

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ENTIDADES  
LOCALES. SISTEMA DE FUENTES Y AUTONOMÍA  
COMO FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS  
DEL DERECHO LOCAL \*

*Javier García Fernández*  
*Catedrático de Derecho constitucional*  
*Universidad de Alicante*

SUMARIO

- 1. El Derecho constitucional y las Entidades Locales.*
- 2. Las Entidades Locales en los textos constitucionales.*
- 3. El sistema de fuentes de las Entidades Locales.*
- 4. El contenido realmente constitucional de la autonomía local, especialmente municipal.*
- 5. El núcleo de la regulación constitucional de las Entidades Locales.*

\* El presente trabajo se complementa con otro anterior, “La elección directa de los Alcaldes: contexto político y problemática jurídica”, que publiqué en el núm. 52 (2001) de la *Revista de Derecho Político* y ambos tienen como finalidad depurar y esclarecer los principios constitucionales del Derecho local a fin de poder fijar los contenidos locales (o al menos, municipales) de un programa-tipo de Derecho constitucional. Ambos artículos se complementan, a su vez, con un tercero, en curso de elaboración, sobre la organización política de los Ayuntamientos, de las Diputaciones Provinciales y de los órganos insulares.

## *1. El derecho constitucional y las entidades locales*

La delimitación de los contenidos materiales que configuran las áreas de conocimiento del Derecho constitucional plantea problemas metodológicos importantes. Hace poco tiempo Antonio Ruggeri suscitó el problema de cómo las elaboraciones doctrinales acaban centrándose en lo que él denomina un “círculo cultural” en el que acaba penetrando también la jurisprudencia que aprehende aquellas partes doctrinales que considera más útiles para su propia elaboración pero que, con frecuencia, acaba realizando elaboraciones menos formalistas, más realistas, que la doctrina<sup>1</sup>. El manejo de la mejor compilación legislativa sobre régimen local que hay disponible en la actualidad<sup>2</sup>, anotada con una buena selección jurisprudencial, me ha llevado con frecuencia a recordar el citado trabajo de Ruggeri porque la comparación entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>3</sup> y la elaboración doctrinal y la jurisprudencia constitucional siempre me ha dejado la sensación de que los principios constitucionales de la Administración local han sido frecuentemente abordados desde posiciones poco prácticas. El caso más notable es el de la garantía institucional que, a partir de una elaboración brillante pero excesivamente apegada a un ordenamiento extranjero, ha discurrido por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional sin que casi nadie se atreviera a señalar sus insuficiencias máxime cuando viene a conectar con la función que, respecto a la autonomía local, desempeña la ley. No es de extrañar que esa noción de garantía institucional haya dado lugar, por parte de su difusor en España, a una concepción total y cerradamente radical de las Entidades locales como entes administrativos ajenos a lo político.

Esta cierta disociación entre el hiperdogmatismo de las construcciones teóricas y del Tribunal Constitucional y el realismo de las construcciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo puede en parte deberse, según creo, a la dificultad de muchos constitucionalistas para entender los fenómenos jurídicos que

1. Antonio Ruggeri: “Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema”, *Diritto e Società*, núm. 1, 2000, págs. 141-184.

2. Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes López: *Código de la Administración Local*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido recogida y bien comentada por Rafael Fernández Montalvo en los sucesivos números del *Anuario del Gobierno Local*. En este anuario ha habido, aunque no en todos los números, una buena síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el régimen local, síntesis que han elaborado José Manuel Alegre Ávila y Germán Valencia Martín. Por último, hay un tratamiento monográfico sobre las principales orientaciones jurisprudenciales en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial*, Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid, 1998, pág. 21.

rebasan el constitucionalismo clásico. Para muchos constitucionalistas los Entes locales son entidades administrativas inquietantes (por su carácter electivo) y ello conduce a situaciones de difícil respuesta como hemos visto hace algunos años cuando esta incomprensión condujo a configurar el recurso en defensa de la autonomía local con piezas sueltas de los distintos procedimientos que se aplican en el Tribunal Constitucional, dando como resultado un procedimiento poco práctico y dogmáticamente confuso (¿no es confusión obligar a entes autónomos a acudir previamente a órganos consultivos gubernamentales?).

