

GARANTIA INSTITUCIONAL Y/O FUNCION CONSTITUCIONAL EN LAS BASES DEL REGIMEN LOCAL

JOSE ESTEVE PARDO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ALGUNAS IDEAS A RETENER SOBRE EL ORIGEN Y FUNCIONALIDAD DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES.—III. PECULIARIDADES Y CONTRADICCIONES EN LA RECEPCIÓN DE LA CATEGORÍA Y SU AFIRMACIÓN EN TORNO A LA AUTONOMÍA LOCAL.—IV. LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL (LRBRL) Y SU COEXISTENCIA CON LA GARANTÍA INSTITUCIONAL EN LA BASE MISMA DEL RÉGIMEN LOCAL. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—V. UN MOMENTO PROPICIO PARA LA DEPURACIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22-XII-1989.—VI. UNA BREVE REFERENCIA A LA IDEA DE FUNCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU OPERATIVIDAD EN EL CASO DE LA LRBRL.

I. PLANTEAMIENTO

Muy poco después de conocerse la primera doctrina del TC en materia de régimen local (1) se produce una importante aportación que va a enriquecer la lectura de las determinaciones del texto constitucional sobre la posición de los entes locales. Se trata de la obra del profesor Luciano Parejo *Garantía institucional y autonomías locales* (2), en la que, de forma sintética, pero precisa y rigurosa, se da cuenta de la construcción dogmática en el constitucionalismo alemán de la categoría jurídica de las garantías institucionales.

(1) STC de 2 de febrero de 1981.

(2) Ed. IEAL, Madrid, 1981. Con anterioridad, la categoría de las garantías institucionales en el constitucionalismo germánico —y la posible presencia de alguna de ellas en nuestro texto constitucional— había sido ya objeto de un certero apunte por parte de F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, t. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, en espec. pp. 63 y ss.

Se destaca cómo una garantía de esta índole es la que se reconoce hoy sin discusión en el art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn, y, ante la similitud de las determinaciones de nuestro propio texto constitucional, propone una lectura de las mismas en las que se considere la presencia en ellas de una garantía institucional de la autonomía local (3).

El caso es que, en seguida, la garantía institucional de la autonomía local deja de ser una aportación presentada y valorada sólo en foros doctrinales para ser reconocida por el TC como una realidad presente en la Constitución, desplegando precisamente buena parte de las consecuencias que de tal figura se extraen para resolver un recurso de singular enjundia mediante su sentencia de 28 de julio de 1981. Llegados aquí, tal vez resulte pertinente el desarrollar alguna consideración sobre esta categoría y su incorporación a nuestro orden constitucional, prestando especial atención al entorno y momento en que se gesta y a aquel otro —el nuestro— en el que se injerta.

II. ALGUNAS IDEAS A RETENER SOBRE EL ORIGEN Y FUNCIONALIDAD DE LAS GARANTIAS INSTITUCIONALES

Si a Carl Schmitt se le reconoce legítimamente la formulación de la teoría de las garantías institucionales, no es menos cierto que con él se culmina un proceso —que cristaliza en categorías técnicamente perfiladas y jurídicamente operativas, y éste es el mérito de Schmitt— cuya forja había sido el proceso conformador y unificador del Estado alemán, que alcanza en la Constitución de Weimar su cabal expresión (4). Al reconocerse el monopolio normativo del Estado, la apoyatura de la República en la unión del pueblo alemán —no en la unión de Estados, como ocurría en el caso de la Constitución del II Reich, de 1871—, al dejar el Parlamento abierto a un proceso democrático, se teme que una serie de instituciones que se habían mostrado especialmente vigorosas —algunas gestadas en la realidad social, claramente diferenciada del Estado en el siglo XIX—, pudieran verse disueltas o bruscamente alteradas

(3) Sobre esta cuestión, R. MARTÍN MATEO, «La garantía constitucional de las autonomías locales», en *REVL*, núm. 208, pp. 609 y ss.; A. EMBID IRUJO, «Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal», en *REDA*, núm. 30, pp. 441 y ss.

(4) E. R. HUBER, al referirse a la formulación de la teoría de las garantías institucionales en la época de Weimar, destaca como antecedentes materiales de esta idea —sin perfilar técnicamente— son visibles en otros momentos constituyentes, refiriéndose en particular a la Constitución prusiana de 1850 (*Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. VI, Stuttgart, 1981, p. 119).

por un legislador que se había visto extraordinariamente reforzado (5). La garantía institucional se concibe, pues, como un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero éste carece de una facultad de disposición total e inmediata (6).

Dos aspectos de interés conviene retener de lo apuntado.

En primer lugar, que las garantías institucionales protegen instituciones que se presentan en el momento constituyente ya conformadas y bien definidas en sus rasgos característicos. La Constitución se limita a nombrar esas instituciones operándose una suerte de remisión a los rasgos que en ellas ha imprimido un tratamiento estable y constante, susceptible por ello de dejar una huella clara que no sería posible si se hubiera ofrecido un tratamiento discontinuo, inestable y alterno. No es necesaria, por tanto, una regulación definidora de la institución, pues ya «presupone la garantía un concepto de la institución generalizado en la conciencia colectiva y, en particular, de la comunidad jurídica» (7); de no ser así y estar necesitada, por tanto, la institución de una regulación caracterizadora, quedaría en evidencia que la institución no tiene la mínima consistencia o que no existe, o —lo que parece más razonable— que, existiendo la institución, no haya calado ésta en la conciencia colectiva con unos rasgos comúnmente aceptados y, por tanto, no sea posible —por falta de «materia prima»— articular en torno a ella una garantía institucional.

Ello no quiere decir, ni mucho menos, que la institución esté cerrada a un tratamiento normativo postconstitucional: éste será perfectamente posible —y será, por lo demás, la situación ordinaria— siempre que no introduzca soluciones de continuidad o alteraciones bruscas de sus rasgos que desfiguren la imagen de la institución. La Constitución se remite continuamente a la institución, que irá, desde luego, evolucionando y cambiando incluso de apariencia, de la misma manera que, fija la vista en el sol, siendo siempre el mismo, va mutando en sus tonos a lo largo del día (8). En cualquier caso, la

(5) Ese reforzamiento se veía auspiciado por las concepciones que afirmaban decididamente el monopolio normativo del Estado, entre las que destaca la desarrollada por G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlín, 1920. Por lo demás, en esta obra se concibe ya la autoadministración local como una opción descentralizadora del Estado (p. 633). Similar orientación puede advertirse en OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, 3.^a ed. (reimpresión), Berlín, 1969 pp. 352 y ss.

(6) CARL SCHMITT, «Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren, 1924-1945*, Berlín, 1958.

(7) *Derecho básico de la Administración local*, Barcelona, 1988, pp. 105-106.

(8) El ejemplo «metafórico» incurre en algún exceso y una cierta tosquedad. Aún más mutable y tornadiza, hasta ser varias, es la luna; pero ésa ya es patrimonio del

normativa que incide sobre la institución no habría de admitir la presencia de normas con pretensiones de definir o redefinir la institución en sus rasgos básicos (9).

