en el texto. «Después de reflexionar, (la Comisión) juzga inútil incluir en el texto de la ley un artículo que introdujese este principio, artículo que no podría tener ningún valor normativo» (38).

El reproche que se ha hecho al principio por los juristas —franceses en particular— es su ausencia de precisión. Un jurista alemán, Klaus GRETSCHMANN había llegado, por otra parte, a la misma conclusión en el coloquio, ya mencionado, celebrado en Maastrich el 21 y 22 de marzo de 1991, en el momento, precisamente, en el que se debatía el insertar el principio en el Tratado. «Aunque el concepto abstracto de la subsidiaridad pueda tener una consonancia clara, su aplicación práctica en las instancias específicas no va sino a plantear una serie de problemas. Por lo pronto, los actores políticos no comparten la misma definición de la subsidiaridad y no están de acuerdo sobre los criterios a aplicar para que devenga operacional. Deberá encontrarse un consenso sobre estos criterios antes de poder aplicarse este principio en la práctica». Y concluyó señalando que «era inútil conferir al principio de subsidiaridad la cualidad de una cláusula general que tuviera consecuencias jurídicas» (39).

Aunque él no se aplica expresamente al mismo principio —si bien se puede considerar que el artículo 4, tercera línea, de esta convención, constituye una definición—, el parecer negativo emitido por el Consejo de Estado, el 5 de diciembre de 1991, a propósito del anteproyecto de ratificación de la Carta europea de la autonomía local y regional, aporta un esclarecimiento interesante: «El ha aparecido en el Consejo de Estado en el campo de la autonomía local, tal como es definida en el

artículo 3 de la Carta (40), nuestro país tiene una larga tradición, que se encuentra reforzada y precisada en el curso de los años recientes, en las condiciones que son objeto de un amplio consenso. Esta situación no justifica absolutamente, a priori, una suerte de apoyo a nuevas evoluciones por la vía de una Carta que, en el detalle de sus artículos, se adapta mal a la realidad de nuestras instituciones» (41).

Que la noción de la subsidiaridad sea imprecisa y no pueda por sí misma, sino entrañar muy difícilmente efectos jurídicos, lo revela la evidencia. A pesar de sus imperfecciones, el artículo 3.B del Tratado de Maastrich muestra, sin embargo, que es posible aportar una definición que no tendría que ser necesariamente trasladada al artículo 3 de la ley del 7 de enero de 1983. Después de todo, ¿no es verdad que el Consejo de Estado ha hecho una aplicación, y ha ampliado, la idea de subsidiaridad al decidir que la intervención local no era legítima en materia económica en tanto la iniciativa privada no fuera deficiente o ausente? ¿Es verdaderamente cierto que incluso el principio de «libre administración» u otras creaciones de la jurisprudencia constitucional, eran claros antes de ser progresivamente explicitados por la jurisprudencia?

La oportunidad de semejante inserción debe ser apreciada, nos parece, a la luz de una evolución del derecho, que pierde sus características de norma general, inmutable e impersonal y se adapta a la evolución de una sociedad compleja y a veces imprevisible. A la luz, también, de una evolución en la que —además, desde luego, de otros—, Francia también ha decididamente entrado, la de las normas que son resultan de muy ampliadas por creaciones jurisprudenciales o son influenciadas por ellas.

Nadie se atreverá, por otra parte, a rebatir que la protección juris-

(40) «Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva para las colectividades locales de ordenar y administrar, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en el provecho de sus poblaciones, una parte importante de asuntos públicos».

(41) Citado por Jean-Pierre WOERHLING, Presidente del Tribunal administrativo de Estrasburgo, en su ponencia en el grupo de trabajo sobre «el control y la puesta en funcionamiento de la Carta Europea de la autonomía local», 16 de septiembre de 1993, n.º CPL/LOC/CHART (28) 8, p. 2. El autor ve en ella los restos de la «señal de desconfianza a la consideración de la influencia europea sobre las instancias nacionales» que justificaría la «excepción francesa».

En su artículo precitado, al lado de otras objeciones que nos parecen podrían ser discutidas, Gérard MARCOU va más lejos y estima que «la introducción de la subsidiaridad en el orden jurídico francés, la significación de un título o un derecho general que debería ser reconocido a las colectividades locales para el ejercicio de todas las competencias de alcance local (lo que nos parece una interpretación demasiado rápida del principio) ... serían sin duda inconstitucionales», Ob. cit., p. 92.

(38) Rapport n.º 307 (1978-79), precitado.

(39) *Subsidiarité: défi du changement*, pp. 64 y ss.

prudencial de la descentralización es hoy en día todavía muy tímida. Es preciso ver en él, sin duda (42), las consecuencias a la vez que un apego al carácter unitario del Estado como una concepción de la igualdad sin duda más exigente que aquella que se aplica a los estatutos de las colectividades públicas, pero sin duda también, fundamentalmente, una subestimación de los cambios introducidos por la reforma de 1982, que han hecho trasladar potencialmente las cuestiones de descentralización de la esfera administrativa a la esfera constitucional.

Un segundo orden de consideraciones nos parece, de otra parte, militar por la toma en consideración de este tipo de principio. Es la evolución misma de los métodos de los tribunales constitucionales que están dirigidos a controlar las leyes votadas por el Parlamento. El criterio de proporcionalidad, por citar solamente éste, es un medio a menudo frecuente de apreciación mientras que la Corte Constitucional alemana llega hasta exigir del legislador que haga «una evaluación prospectiva de los esfuerzos que pueden ser originados por la norma que elabora», evaluación que ella se reserva el derecho de controlar (43).

La tercera razón proviene de la naturaleza propia de la descentralización que ha contribuido a convertir anacrónico «el racionalismo de los grandes edificios institucionales» y recordar que, en una sociedad moderna, «la cosa pública... se administra por la complejidad, por una dosis razonable de ambigüedad y de redundancia, condiciones indispensables de la participación y de la flexibilidad» (44).

Más que el principio de subsidiaridad en sí mismo, es la búsqueda de una normativa y de un control adaptado sobre lo que se debe prestar en adelante la atención si se desea que la descentralización, a la vez frente al Estado y, sobre todo, de las relaciones de los diferentes niveles entre ellos, se pueda adaptar a las evoluciones sociales y devenir sinónimo de mayor libertad para el ciudadano. Nosotros no estamos a este respecto, nos parece, sino al comienzo de una reflexión que la evolución sobre las instituciones y los conceptos jurídicos, fuerte y necesariamente influenciadas por la evolución de Europa y la confrontación de los sistemas, deviene más indispensable cada día.

(42) Por ejemplo, en materia de control de la transferencia de cargos no compensados del Estado hacia las colectividades locales. El es suficiente para definir «con precisión, en cuanto a su objeto y a su propensión, estas nuevas obligaciones financieras» para que ellas sean declaradas conformes a la Constitución.

(43) Charles-Albert MORAND, *L'obligation d'évaluer les effets des lois. Evaluation législative et lois expérimentales*. Presses Universitaires de Aix-Marseille, 1993, p. 97.

(44) J. Cl. THOENING, *La décentralisation dix ans après*, Ob. cit., p. 100.