Además, esa confusión sobre la verdadera dimensión constitucional de las Entidades locales se produce en un momento en que el Derecho local tiene en España un auge notable. Varios manuales recientes y otros varios de la década de los ochenta han venido a conformar un rico acervo jurídico que asegura una gestión sólida y rigurosa a los miles de Municipios, a las decenas de Provincias y a la docena de Islas que constituyen las Entidades Locales españolas. La rama local del Derecho administrativo es hoy una de las más trabajadas y más coherentes de nuestro Derecho administrativo<sup>4</sup>. Pero el Derecho local no se agota en el Derecho administrativo. Sin entrar en innecesarias y estériles confrontaciones por áreas del conocimiento jurídico, y partiendo de la base de que el Derecho local es ante todo, desde un punto de vista cuantitativo, Derecho administrativo, no se pueden olvidar sin embargo los fundamentos constitucionales que posee<sup>5</sup>. Estos fundamentos, si aceptamos el valor normativo de la Constitución, no son exclusivos del Derecho local: toda rama del ordenamiento, desde el Derecho financiero hasta el Derecho civil, funda algunos de sus principios básicos en el texto constitucional pero, aunque algunos lo intentan sin mucho fruto, no tendría mucho sentido hablar de un Derecho constitucional del trabajo o de un Derecho constitucional mercantil. No parece riguroso considerar, en efecto, que el derecho de huelga, el derecho a la autonomía universitaria o el derecho a contraer matrimonio constituyen el contenido central del Derecho constitucional porque tal concepción expansiva es confusa y además identifica indebidamente el contenido de la jurisprudencia constitucional con el Derecho constitucional propia-

4. Por citar solamente los manuales y tratados más sólidos y útiles, véanse: Luis Morell Ocaña: *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988; Santiago Muñoz Machado (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, 2 tomos; Luciano Parejo: *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona, 1988; Francisco Sosa Wagner: *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Pamplona, 1999, 4ª ed.; José Luis Rivero Ysern: *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1999, 4ª ed.

5. Véase, por todos, la tercera parte ("La constitutionnalisation du droit administratif") del libro de Christian Starck *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1994, págs. 123-170.

mente dicho. El constitucionalista puede y debe señalar el basamento constitucional de los Colegios profesionales, de la ordenación del transporte o de las relaciones internacionales pero no debe caer en el expansionismo que supone elaborar un Derecho macroconstitucional que ha de aportar elaboraciones dogmáticas a cualquier rama del Derecho<sup>6</sup>.

Muy distinto es el tema del Derecho local. Sin olvidar que en su mayor parte es, como acabamos de señalar, un elemento muy consolidado del Derecho administrativo<sup>7</sup>, el contenido básico del Derecho constitucional tal como se entiende usualmente en España (básicamente fuentes del Derecho, órganos del Estado y sus relaciones jurídicas, régimen de derechos y libertades y sus garantías, participación política, Derecho autonómico) ha de englobar necesariamente referencias municipales y provinciales sin necesidad de penetrar para ello en el Derecho administrativo. Por poner ejemplos evidentes, un manual de Derecho constitucional que se precie no puede olvidar, en la parte dedicada a las fuentes del Derecho y dentro de las fuentes de rango reglamentario, las Ordenanzas, los Reglamentos y los Bandos municipales. Ese mismo manual no puede (o al menos no debe) tratar los órganos constitucionales y demás órganos del Estado sin referirse a la organización territorial básica del Estado (Municipio, Provincia e Isla), ni olvidar el sistema electoral local ni los procedimientos jurídicos que aseguran la gobernabilidad y la responsabilidad (especialmente, la moción de censura) de estas Entidades. Por seguir con algunos sencillos ejemplos, el Derecho autonómico se quedaría mutilado si no se hiciera alusión a las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas con relación a las Entidades Locales. Para acabar, en fin, el Derecho constitucional no puede ser ajeno al principio que explica, al menos parcialmente, la posición jurídica y política de estas Entidades (el principio de autonomía) y los instrumentos procesales que permiten su defensa.