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que se acaba de exponer, la institución garantizada ha demostrado sobradamente su vigor y por ello ha dejado bien visibles sus rasgos en la conciencia colectiva. La Constitución no pretende en modo alguno revitalizarla, reordenarla, ni infundir en ella un nuevo espíritu animador. Lo único que se pretende es su conservación —no rígida, como nos consta, sino abierta a una evolución no rupturista—; por ello, si al hacer referencia el texto constitucional a una institución se viese en ello una suerte de reto para relanzarla, sacándola de una situación de crisis o minoría de edad, habría que cuestionarse si en verdad nos hallamos ante una garantía institucional, no tanto por falta de institución, sino, sencillamente, por no advertirse la afirmación ni la pretensión de su garantía tal como llega al momento constituyente.

En el caso de la autoadministración en el ámbito local —*kommunale Selbstverwaltung*—, se dan inequívocamente, como en otras instituciones a las que se refiere C. Schmitt, las notas expuestas anteriormente. Se trata de una realidad perfectamente conformada —un operador jurídico de la órbita germánica sabe a qué se remite la Constitución o, al menos, hacia dónde se orienta esa remisión—, que se gesta en el seno de la —frente al Estado— diferenciada realidad social (10) y que había tenido una significación incuestionable, hasta el punto de ser entonces y ahora un elemento estructural del orden que los textos constitucionales consagran. Por eso se presenta como institución garantizada ante posibles abusos de un legislador arbitrario, o cuando

poeta. Uno de ellos, Miguel Hernández: «¡Lunas! Como gobiernas, como bronces, / siempre en mudanzas, siempre dando vueltas» (M. HERNÁNDEZ, *Perito en lunas*).

(9) Una operación de ese tipo sería fácilmente detectable y cabría entonces cuestionar abiertamente la constitucionalidad de la ley que la emprende. El peligro es la erosión desfiguradora que puede sufrir una institución por la incidencia en ella de una pluralidad de leyes, ninguna de las cuales —aisladamente considerada— atenta abiertamente contra la institución.

(10) Las referencias a los municipios y a la autoadministración local se recogen, significativamente, en la Declaración de Derechos del Pueblo Alemán (27-XII-1848) y no en el otro texto fundamental que salió de Francfort: la Constitución —entendida como diseño organizativo e institucional del Estado—, *Verfassung des Deutschen Reiches* de 27-III-1849. Esa diferenciación, tensión incluso, entre Estado y sociedad en la estructuración de la administración territorial llega a ser tan acusada, que alguna importante realidad justifica su existencia en la función de enlace, en la encrucijada de estos dos órdenes. Es el caso del *Kreis*. Sobre el particular, véase J. ESTEVE PARDO, «La reforma de Rudolf von Gneist y su definitiva impronta en la actual conformación del 'Kreis' o ente comarcal alemán», en *Revista Autonomías*, núm. 11, pp. 9 y ss.

menos, poco respetuoso con la trayectoria y el papel desempeñado con la institución. En el caso del momento constituyente de Weimar, que es el que se ofreció a la contemplación de C. Schmitt, se asiste a un intenso y decidido proceso integrador Estado-sociedad, y en ciertos aspectos a un reforzamiento de las instancias normativas centrales. En ese proceso se reconocía la integración definitiva en el Estado de ciertas instituciones gestadas en la periferia del mismo —es el caso claro de la autoadministración local, precisamente—, pero esa integración se veía compensada reconociendo un dispositivo protector si se configuraban como garantías institucionales las referencias a ellas contenidas en la Constitución (11).

III. PECULIARIDADES Y CONTRADICCIONES EN LA RECEPCION DE LA CATEGORIA Y SU AFIRMACION EN TORNO A LA AUTONOMIA LOCAL

La incorporación a nuestro sistema de la categoría de la garantía institucional, aplicándola al ámbito local, se produce en unas circunstancias y con unas características bien distintas de las expuestas.

En primer término, el TC asume inicialmente la noción de garantía institucional en este ámbito que nos ocupa, dándole una peculiar aplicación: la institución garantizada es la Provincia y no tanto la autonomía local. Así quedó de manifiesto en la STC de 28 de julio de 1981, por la que se declararon inconstitucionales los artículos de la Ley catalana que sustraían ciertas competencias de las Provincias. Aunque también se refiere posteriormente la garantía institucional a la autonomía local —que pasa a figurar como la institución medular—, la inicial afirmación en favor de la Provincia puede generar una cierta ambigüedad en torno a lo que es el objeto de la garantía (12).

En segundo lugar, el entorno político en el que se produce la recepción

(11) Se detecta, en efecto, en la época de Weimar, un decidido impulso integrador de la realidad social en el Estado. Ahí se sitúa, por ejemplo, la doctrina de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend, sobre todo en su obra *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlín, 1928. En esta tensión acaba por forjarse la teoría de las garantías institucionales. Sobre el particular, E. FORSTHFF, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat (Eine Untersuchung über die Bedeutung der institutionellen Garantie in den Artikeln 127 und 137 der Weimarer Verfassung)*, Tubinga, 1931. Afirma así este autor cómo las corporaciones de Derecho público son el resultado de la lucha entre Estado y sociedad civil (p. 22).

(12) En el caso del artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn no se ha planteado duda alguna en torno a la institución que en él se quiere ver garantizada y que no es otra que la *kommunale Selbstverwaltung* o autoadministración local. Los municipios y las agrupaciones de municipios son los titulares o portadores de aquélla.

queda especialmente de manifiesto en el conflicto que dio lugar a la citada sentencia, y que, a nuestros efectos, puede caracterizarse así: el sujeto «agresor» es el legislador autonómico, y la institución a preservar —la Provincia—, un elemento clave de articulación territorial de un Estado unitario, fuertemente centralizado en su última fase, los últimos cuarenta años. No se asiste, pues, como en la época que se contemplaba desde la Constitución de Weimar, a un proceso integrador, sino a otro de signo diferente —sin que pueda decirse que linealmente opuesto— de descentralización política y correlativa atribución de potestades legislativas a otras instancias (13). El posible «peligro» era, precisamente, el desmantelamiento brusco, en una súbita solución de continuidad, de las piezas principales del sistema tal como habían alcanzado el momento constituyente.