El Derecho constitucional tiene pues un contenido municipal reducido pero relevante y este contenido ha de incidir en la configuración dogmática de esta rama del Derecho público. Pero no siempre ha sido así. En aquel *mare magnum*

6. Por poner un ejemplo muy querido para el autor de este trabajo, el Derecho del Patrimonio Histórico es, ante todo, Derecho administrativo si bien tiene perfiles que denotan su conexión con el Derecho mercantil, el Derecho financiero, el Derecho penal o, sin duda, el Derecho constitucional. Pero el enfoque constitucional que se desprende del Derecho del Patrimonio Histórico no produce un Derecho constitucional del Patrimonio Histórico.

7. “El Derecho local... como un Derecho propio de las Entidades Locales que se sitúa más allá del Derecho común a todas las Administraciones Públicas...” dice Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 142.

de saberes y métodos que era el Derecho político español preconstitucional<sup>8</sup>, las Entidades Locales estaban completamente al margen del mismo pues no eran otra cosa que una rama de la Administración del Estado: los miembros de los Ayuntamientos, de las Diputaciones Provinciales y de los Cabildos Insulares canarios se designaban sin elección democrática, el principio de autonomía no existía ni menos aun el control sobre el Alcalde o el Presidente de la Corporación. No era posible, por ende, un Derecho mínimamente político que disciplinara la posición jurídica de aquellas Corporaciones<sup>9</sup> por mucho que el Municipio fuera uno de los cauces de participación de la llamada democracia orgánica.

Ahora bien, como se deduce de lo que hemos señalado más arriba, no basta con que la Constitución recoja algunos principios básicos de una institución para que la disciplina científica de ésta forme parte del Derecho constitucional. Menos aun que el Tribunal Constitucional haya elaborado jurisprudencia acerca de la misma. Si una materia, en este caso las Entidades que conforman la Administración Local, configura el contenido canónico de una determinada disciplina jurídica es porque sus elementos estructurales y estructurantes básicos se insertan sin dificultad en la economía general de dicha disciplina de manera que la dogmática de ésta, así como la normativa que de la misma se desprende, viene a recubrir el núcleo central de tal

8. Y aun prefranquista pues, como he señalado en algunas ocasiones, la influencia de Posada me parece más bien negativa por causa de su enciclopedismo y de su escasa juridicidad (salvo precisamente sus aportaciones al Derecho municipal que poseen un fundamento constitucional y político muy alejado del enfoque administrativista dominante). He escrito anteriormente que en el Derecho político español de la Restauración y de la Segunda República sólo encontramos un autor riguroso que asume la plena juridicidad del Derecho político y que entiende que éste es el ordenamiento jurídico del Estado democrático aunque, paradójicamente, se situaba en la extrema derecha: Carlos Ruiz del Castillo.

9. De las pocas publicaciones con contenido municipal insertas en el Derecho político de los años de la dictadura se pueden señalar: Jorge de Esteban, Santiago Varela, Javier García Fernández, Luis López Guerra y José Luis García Ruiz: *Desarrollo político y Constitución española*, Ariel, Barcelona, 1973, págs. 354-361; Sebastián Martín-Retortillo: "Presupuestos políticos del régimen local", *Revista de Administración Pública*, núm. 43, enero-abril 1964, págs. 9-35; y Diego Sevilla Andrés: "La función política de la provincia", en la obra col. *La provincia. Dimensiones histórica y política*, Instituto de Ciencias Sociales, Madrid, 1966, págs. 159-169. Y desde la perspectiva sociológica de las pseudo-elecciones: Departament de Dret Politic de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona: *Les eleccions municipals à Barcelona del 16 de octubre 1973. Assaig de sociologia electoral*, Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 1975; Antonio Elorza: "Elecciones municipales en Madrid (1948-1970)", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 19, 1972, págs. 547-562; Fernando Garrido Falla: "Límites constitucionales de la reforma de la Ley de Régimen Local en materia de elecciones municipales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 169, enero-marzo 1971, págs. 1-9; Diego Sevilla Andrés: "El derecho a ser proclamado candidato", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 169, enero-marzo 1971, págs. 155-164; Jordi Solé Tura: "Elecciones municipales y estructura del poder político en España", *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, págs. 785-799; y José Vidal-Beneyto: "Elecciones municipales y referéndum", *Cuadernos de Ciencias Sociales*, núm. 1, págs. 157-205.