En tercer lugar, la existencia de una autonomía local como institución operativa mínimamente vigorosa con anterioridad a nuestra Constitución no parece que sea una apreciación unánime y tampoco un valor de mucho peso en nuestra cultura y mentalidad jurídica. Así, una significada opinión nos confirma que «estamos, en efecto, demasiado acostumbrados a la insuficiencia de nuestros entes locales frente al todopoderoso Estado; nuestros hábitos men-

(13) Y de recuperación por parte de ciertas colectividades de un protagonismo directivo sobre ciertas estructuras organizativas que se habían visto dominadas por el aparato burocrático de un Estado autoritario. Las afirmaciones de autonomía, local, universitaria, pueden verse desde esta perspectiva que marcó la correlación Estado-sociedad y en la que se forjó —en un proceso, conviene significarlo, de dirección en cierto modo opuesta y signo integrador— la categoría de las garantías institucionales. Otra realidad es la corriente institucionalista que, arrancando de las mismas bases doctrinales —que no son otras, como reconoce el propio Schmitt, que las ofrecidas por M. Hauriou, G. Renard y S. Romano—, tiene a partir de los años sesenta —superada, pues, la peculiar coyuntura de la época de Weimar y los planteamientos ideológicos que en ella afloraron (entre ellos una desconfianza hacia el legislador y sistema parlamentario, que en SCHMITT, por ejemplo, es explícita en lo relativo precisamente a la garantía de la autoadministración local: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien...*, cit., p. 149)— una gran influencia en la comprensión y elaboración de un sistema de derechos fundamentales más allá de su tradicional visión subjetiva, individualista (aquí son decisivas, entre otras, las conocidas aportaciones de HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 29 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3.ª ed., Heidelberg, 1983, y N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3.ª ed., Berlín, 1986. Entre nosotros se ha producido una cierta eclosión, y aun abuso en algún caso, de una doctrina de las garantías institucionales que recuerda en algún momento los planteamientos desarrollados en torno al momento constituyente de Weimar, y que, en otros casos, se solapa con una visión institucionalista, sobre todo en lo que a derechos fundamentales se refiere. La cuestión, obviamente, no puede tratarse aquí con la extensión que requiere.

tales, la forma que tenemos de ver las cosas —la cosa pública, en este caso—, están tan condicionados por la centralización uniformizadora, heredada del pasado remoto y reciente, que nos resulta casi imposible imaginar un sistema de organización territorial del poder político y de las estructuras administrativas en el que los entes locales dejen de ser simples apéndices del Estado» (14). El mismo término autonomía, aplicado a la esfera local, no tenía un significado unívoco, como se destacó en uno de los primeros acercamientos al tema (15), y así no era viable, desde luego, la remisión a una institución reconocible sin titubeos. Más que como una realidad a preservar, la autonomía local se presenta como un deseado objetivo que la Constitución marca; es así como afirma Leguina «que éste (el que los entes locales puedan ocupar algún día el lugar destacado que les corresponde en la gestión de los asuntos ciudadanos) es el reto y ésta la tarea para la que han sido emplazadas las entidades locales por “nuestra querida Constitución”, como es invocada la Carta Magna española en el sobresaliente Preámbulo de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local» (16).

Una cuarta observación surge precisamente de la lectura de este preámbulo. En él se explicita el objetivo que la LRBRL se traza de definir y caracterizar la institución de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Poca consistencia se le ha de suponer a la institución cuando no basta con su mera alusión en el texto constitucional y se hace necesaria una ley que fije sus rasgos básicos. Poco visible resulta aquí una garantía institucional —cuya principal funcionalidad es la de constituir un límite al legislador— cuando es una ley, precisamente, la que asume el cometido de caracterizar la institución. Escaso margen de evolución puede advertirse si las escasas referencias constitucionales no son las determinantes —que si se trata, en rigor, de una garantía institucional, bastaría con aludir la institución remitiéndose a la conciencia colectiva que sobre ella se tiene—, sino la muy desarrollada regulación que ofrece la LRBRL (17). Su citado preámbulo presenta, por lo demás,

(14) J. LEGUINA VILLA, «La autonomía de municipios y provincias en la nueva Ley Básica de Régimen Local», en *REALA*, núm. 227, p. 431, 2.

(15) A. EMBID IRUJO, «Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal», en *REDA*, núm. 30, pp. 437 y ss.

(16) «La autonomía de municipios y provincias...», op. cit., p. 432.

(17) Repárese, por ejemplo, en las materias en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LRBRL, los Municipios deberán ejercer competencias en cualquier caso; se trata de un desarrollado frente, cerrado ya a una evolución —que no tendría, ni mucho menos, que ser traumática—, conducente a situar una de tales materias fuera de la órbita municipal. Una evolución —siempre deseable porque es muestra evidente de la vitalidad de una institución— es, sin embargo, perfectamente

un marcado tono de ruptura con la situación anterior y manifiesta la intención de hacer de la LRBR un auténtico punto cero, asumiendo incluso la función definidora de esa autonomía local.

Lo cierto es que los pronunciamientos constitucionales relativos a la autonomía local son en realidad muy poco firmes en unos casos, y en algún otro se han querido ver —lo que no quiere decir que verdaderamente existan— otros flancos débiles que convenía reforzar.

Entre los puntos débiles que objetivamente la Constitución ofrece hay que señalar, por su ausencia, dos: la cobertura financiera y la puesta a disposición de los entes locales de mecanismos para defender efectivamente su autonomía frente al legislador, y ello se traduce necesariamente en el acceso directo al Tribunal Constitucional (18). La ausencia en nuestra Constitución de semejantes coberturas es una muestra más de la poca conciencia del alcance exacto y de la naturaleza de la afirmación de la autonomía local y de los mínimos mecanismos necesarios para hacerla efectiva.

El flanco más importante que se ha querido ver en el texto constitucional es, no obstante, el relativo a las competencias de los entes locales. La Constitución tan sólo prevé, según esta generalizada visión, competencias en favor del Estado y las Comunidades Autónomas. En los preceptos relativos a los entes locales no se contiene atribución competencial alguna en su favor. Así, para Parejo, «la garantía constitucional de la autonomía local no comprende directamente, según lo dicho, un preciso ámbito competencial, a diferencia

posible cuando sólo existen unas escasas determinaciones constitucionales que se limitan, prácticamente, a nombrar la institución como objeto de garantía, remitiéndose así a la imagen —mutable en el tiempo, ciertamente— que de ella se tiene en la comunidad jurídica. Ese es el núcleo de la institución que actúa como límite a la «configuración institucional concreta» que —según el TC (sentencia 28-VII-1981)— «se defiere al legislador ordinario», que no es una ley particular que define la institución, sino el conjunto de leyes que inciden sobre ella y le dan su peculiar perfil. En esta línea se sitúa la certera afirmación de MORELL OCAÑA de que «es la conciencia social (...) la que se erige en límite a la libertad del legislador ordinario en el diseño de las instituciones locales. Se impone, por ello, una indagación, aunque sea sumaria del sentido de las instituciones locales... (destacando) que la historia constituye el primero de los argumentos en favor de la reconocibilidad de las instituciones locales». De este empeño surge su espléndida obra *El régimen local español* (la cita, del t. I, Madrid, 1988, pp. 39-40).

(18) La Ley Fundamental de Bonn, que se ha tomado como punto de referencia en todo lo relativo a la garantía institucional, se pronuncia explícita y afirmativamente en ambos casos: aunque la institución garantizada es la autoadministración local, una elemental coherencia con ese reconocimiento reclamaba la afirmación de unas fuentes de ingresos constitucionalmente garantizadas —especialmente art. 106— y la posibilidad de impugnar leyes que atenten contra la institución (art. 93.4).

de lo que sucede con la de las Comunidades Autónomas por efecto de la simultánea regulación por la Constitución (con las insuficiencias y deficiencias que se quiera) de la distribución del poder entre las mismas y el poder nacional o central» (19).

Así las cosas, las consecuencias que cabría extraer directamente del reconocimiento constitucional de la autonomía se concretan en dos planos.

Por un lado, el relativo a las características organizativas, estructurales y operativas de los entes locales. Bajo este aspecto, la autonomía local se ofrece como un tipo de administración pública, cabalmente el que se expresa en la fórmula de autogobierno o autoadministración democrático (directo o representativo) bajo la propia responsabilidad (20).

Por otro, la afirmación constitucional de que el reconocimiento de la autonomía en favor de los entes locales lo es «para la gestión de sus propios intereses», ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañan» (21). Este derecho a participar viene de ese modo a recomponer, en el plano que pudiera considerarse sustantivo, la ausencia que se ha querido ver en las determinaciones constitucionales de un núcleo competencial mínimo de los entes locales.

Así es como en el texto constitucional, por tanto, de necesaria observancia por el legislador, no cabe advertir ni un núcleo competencial, ni una cobertura financiera que sustente materialmente la autonomía, ni un derecho reaccional que haga efectivo su reconocimiento frente a posibles agresiones de su enemigo natural, el legislador.

IV. LA LRRL Y SU COEXISTENCIA CON LA GARANTIA INSTITUCIONAL EN LA BASE MISMA DEL REGIMEN LOCAL. CONSIDERACIONES CRITICAS

Estas insuficiencias que en la Constitución se advertían son las que han podido explicar la elaboración de una ley tendente a superarlas, asumiendo la misión de fijar los rasgos esenciales de la autonomía local. Especialmente débil resultaba el flanco relativo a las competencias por una razón fundamental: no tenía mucho sentido que si el único elemento que puede directamente extraerse de la Constitución —la autoadministración democrática, di-

(19) L. PAREJO ALFONSO, *Derecho básico...*, op. cit., p. 135.

(20) *Ibidem*, p. 136.

(21) *Ibidem*, p. 139.

recta y representativa, con todas las potestades que a ella pudieran considerarse inherentes— no contaba con un mínimo ámbito material, asegurado por la Constitución, en el que desenvolverse.

Este de las competencias es precisamente el punto con el que directamente se encara la LRBRL en su artículo 2.1, al afirmar que «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos».

La solución de la cuestión competencial —que es lo que prioritariamente nos interesa— consiste en entender que lo que la Constitución consagra en este punto, al reconocer la autonomía local, es el derecho de los entes locales a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses. ¿Cómo se consigue ello? Imponiendo a las leyes sectoriales, que son las que atribuyen competencias, el mandato de otorgar a los entes locales las competencias precisas (22).

La solución adoptada por la LRBRL parece que está en la línea de la propuesta por Burmeister al replantearse críticamente la tradicional interpretación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn (23). Según este autor, el entendimiento de que en este precepto se reconoce un núcleo competencial en favor de los entes locales conduce a situaciones contradictorias para los entes locales, especialmente en los momentos actuales, en los que la complejidad de relaciones ha difuminado considerablemente los perfiles de lo característicamente local; así las cosas, cuando una materia no pudiera considerarse característica y, por ende, exclusivamente local, al reconocerse que en la misma están implicados intereses supralocales, ello determinaría la intervención de administraciones superiores y con ello la pérdida de la competencia. Es así que en la lectura de las determinaciones constitucionales, Burmeister recompone el derecho a la autoadministración de unos

(22) En ese sentido, véase L. ORTEGA, *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid, 1988, p. 56.

(23) Todo ello en su obra *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunale Selbstverwaltungsgarantie*, Munich, 1977.

asuntos característicamente locales por el derecho a intervenir en todos los asuntos que afecten a la comunidad local.

La tesis de Burmeister encontró eco en la citada monografía de Parejo (24), cuyo tramo medio argumental se apoya casi exclusivamente en ella, y de ahí penetra luego en la propia LRBRL, en cuyo citado preámbulo resulta bien perceptible el orden de cuestiones esbozadas y planteamientos para afrontarlas:

«En punto al aspecto, absolutamente crucial, de las competencias, la base de partida no puede ser otra que la de la radical obsolescencia, por razones ya dichas anteriormente, de la vinculación de la autonomía a un bloque de competencias por naturaleza sedicentemente locales.

En efecto, salvo algunas concepciones, son raras las materias que en su integridad pueden atribuirse al exclusivo interés de las corporaciones locales; lógicamente, también son raras aquellas en las que no existe interés predominantemente local en juego; de ahí que la cuestión de los ámbitos competenciales de los entes locales deba tener en cuenta una composición equilibrada de los siguientes factores: (...).

c) La imposibilidad material, en todo caso, de la definición cabal y suficiente de las competencias locales en todos y cada uno de los sectores de intervención potencial de la administración local, desde la legislación de régimen local.»

Semejantes planteamientos —que cristalizan, entre otros, en el artículo 2 de la LRBRL, ya tratado— hacen bien perceptible el modelo de referencia. Así se ha podido afirmar que «la descalificación apriorística de cualquier sistema de reparto preciso de las competencias en la legislación local y la defensa a ultranza de la tesis participativa —lo que implica la remisión a otras leyes sectoriales del Estado o de las Comunidades Autónomas, en las que se dirá cuál es el papel que en cada caso corresponde a los municipios— parecen orientadas a justificar la importación en este punto de las soluciones del Derecho alemán (Burmeister)» (25).

Ocurre, sin embargo, que, en la órbita doctrinal germánica, la tesis de Burmeister (26) —sin dejar de reconocer sus muchos aspectos sugestivos y

(24) «La garantía institucional y autonomías locales», op. cit.

(25) J. R. PARADA, *Derecho administrativo*, II, 3.ª ed., Madrid, 1989, p. 177.

(26) Órbita doctrinal que en ningún caso ha sido rebasada, pues las tesis de Burmeister no han tenido la menor incidencia en el Derecho alemán. Sólo en el Derecho español parecen haberse asumido sus planteamientos. Así es como afirma ORTEGA que

estimulantes— ha sido masiva y categóricamente rechazada. En esa crítica, la doctrina ha insistido casi con clamor en que un elemento esencial de la garantía institucional de la autoadministración local es el reconocimiento a partir únicamente de la mera afirmación de aquélla en la Constitución de un haz competencial en favor de sus titulares (27).

El caso es que se desarrolla así una inicial andadura de nuestro régimen local tomando como punto de partida lo dispuesto en la Constitución, en la que, al filo del proceso de penetración de elementos y concepciones de cuño germánico, se han podido producir algunas contradicciones.

Se quiere advertir en un primer término una garantía institucional de la autonomía local. Pero ante la falta de definición y textura de la institución a la que la Constitución se remite —lo que hace dudar de la operatividad y existencia misma de una garantía institucional—, la LRBRL se atribuye esa misión caracterizadora, lo que también parece contradictorio con la funcionalidad de la garantía institucional de preservación frente al legislador. Por lo demás, en esa interpretación y caracterización de la afirmación constitucional de la autonomía tendrá una influencia determinante la que era una propuesta alternativa, de vanguardia, rechazada a la postre en la órbita jurídica, en la que se formula y donde opera realmente la categoría de garantía institucional en el ámbito local (28).