materia y no sólo unos principios generales o algún elemento estructural secundario o periférico. Pero ¿por qué la Administración Local puede formar parte, o integrar el contenido, del Derecho constitucional?

Hace muchos años, en una monografía de similar finalidad<sup>10</sup>, me planteé si del tratamiento constitucional del Municipio se podían desprender principios que permitieran hablar de una organización política y no sólo administrativa. La respuesta era afirmativa pues entendía que la autonomía, el sistema de fuentes y la función de gobierno<sup>11</sup> constituían principios definitorios de una organización política. Esta organización se inserta en los órganos del Estado y su tratamiento jurídico corresponde al Derecho constitucional en esos elementos primigenios si bien su funcionamiento interno (como ocurre también en los órganos constitucionales) se rige en parte por el Derecho administrativo. Y además, en cuanto entes capaces de desarrollar acción política, son cada vez más el objeto de la ciencia política, lo que en España (no en los países anglosajones ni en Francia) es una relativa novedad<sup>12</sup>.

Y ello porque las Entidades que forman la Administración Local (Municipios, Islas, Provincias) son, además de Administración, órganos de poder político democráticamente elegidos<sup>13</sup> y con capacidad de establecer relaciones jurídicas con otros órganos del Estado<sup>14</sup>. El poder político propio y no

10. Javier García Fernández: “La autonomía del Derecho político municipal. Fundamentos dogmáticos en la Constitución española”, en la obra col. *Organización territorial del Estado (Administración Local)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, vol. II, págs. 1373-1424. Con el paso de los años, ya no sería tan rotundo en la insistencia de un Derecho político municipal autónomo. En primer lugar, porque se ha asentado ya un Derecho constitucional que extrae su origen del Derecho político pero que ya es una disciplina plenamente jurídica. Y en segundo lugar porque, como trato de establecer en el presente trabajo, en el Derecho constitucional hay un componente municipal relevante pero no es buen enfoque epistemológico segregar partes de una disciplina jurídica para convertirlas en ramas autónomas.

11. Sobre este tema, Javier García Fernández: “Autonomía municipal y acción de gobierno”, en la obra col. *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas-Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, Madrid, 1992, págs. 347-353.

12. El trabajo más sólido en lengua castellana de esta orientación politológica es el de Carlos Alba y Francisco J. Vanaclocha (eds.): *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

13. Véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, págs. 291-320. Igualmente, del mismo Miguel Sánchez Morón, el capítulo que con el título “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana” publica en la obra col. *Informe sobre el Gobierno Local* cit., págs. 289-321.

14. La necesidad de que el Derecho constitucional supere la visión que señalan las tradicionales funciones del Estado y descienda a los niveles territoriales del poder está muy bien descrita por Harry Calvert: *An Introduction to British Constitutional Law*, Financial Training, Londres, 1985, págs. 43-44.

vicario (como ocurría en la dictadura) es la causa de que las Entidades Locales se inserten en el Derecho constitucional pues esta disciplina, como dice Pérez Royo, tiene como función ofrecer un cauce al proceso de autodirección política de la sociedad<sup>15</sup> siendo su contenido material las normas que reconocen y garantizan los derechos individuales y las que organizan los poderes básicos del Estado<sup>16</sup>.