«esta relectura (la que hace Burmeister del art. 28, II, de la GG) del ámbito de garantía institucional es decisiva para la interpretación de nuestro propio texto constitucional» (*El régimen constitucional...*, op. cit., p. 37), y lo cierto es que tal interpretación parece traslucir en algunos decisivos preceptos de la propia LRBRL.

(27) Así, RICHTER, «Verfassungstheoretische Neukonzeption der Selbstverwaltungsgarantie?», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, pp. 783 y ss.; M. ROMMEL, «Zur Lage der Kommunalverwaltung nach 30. Jahren Grundgesetz», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1979, pp. 382 y ss.; F. L. KNEMEYER, «Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Landkreise», en la obra homenaje a Von Unruh *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Heidelberg, 1983, pp. 209 y ss., en especial, 216 y ss.; BROHM, «Die Selbstverwaltung der Gemeinden in Verwaltungssystem der Bundesrepublik», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984; R. STÖBER, *Kommunalrecht*, Heidelberg, 1987. Tampoco se comparten las tesis centrales de Burmeister en las recensiones del libro en el que las presentó. Recensiones debidas a SCHULTE, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, pp. 825-827; ERBEL, en *Die Verwaltung*, 1978, pp. 409-505, y GRAWERT, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, pp. 258-259. El propio PAREJO parece haber variado su valoración sobre la obra de Burmeister, al no ofrecer ninguna referencia a ella en su excelente libro *Derecho básico de la Administración local*, en contraste con la entusiasta atención prestada a las tesis de este autor alemán en su monografía *Garantía institucional y autonomías locales*.

(28) Partiendo el TC en aquella sentencia de 28-VII-1981 de la afirmación de una garantía institucional en favor de la Provincia, venía consecuentemente a con-

Lo cierto es que el dualismo —hasta cierto punto contradictorio—, que marcan la garantía institucional de la autonomía local por un lado y la LRBRL por otro, no se planteó en un primer momento, cuando el TC, al hacerse receptor por vez primera de la noción de garantía institucional, insistió especialmente en el aspecto competencial. En una línea argumental lógica e impecable se pone de manifiesto la inutilidad del reconocimiento de una serie de potestades, de funciones objetivas, si no cuentan con un mínimo núcleo material garantizado (29).

Sin perjuicio de la utilidad que tuvo en la resolución del conflicto singular la aplicación de la idea de garantía institucional, su generalización en los términos apuntados por el TC en el sentido de que los entes locales encontrasen directamente en la Constitución una atribución competencial más o menos definida podría plantear problemas dignos de consideración.

Primeramente supondría depositar en verdad la confianza —y no hacer uso de ella como un simple arbitrio técnico— en la existencia de una garantía institucional de la autonomía local, creer realmente que sus rasgos están mínimamente definidos en la conciencia colectiva y, entre ellos, la existencia de un cúmulo competencial.

En segundo lugar, ese reconocimiento de un perímetro competencial debería ser especialmente firme para resistir la agresión y el acoso de las recién creadas Comunidades Autónomas investidas de un poder legislativo con el

cluir que tal institución perdía por completo su entidad si no se le asegurada un mínimo de competencias características; para su determinación parecían apuntarse criterios históricos (véase F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, 1987, p. 333).

(29) Este de la existencia de un mínimo competencial inherente al reconocimiento de la autoadministración local es uno de los puntos en torno a los cuales ha cerrado filas la doctrina alemana en la extendida réplica a la lectura alternativa de Burmeister. Núcleo competencial que se extrae, como ha hecho repetidamente el Tribunal Constitucional Federal, de la propia idea de autoadministración local a la que la Ley Fundamental de Bonn se remite como institución garantizada, sin necesidad, por tanto, de la presencia de un listado de competencias en el texto constitucional. De las Constituciones de los Estados, la única que ofrece una enumeración de materias como competencias municipales es la de Baviera en su artículo 83. Pues bien: jurisprudencia y doctrina son unánimes al conceder a ese listado carácter meramente orientativo. Así, NAWIASKY, *Die Verfassung des Freistaates Bayern (Kommentar)*, 2.ª ed., Munich, 1976; MEDER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, Stuttgart, Munich, Hannover, 1985, p. 212. La razón de ello está en que las competencias características de los municipios son las inherentes al reconocimiento de su autoadministración, competencias que podrán variar al filo de la evolución de esa institución. Sobre el tema, J. ESTEVE PARDO, *L'ordenació territorial en el marc d'un estat compost: l'experiència de Baviera*, Barcelona, 1989.

que podrían recabar ámbitos competenciales para sus Administraciones respectivas, deseosas de afirmarse frente a las ya existentes.

En tercer lugar, si se quisiera advertir en la propia Constitución un ámbito competencial, habría que afrontar necesariamente el espinoso tema de la diferenciación de competencias entre Municipio y Provincia, pues no existe diversidad formal de tratamiento constitucional entre ambos en lo que a posibles competencias se refiere (30).

¿Se veía factible que el régimen local en el nuevo modelo territorial del Estado pivotase sobre las escuetas determinaciones constitucionales y encontrasen en ellas satisfactoria respuesta las cuestiones más acuciantes, como las que acaban de exponerse? ¿Se advertía real y objetivamente en esas determinaciones una garantía institucional de la autonomía local? ¿Era la categoría misma de las garantías institucionales una realidad conocida y de operatividad probada en nuestra cultura jurídica? ¿Resultaba reconocible por el común de operadores jurídicos la institución de la autonomía local hasta el punto de que para el legislador resultara visible en ella un núcleo, comprensivo también de un haz competencial, sobre el que no podría disponer?

La falta de confianza en una respuesta positiva a esta y a otras cuestiones de similar orientación es la que, en definitiva, viene a explicar las pretensiones de la LRBRL de levantar el perfil de la autonomía local y ofrecer criterios con los que afrontar las cuestiones relativas a las competencias.

En cualquier caso, el centro de gravedad del régimen local debería trasladarse de la Constitución —que no ofrecía criterios definidos— a la LRBRL, en la que se pretende fijar la cifra de la autonomía local o, cuando menos, señalar el tipo de operación a realizar y los datos que deben combinarse para levantar el perfil de esa autonomía local. No resultaba en principio admisible un dualismo poco conciliable en el quicio mismo del régimen local: garantía

(30) Diversidad que sí se da, significativamente, en el art. 28, II, de la Ley Fundamental de Bonn. Se reconoce en él a los municipios el derecho a la autoadministración de sus propios asuntos, mientras que a las agrupaciones de municipios —el *Kreis*, sin duda, el más importante— se les reconoce tal derecho «en el marco de sus atribuciones legales». En la línea de cuestiones que aquí nos ocupan parece pertinente destacar la superación del tenor literal de las determinaciones para las agrupaciones de municipios en el sentido de que —como sostuviera primeramente Lerche— no cabe afirmar la desnuda existencia de la autoadministración local, con las potestades —de autoorganización, financiera, normativa, de personal, etc.— a ella inherentes, sin un mínimo círculo competencial garantizado donde desenvolverse, por lo que no dispondría, por tanto, el legislador de una absoluta facultad de atribución competencial (P. LERCHE, «Zur Verfassungsposition der Landkreise», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1969, p. 46, el planteamiento es asumido por K. STERN, «Die Verfassungsrechtliche Garantie des Kreises», en *Der Kreis*, t. I, Colonia-Berlín, 1972).

institucional en la Constitución y LRBRL definidora de la autonomía, institución garantizada. La aprobación de esta Ley, con semejante pretensión, evidenciaba ya definitivamente la inoperancia de aquélla.

V. UN MOMENTO PROPICIO PARA LA DEPURACION.
LA STC DE 22 DE DICIEMBRE DE 1989

La sentencia por la que el TC habría de resolver varios recursos acumulados de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LRBRL se presentaba como una ocasión propicia para aclarar el definitivo rumbo del régimen local, señalando en su caso la referencia segura a la que atenerse para no perderlo. El momento era especialmente propicio para desprenderse del lastre que suponía el mantenimiento de la idea de una garantía institucional que ni se veía confirmada en el propio texto constitucional (31) ni había demostrado su efectividad suministrando un núcleo mínimamente consistente de la autonomía local.

La STC de 22 de diciembre de 1989 mantiene, sin embargo, este dualismo singular entre Constitución y LRBRL, que parecen apoyarse y alimentarse recíprocamente.

Así, en el fundamento jurídico primero se confirma la existencia de una garantía institucional de la autonomía local. Se manifiesta en concreto que el «régimen local» es una materia con perfiles propios (...) por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local».

Sin embargo, el propio TC reconoce que de las determinaciones constitucionales no cabe extraer, «como en otros ordenamientos sucede, un derecho de carácter reaccional (...) frente a las normas con rango de ley» (FJ 1.º); tampoco —y éste es el punto que prioritariamente nos interesa— un haz competencial mínimo en favor de los entes locales, ni tan siquiera parece advertirse en la Constitución criterios para prefigurarlo.

Al no quedar fijados esos criterios de delimitación competencial en la Constitución, entiende el TC que «ningún reproche cabe formular» a la previsión del art. 2.1 de la LRBRL que los establece: «Se condensa en la misma el criterio de que corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deban reconocerse a las entidades locales» (FJ 3.º).

(31) En el que faltan, como nos consta, las más elementales consecuencias de ese reconocimiento como son el otorgamiento de medios eficaces de reacción contra las leyes que pudieran atentar contra la institución o una mínima cobertura financiera garantizada.

Todo parece fiarlo, pues, el TC a lo que disponga la LRBRL, invocando a tal efecto «la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local», y refiriéndose al artículo 2, destaca su «función garantista de las competencias mínimas de las autonomías locales» (FJ 3.º).

La esencia misma de la garantía institucional que se dice existe en la Constitución —la de operar como garantía de unos mínimos característicos del núcleo de la institución frente al legislador— se volatiliza pura y simplemente cuando esa función garantista se atribuye a una ley. De esta forma, el legislador —ante el que se ha levantado como límite la construcción técnica de las garantías institucionales— se convierte paradójicamente en garante de la garantía institucional de la autonomía local. Tamaña contradicción podría superarse reconociendo la falsedad de uno de sus términos y desandando lo que por exceso hubiera podido recorrerse en la senda de la garantía institucional de la autonomía local, sin dejar de reconocer la utilidad que este curso pudo tener en un momento dado.

La STC afirma, no obstante, la coexistencia de la garantía institucional y de la función garantista de la LRBRL. La cuestión abierta por esta segunda afirmación es precisamente la de la operatividad misma de la LRBRL para verificar esa función garantista, y si sus determinaciones pueden por ello considerarse definitivas. Cuestión que se plantea abiertamente desde instancias autonómicas, concretamente desde el Parlamento y la Generalidad de Cataluña, en torno a la constitucionalidad del artículo 2.2 de la LRBRL, según el cual «las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en la materia que regulen».

«Pues bien —afirma la Sentencia—, la norma impugnada, que es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, pero por ello es inconstitucional, ya que tiene en su fundamento las mismas razones que se dan en el párrafo primero de este artículo 2, resultando una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los entes locales que proclama el artículo 137 de la Constitución y de su garantía institucional» (FJ 3.º).

Nos encontramos así, no sin paradoja, con que la LRBRL, que asumía la función garantista de la garantía institucional, tampoco ofrece garantía definitiva en lo tocante a las competencias de los entes locales —particularmente en su correlación y delimitación con las competencias autonómicas—. Por lo

demás, el criterio delimitador de estos dos órdenes lo sitúa resueltamente el Tribunal al margen de la LRBRL.

El TC afirma que una ley básica estatal,

«si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local, habrá invadido competencias comunitarias y será, por ello, inconstitucional, correspondiendo, en último término, a este Tribunal Constitucional ponderar en cada caso si las competencias de ejecución atribuidas a los entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía» (FJ 4.º).

Se produce de este modo otra importante inflexión, cuando no un giro próximo a los trescientos sesenta grados: abandonada la Constitución por no encontrar en ella determinaciones sobre las competencias de los entes locales, cuestión esta cuya solución se fía a la LRBRL, se retorna ahora al texto constitucional para buscar en él la definitiva correlación competencial. Pero nótese que las competencias que «lee» el TC en la Constitución son las de las Comunidades Autónomas —presentadas en el complejo pero convencional sistema de listas y, a partir de ahí, en su concreción estatutaria y aun extraestatutaria— y no las de los entes locales. Las de las Comunidades Autónomas constituyen así un límite que no puede el legislador rebasar con una asignación de estas materias a los entes locales: la ley, dice el TC, «si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local, habrá invadido competencias comunitarias». La misma operación delimitadora podría en principio proseguirse en otra dirección tomando como referencia, y límite, el listado de materias que la Constitución reserva al Estado (32).

Se utiliza de este modo una suerte de criterio residual o negativo que conduce al resultado de que las competencias de los entes locales habrán de buscarse siempre en aquellos ámbitos no cubiertos por las expresas determinaciones competenciales en favor de las Comunidades Autónomas o del Estado (33).

(32) Este desarrollo no es abordado por la sentencia, centrada únicamente en problemas que derivan de la correlación competencial entre Comunidades Autónomas y entes locales.

(33) La referencia a las competencias comunitarias como límite de las locales puede ser, por lo demás, origen de continuos e intrincados conflictos: si nos asomamos a los listados de competencias «exclusivas» de los Estatutos, damos de lleno prácticamente con todas las materias en las que, según la LRBRL, han de ejercer competencias los municipios. La diferenciación y matización en torno a las calidades de competencias y la integración de intereses en fórmulas interadministrativas —en cuya importancia repara con acierto la LRBRL— parecen algunas vías por la que se podría avanzar con cierto provecho.