En definitiva, porque las Entidades Locales han sido configuradas en la Constitución como órganos del Estado con poder político (limitado pero autónomo), y no como meros órganos administrativos dirigidos por el Gobierno, y, asimismo, porque la formación de aquéllas se realiza conforme al principio democrático (y no al principio autocrático), el régimen jurídico que las disciplina es el Derecho constitucional sin perjuicio de que en su funcionamiento interno y en muchas de sus relaciones jurídicas externas (pero no en todas) se aplique el Derecho administrativo como un sistema jurídico cerrado “de máximos”<sup>17</sup>.

Por eso la finalidad de este trabajo es examinar de qué manera, o a través de qué cauces, el Derecho local se va insertando en la estructura del Derecho constitucional pues si logramos identificar el punto de inserción y lo despojamos de tantas construcciones ilusorias que nada tienen que ver con el ordenamiento español vigente, estaremos en mejores condiciones de aportar instrumentos prácticos tanto al Poder Judicial como al legislador. Y estos cauces son, básicamente, el sistema de fuentes y el principio de autonomía municipal. ¿Por qué éstos y no otros como el Derecho electoral y la organización política local?

Por dos motivos. En primer lugar porque el Tribunal Constitucional ha levantado toda su noción del régimen local en el binomio autonomía + ley. Es muy clara y representativa esta formulación en una sentencia constitucional, la 46/1992, de 2 de abril, que compendia perfectamente una línea jurisprudencial iniciada en el mismo año 1981:

“... la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 CE, goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el Legislador debe respetar; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto

15. Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 4ª ed. (hay eds. posteriores), págs. 52.

16. Luis López Guerra: *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 18-20.

17. Para la noción de Derecho de mínimos y de máximos, véase Javier Pérez Royo: op. cit., págs. 53-54.

jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten esa garantía institucional”<sup>18</sup>.

Parece por ello conveniente examinar en qué medida está acertado el Tribunal Constitucional cuando ha erigido autonomía y ley como elementos esenciales de la configuración constitucional de la Administración Local.

Y en segundo lugar porque, conceptualmente hablando, sistema de fuentes y principio de autonomía son previos y son el presupuesto de la organización política local que a su vez es presupuesto del sistema electoral. Puede decirse, en definitiva, que el Derecho local se inserta en el Derecho constitucional conforme al siguiente esquema:

Constitución → Sistema de fuentes (ley) + Principio de autonomía →  
Régimen electoral → Organización y gobierno local

Hay que advertir, no obstante, que esta inserción no tiene todavía reflejo en los textos académicos. A diferencia de algunos manuales italianos<sup>19</sup>, o británicos<sup>20</sup>, los textos académicos españoles aun no han incorporado esa estructura estatal básica. Tenía razón Joaquín García Morillo en uno de sus últimos escritos publicados al señalar el escasísimo interés despertado por la regulación constitucional de los Entes locales entre los constitucionalistas, que él lo atribuía al papel secundario que éstos han desempeñado históricamente, a su dependencia política, al protagonismo de las Comunidades Autónomas y, en fin, a la heterogeneidad de estas instituciones en el Derecho comparado<sup>21</sup>. Y desarrollando esta

18. STC 46/1992, de 2 de abril, Pleno, cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas frente un artículo de la Ley 4/1984, de 10 de febrero, de la Asamblea de Madrid, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, Ponente: López Guerra, FJ 2 (J.C., t. 32, págs. 583-591).

19. Como por ejemplo Giuliano Amato y Augusto Barbera (a cura di): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 612-622; Carlo Lavagna: *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Turín, 1986, reimp. de la 6ª ed., págs. 859-869; Alessandro Pizzorusso: *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. J. Jiménez Campo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, vol. II, págs. 135-142; Giuseppe Ugo Rescigno: *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bolonia, 1982, 3ª ed. págs. 567-573; y Giancarlo Rolla: *Manuale di diritto pubblico*, Giappichelli, Turín, 1998, 3ª ed., págs. 463-484.

20. Aunque hay muchos manuales británicos que tratan conjuntamente el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, por lo que no se sabe muy bien si el Municipio forma parte de uno u otro, se puede citar el relativamente reciente de Eric Barendt: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 64-68.