Pueden leerse así en el texto constitucional, o partir de él si se quiere —sobre todo en los Estatutos—, las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado, no así las de los entes locales, con relación a las cuales sólo es posible conocer los límites marcados por las estatales y autonómicas. Según hemos podido comprobar, para el TC la inconstitucionalidad de una ley básica podrá afirmarse no cuando rebase el ámbito competencial propio de los entes locales —que no puede precisarse a partir de la CE—, sino cuando invada competencias comunitarias —éstas, sí, determinables a partir de unas listas que la Constitución ofrece.

Y si las competencias de los entes locales no son legibles en el texto constitucional, ello no es tanto por la inexistencia de un listado material que las relacione —que no tiene que ser necesariamente la única referencia competencial (34)— como por la falta de un código que permita descifrar y dar lectura a las determinaciones de la Constitución. En el caso de que la pretendida garantía institucional de la autonomía local tuviese un mínimo calado, ese código formaría parte, sin duda, del patrimonio de una cultura jurídica y obraría en poder de sus operadores, entre ellos, y muy señaladamente, el propio TC, que no ha encontrado, por ejemplo, dificultad alguna en hacer una extensa y rica lectura de lo que es en cada caso el «contenido esencial» de los derechos fundamentales a partir de esos dos escuetos términos y sin necesidad de mayores explicitaciones en el texto constitucional (35).

El planteamiento que en la Sentencia se hace de lo que pudiera considerarse la correlación competencial aboca, por lo demás, a una situación en la que las Comunidades Autónomas pueden defenderse —haciendo valer sus listados de competencias— frente a los excesos de la ley básica estatal al asignar competencias a los entes locales; pero éstos quedan inermes frente a los defectos de esa ley básica cuando no les provee de competencias, pues sólo se reconoce la frontera marcada por las competencias comunitarias, a no ser que esa frontera lo sea también para las competencias locales, que terminarían donde empiezan las autonómicas, sin solución de continuidad alguna (36).

(34) Sobre la cuestión de si los títulos competenciales se agotan en las listas de competencias, véase C. VIVER I PR-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989, p. 91 y espec. pp. 103 y ss.

(35) Ello sin olvidar, por cierto, cómo la categoría de garantía institucional es hasta cierto punto tributaria, en su configuración técnica, de la dogmática en materia de derechos fundamentales y muy particularmente en la determinación de su respectivo contenido. Sobre el particular, J. M. BAÑO, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *REDC*, núm. 24, pp. 155 y ss.

(36) Esta no es una afirmación explícita del TC, pero cabría aproximarse a ella mediante una interpretación casi literal del aserto del TC, según el cual, si una ley «excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local, habrá

VI. UNA BREVE REFERENCIA A LA IDEA DE FUNCION CONSTITUCIONAL Y SU OPERATIVIDAD EN EL CASO DE LA LRBRL

En la STC que centra estas últimas líneas se alude, creo que por vez primera en la jurisprudencia de este Tribunal, a la función constitucional de la LRBRL:

«Puede afirmarse, por tanto —proclama el TC—, que el sistema arbitrado por el párrafo 1 del art. 2 de la LRBRL resulta plenamente adecuado a la Constitución. Se mantiene y conjunta, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competencias que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local.»

Con el recurso a la idea de función constitucional se pretende recomponer de alguna forma la que convencionalmente pudiera denominarse como estructura normativa básica del régimen local: al no ofrecer la que se dice garantía institucional de la autonomía local un sustento sólido y definido, se intenta instalar la norma llamada a definir y «garantizar» su contenido —la LRBRL— en ese halo todavía vaporoso del entorno constitucional más inmediato (37), donde se sitúan leyes que por su destacada relevancia constitucional se hallan en una peculiar posición de preeminencia —no de superioridad, pues no es el criterio de jerarquía el que se maneja— respecto a otras normas formalmente idénticas.

Además, en el caso de la LRBRL, la necesidad de alzarla a ese entorno

invadido competencias comunitarias». Parece desprenderse de ello un cierto automatismo —en el momento en que se exceda habrá inexorablemente invadido— que podría abonar esa insatisfactoria interpretación, insatisfactoria por cuanto conduciría a la indefinida y frustrante conclusión de que todo lo que no es comunitario, o estatal, es local, y porque, en definitiva, se estaría situando en un mismo plano y en una estricta correlación y contigüidad competencias estatales, autonómicas y locales cuando la calidad de estas últimas viene marcada por su carácter ejecutivo respecto a una legislación heterónoma, estatal o autonómica.

(37) Vaporosa por cuanto la que parece realidad más sólida que lo ocupa, el llamado bloque de constitucionalidad, no está ni mucho menos definido. Como ha podido afirmar F. RUBIO LLORENTE, «ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal "bloque" ni cuál el elemento o rasgo que lo constituye como tal» («El bloque de constitucionalidad», en *REDC*, p. 10).

constitucional se hacía más patente, pues sólo desde esa supraordenada posición en el sistema de relación entre leyes podría resultar vinculante y tener efectividad el mandato que en su artículo 2.1 se impone al legislador estatal y al autonómico para que atribuyan a los entes locales las competencias que proceda. No en vano es este artículo 2.1 de la Ley el que, en último término, mueve al TC a proclamar la función constitucional de la LRBRL.

Ese difuso entorno constitucional es el que ha venido a ocupar el llamado bloque de constitucionalidad, expresión que, por lo demás, no remite siempre a la misma realidad en la doctrina del TC (38).

Pues bien: en el caso que nos ocupa, la posición de la LRBRL se pretende alzar y singularizar, no por su pertenencia al concepto —impreciso, ciertamente, pero constante— de bloque de constitucionalidad, sino en virtud de la función constitucional que le cumple, expresión esta mucho más reciente en la jurisprudencia del TC, aunque se oriente también en la misma línea del bloque de constitucionalidad. Función constitucional predicada ya por Parejo (39) de la LRBRL, remitiéndose a las precisiones que sobre esta función realizara R. Gómez-Ferrer (40).

No es éste, desde luego, el momento para adentrarse en el desarrollo y caracterización dogmática del concepto de función constitucional. Más asequible y pertinente resulta, en cambio, presentar algunas consideraciones sobre la operatividad que con relación a la LRBRL pudiera tener la idea de función constitucional.

Lo primero a significar es la falta de definición, consistencia y madurez del concepto de función constitucional (41). En cualquier caso, en las carac-

(38) Esta es la opinión de RUBIO LLORENTE, que, en un apreciable avance en la búsqueda de la nota esencial caracterizadora del «famoso bloque», la sitúa no en la naturaleza o estructura de la norma —como se advierte en alguna sentencia del TC—, sino en la función que cumple. En concreto, y según este autor, el TC ha entendido que una norma forma parte de tal bloque si cumple una de estas dos funciones: la delimitación competencial entre Estado y CC. AA. (función intrínseca a la norma) o la función que desempeña con relación a otras normas que, de infringirla, incurrirían en inconstitucionalidad (función extrínseca y accidental) («El bloque...», op. cit., p. 11).