21. Joaquín García Morillo: *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputació de Barcelona–Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 17-19. Conviene señalar que este trabajo, así como otro anterior de Eliseo AJA (“Configuración constitucional de la autonomía municipal”, en la obra col. *Informe sobre el gobierno local cit.*, págs. 41-66) constituyen dos de las mejores aportaciones que se han efectuado desde el Derecho constitucional al tema del régimen local.



idea, otro autor, José Manuel Bandrés, añadía: "...superar el estado de inercia científica sobre la cuestión local exige también activar y movilizar el Derecho constitucional local desde parámetros jurídicos y políticos que coadyuven a comprender y formalizar una posición institucional diferente de los poderes locales en el Estado"<sup>22</sup>.

## ***2. Las entidades locales en los textos constitucionales***

Antes de entrar a examinar la manera en qué sistema de fuentes locales y principio de autonomía local se insertan en el Derecho constitucional conviene recordar qué tratamiento tienen las organizaciones locales en los textos constitucionales pues creo que ha sido precisamente el olvido o el desconocimiento de la regulación municipal en el constitucionalismo histórico, español y comparado, lo que ha dado lugar a tanta elucubración doctrinal alejada de la práctica municipal. Es cierto que aunque una Constitución regule los elementos básicos de la estructura local del Estado ello no significa que estemos ante una materia propia del Derecho constitucional pues lo relevante es que configure a las Entidades del poder local como órganos territoriales del Estado, y no como una instancia inferior y subordinada de la Administración Pública. Como esta materia daría para muchas páginas, y no sin señalar que desde hace muchos años se ha estudiado con aportaciones valiosas como la de Jornada de Pozas en 1930<sup>23</sup>, empecemos por señalar un ejemplo muy significativo cual es el de la primera Constitución francesa, la de 1791, que tiene interés no sólo para conocer el tratamiento de la materia en la primera Constitución democrática europea sino por la interesante metodología que refleja.

Señalemos previamente que el artículo 7 del Título II de esta Constitución establecía:

*“La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. - Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes”.*

22. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “Comunicación”, en Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 80.

23. Luis Jordana de Pozas: *El Municipio en las Constituciones europeas vigentes (Estudio preliminar y textos constitucionales)*, Unión de Municipios Españoles, Madrid, 1930. Y para la historia del constitucionalismo español, Adolfo Posada: *Evolución legislativa del Régimen Local en España* (1910), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982. Finalmente, conviene recordar del mismo Posada *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1936.

Tras lo cual, y a continuación, en los artículos 8, 9 y 10 del mismo Título se regulaba:

\* la existencia del Municipio, entendido como reunión de ciudadanos de las ciudades y del campo;

\* el derecho de los ciudadanos que componen cada Municipio a elegir a los Oficiales Municipales;

\* la función de estos Oficiales Municipales, consistente en gestionar los asuntos particulares del Municipio y en la posibilidad de encargarse, por delegación, de algunas funciones relativas al interés general del Estado;

\* la reserva de Ley para las reglas que disciplinan las funciones de los Oficiales Municipales tanto las propias del Municipio como las que le delegue el Estado;

Además, la Sección II del Capítulo IV del Título III (“*De l’administration intérieure*”) establecía la Administración periférica del Estado con la cual, a través de los administradores de Departamento y de Distrito, se venía a delimitar el alcance de las competencias del municipio.

Este tratamiento constitucional paralelo del matrimonio y del Registro Civil, por un lado, y del Municipio, por otro, denota algunos fenómenos de interés que se proyectan sobre el constitucionalismo europeo de los siglos XIX y XX. Desde el primer constitucionalismo encontramos en los textos constitucionales materias muy alejadas del contenido propio de una Constitución: en el caso francés de 1791 el matrimonio y el Registro Civil, es decir, las prescripciones legal-constitucionales que no son fundamentales como decía, con su peculiar visión de la Constitución, Carl Schmitt<sup>24</sup>. ¿El Municipio y su regulación en la Constitución de 1791 entrarían en esta categoría?. Todo lo contrario. Sin entrar en contenidos concretos, esta Constitución inserta al Municipio en la estructura de poder del Estado y ello aun cuando se sitúe sistemáticamente al margen del Título III (“*Des pouvoirs publics*”). Y coloca al Municipio en esa estructura de poder del Estado por varios motivos:

\* por el carácter electivo, es decir político, de los Oficiales Municipales que lo gestionan;

24. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala), Alianza Ed., Madrid, 1982, págs. 37-38.

- \* por la naturaleza político-asociativa de la entidad territorial resultante;
- \* por la posibilidad de asumir “*fonctions relatives à l’interêt général de l’Etat*”;
- \* por la conexión simétrica con la Administración periférica de los Departamentos y Distritos que se integran en el Poder Ejecutivo.

Este primer diseño de la Monarquía constitucional no fue un mero ejercicio de redacción normativa. Precedido por los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 (en los que se encuentran todos los elementos que reproduce luego la Constitución), el Municipio fue desde esa fecha, y hasta el advenimiento de Napoleón, el centro de la vida política local e incluso se celebraron elecciones municipales en febrero y marzo de 1790 creando una dinámica política rica y, lógicamente, sedienta de autonomía<sup>25</sup>. Si el Municipio se viene a insertar en la Constitución con ese alcance político es a causa de una construcción doctrinal coetánea a la revolución francesa (en su fase girondina) que sirve de arquitrabe de toda la columna orgánico-territorial del nuevo Estado (incluso con los jacobinos) y que viene a combinar uniformismo y descentralización<sup>26</sup>. Nos referimos a la noción de poder municipal.

La noción de poder municipal experimenta, desde la revolución, una evolución muy significativa. En sus orígenes, como señaló García de Enterría, esta noción se configura (con cierta influencia de la *Mémoire sur les municipalités* de Turgot de 1775) como un poder doméstico o particular que no va a competir con el poder político que se expresaba a través de la voluntad general<sup>27</sup>. Posteriormente, ya con la Restauración y de vuelta del modelo centralizador de Napoleón, Constant introduce un giro muy importante al elaborar la doctrina del poder municipal<sup>28</sup> en donde, libre de la dogmática russoniana de la voluntad

25. Jacques Godechot: *Les institutions de la France sous la Révolution et l’Empire*, Presses Universitaires de France, París, 1968, 2ª ed., págs. 108-112.

26. Luciano Vandelli: *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones* (trad. P. Menéndez García y J. Suay Rincón), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, págs. 58-67.

27. Eduardo García de Enterría: “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno” y “La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración”, recogidos en su *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Taurus, Madrid, 1981, págs. 71-105 y 107-130.

28. Benjamin Constant: *Principes de politique* (1815), cap. XII (la traducción más reciente es la de M. L. Sánchez Mejía que la incluye en los *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989); y *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), cap. XVIII (existe una traducción de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820).

general, configura el Municipio como un poder del Estado, autónomo dentro de una estructura federal. El planteamiento de Constant abre una senda por la que entran los doctrinarios a partir de *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes* de Henrion de Pansey<sup>29</sup> y de *Les communes et de l'aristocratie* de Barante<sup>30</sup> en donde el Municipio se concibe como un núcleo de poder autónomo a fin de evitar el eventual control político del Parlamento. Esta disociación de dos poderes (el parlamentario y el municipal) venía así a expresar el pacto político-social de la Restauración en donde el Parlamento era la expresión institucional de la burguesía y el Municipio institucionalizaba el poder de la aristocracia agraria<sup>31</sup>.

Cierto que esta concepción no tendrá reflejo en las Cartas constitucionales de 1814 y de 1830 pero la politización de la Administración municipal (aceptando incluso ese alcance doméstico o particular que vio García de Enterría) es evidente. Y lo mismo puede decirse de España a partir de la Constitución de 1812 si bien, como ocurre también en Francia, el antecedente del modelo gaditano está en la reforma municipal de Carlos III que se instrumentó a través del Auto acordado de 5 de mayo de 1766<sup>32</sup>.