(39) *Derecho básico...*, op. cit., p. 132.

(40) En su estudio «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, núm. 113, pp. 7 y ss.

(41) Sobre el tratamiento que de la función constitucional ofrece Gómez-Ferrer en el estudio citado en la nota anterior, la opinión de RUBIO LLORENTE es que «se trata, como más adelante se dirá, de una intuición certera, pero no desarrollada» («El bloque...», op. cit., p. 11); el caso es que, «más adelante», en este trabajo de Rubio Llorente no se hace referencia alguna a esa «intuición» de Gómez Ferrer, con lo que la llamada función constitucional no acaba de recibir un tratamiento mínimamente deci-

terizaciones existentes se afirma, como hace Gómez-Ferrer, que «la idea de la función que cumple cada ley en el sistema jurídico [lo es] de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras», aportando algún ejemplo —como el ofrecido por el artículo 149.1.29 CE— en el que se advierte, como «afirma expresamente la Constitución», la situación de superioridad de una norma con relación a otras formalmente idénticas; en este supuesto, una ley orgánica que se interpone entre la Constitución y los Estatutos (42).

Pues bien: ninguna determinación constitucional encomienda expresamente a ley alguna la función de establecer el contenido y la garantía de la autonomía local. Es ésta una función que —siendo innecesaria, recordemos, si realmente ante una garantía institucional nos hallásemos— parece auto-atribuirse la propia LRBRL, necesitada de una posición de supremacía en el conjunto del ordenamiento para que sus soluciones sean en verdad efectivas. Sobre este punto tal vez convenga insistir: es la peculiar concepción de la LRBRL en torno a la autonomía local la que, al concretarse en un mandato al legislador estatal y autonómico para que atribuyan a los entes locales las competencias que proceda, reclama una posición de preeminencia sobre éstos para su efectividad (13). La concepción bien pudiera haber sido otra que no requiriese realzar la ley a ese plano supraordenado, y, por supuesto, tal concepción —con la arquitectura de apoyo que lleva aparejada— no viene impuesta por la Constitución.

Lo cierto es que, a pesar de estas reservas, la operatividad que se preten-

dido. De interés son, sin embargo, las consideraciones apuntadas en la nota 38, en las que Rubio Llorente asimila de alguna forma las ideas de función constitucional y bloque de constitucionalidad.

(42) R. GÓMEZ FERRER, «Relaciones entre leyes...», op. cit., pp. 42-43.

(43) Distinta es la situación que ocupa la LRBRL como ley básica en el concreto marco de la correlación competencial de contenido normativo entre Estado y CC. AA. que fija el art. 149.1.18 de la CE. Desde esa posición cabría concretar —al definirse las bases del Estado en la materia— los límites infranqueables para las CC. AA. en el desarrollo del régimen de los entes locales; más cuestionable es la imposición de un mandato al legislador autonómico y aún más insostenible resulta ese mandato al legislador estatal, que en modo alguno puede verse vinculado por unas bases que no operan frente a él. De ahí que la pretendida posición supraordenada de la LRBRL trate de apuntalarse, «en virtud del efecto combinado de los principios de función constitucional (...) y de competencia», como hace PAREJO en su excelente *Derecho básico...*, op. cit., p. 132. Podría tal vez resultar de interés, no obstante, el plantearse la oportunidad de fórmulas combinadas, con el consiguiente riesgo de hibridación, en las que operan elementos y términos faltos de una mínima consolidación —como es en este caso el de función constitucional—, concebidas *ad hoc* para el apuntalamiento de una norma y no como categoría con una operatividad más amplia.

de dar a la función constitucional que de la LRBRL se predica es muy destacada. Otras —las otras— normas de las que se dice cumplen una función constitucional o forman parte del bloque de constitucionalidad contraen su operatividad a un determinado sector material (44), y, en cualquier caso —esto es lo más característico—, estas normas son el último término de una remisión y dan o deben dar una respuesta definitiva en torno a la cual se han de articular otras normas, y ahí está, en definitiva, su función (45). En cambio, la operatividad de la fórmula de la LRBRL se pretende que se desarrolle en todos los sectores materiales, y ella misma —la LRBRL— no ofrece una respuesta definitiva en lo que a las competencias se refiere: es, según el TC, «una norma incompleta o de remisión», lo que tampoco es en rigor exacto, pues no es una remisión en blanco a lo que disponga el legislador sectorial, sino un mandato para que éste desarrolle una actuación positiva: la atribución a los entes locales de las competencias que proceda (46).

(44) Un precepto casi emblemático en la discusión y formulaciones en torno al bloque de constitucionalidad es el artículo 28.1 de la LOTC (a él se refieren, por ejemplo, Rubio Llorente y Gómez Ferrer, advirtiendo este último la consagración de la idea de función, *op. cit.*, p. 23). En virtud de este artículo, las leyes que pudieran ser llamadas a integrar ese bloque serían las que «se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas».

(45) Gómez Ferrer suministra el ejemplo de la Ley Orgánica a la que la CE se remite en el artículo 149.1.29, y que ha de fijar la forma en la que pueden crearse policías por las Comunidades Autónomas. Otro ejemplo es el Estatuto de la Radio y la Televisión, al que se remite el art. 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña para la delimitación de sus competencias. Se trata en cualquier caso de normas —la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o el Estatuto de Radio y Televisión— que son el último término de una remisión expresa y que cumplen definitivamente la función delimitadora de competencias que se les encomienda.

(46) De este modo, la que se dice función constitucional de delimitación de competencias que a leyes muy señaladas y previamente identificadas les cumple —véanse notas anteriores— se atribuiría en este caso a la práctica totalidad de las leyes sectoriales —del Estado y de las CC. AA.— si lo que se pretende de ellas es que fijen las competencias de los entes locales y, por ende, su correlación con las estatales y autonómicas. Al no advertirse una determinación constitucional de las competencias locales —o unos criterios constitucionales que las prefiguren— se llega a la peculiar situación de que son las leyes ordinarias sectoriales las que, caso por caso, establecerán los niveles de competencias locales por mandato expreso derivado de la caracterización que de la autonomía local se hace en la LRBRL. El caso es bien distinto de la correlación competencial entre Estado y CC. AA., que viene dibujada en la Constitución, sin perjuicio de que esa correlación acabe en algún caso concreto de perfilarse por una ley a la que la Constitución —o el Estatuto que asume las competencias en ella ofrecidas— se remite de forma expresa y definitiva. Ley esta de la que por ello se predica que forma parte del bloque de constitucionalidad o cumple —según la acepción— una función constitucional.

La apelación a la función constitucional pone en evidencia, en fin, la falta de entidad de la garantía institucional de la autonomía local y la contradicción de la que, paradójicamente, se alimentan ambas ideas en la base misma del régimen local, pues una ley que —al definir y concretar la autonomía local— está poniendo tan abiertamente en entredicho la existencia de una garantía institucional, pretende luego ocupar una posición de preeminencia en el sistema de fuentes al asumir la función de definir esa garantía institucional que implícitamente niega.

JURISPRUDENCIA

Estudios y Comentarios