Lo determinante es que una concepción del Municipio como ente político (por el carácter electivo de los Oficiales Municipales), que es la que está presente, en clave descentralizadora, en los Decretos de 1789, conduce de forma natural a su regulación constitucional como órgano estatal. Y, como ocurre en España a partir de la década de los treinta del siglo XIX, el poder político que el Municipio puede contraponer al Estado, esto es, al Ejecutivo dual y al Parlamento, exige una regulación constitucional muy precisa en donde deben quedar fijadas las siguientes cuestiones:

\* el grado de democracia de la Corporación en su conjunto (sufragio universal o censitario y, en este último caso, la extensión del cuerpo electoral);

29. Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey: *Del poder municipal y de la policía interior de los municipios* (1820) (trad. J. García Fernández), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990.

30. M. de Barante: *Des communes et de l'aristocratie*, Librairie Française de Ladvoat, París, 1821.

31. Javier García Fernández: *El origen del municipio constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, págs.105-121, así como "Henrion de Pansey, municipalista doctrinario", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, abril-junio, 1990, págs. 321-341.

32. Javier García Fernández: *El origen del municipio constitucional...* cit., págs. 170-190, así como "El municipio en los orígenes del constitucionalismo español. Notas sobre la génesis de la organización municipal a través de tres modelos constitucionales" en las *Actas del II Seminario de Historia de la Administración*, "El Municipio Constitucional", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, en prensa.

\* el nivel de legitimidad democrática del Presidente de la Corporación o del Alcalde (elección indirecta, directa o designación por el Gobierno);

\* el alcance de la tutela ejercitable por el Gobierno, que está normalmente en relación con las competencias del Estado que el municipio asume por delegación.

Por ver dos ejemplos del constitucionalismo histórico español, comparemos los artículos 70 y 71 de la Constitución de 1837 con los artículos 73 y 74 de la de 1845 o, en similares términos, los artículos 83 y 84 del texto constitucional de 1876 con el artículo 9 del de 1931. Todos estos preceptos dan respuesta a dichas cuestiones con alcance muy diferente pero en todo caso igualmente político porque parten de la idea del Municipio como órgano político que puede ocupar una posición incluso enfrentada al Poder Ejecutivo<sup>33</sup>. Por el contrario, en regímenes autoritarios los textos pseudo-constitucionales sitúan al Municipio en el escalón inferior de la Administración estatal sin electividad democrática y con una maraña de controles de oportunidad que suele ejercitar el representante de la Administración periférica (artículo 46 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 y artículo 127 de la Constitución portuguesa de 1933).

En conclusión, cuando se atribuye al Municipio la naturaleza de órgano político inserto en la estructura de poder del Estado con carácter democrático-electivo y más o menos autónomo (lo que tiene siempre reflejo en la Constitución), esta regulación se inserta en el Derecho constitucional<sup>34</sup>. En regímenes autoritarios, por el contrario, donde el Municipio se sitúa en la escala jerárquica de la Administración del Estado y donde sus cargos dirigentes no se eligen conforme al sufragio universal, el Derecho que disciplina al Municipio es solamente una parte especial del Derecho administrativo.

33. Véase, para los diferentes modelos político-municipales, Javier García Fernández: “Historia y presente de la realidad municipal en España”, en el vol. col. *Manual de formación municipal*. Centre d’Estudis Urbanístics, Municipals i Territorials, Barcelona, 1979. págs. 7-40.

34. Como recuerda Antonio Fanlo Loras (*Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 239-240), el Anteproyecto que había elaborado la Ponencia constitucional incluía a la Administración Local en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración, pero esa redacción no era más que un gesto inercial del ordenamiento de la dictadura. Más complejidad presentan algunos ordenamientos federales, como el alemán (artículo 28 de la Ley Fundamental) donde la inserción del Municipio en los Estados federados plantea la duda de si se trata de una rama local de la Administración de éstos [véase al respecto el muy completo trabajo de José Esteve Pardo: *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local (La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España)*, Diputació de Barcelona – Civitas, Madrid, 1991, págs. 139-151 y 167-171].

Es obvio que los artículos 137 y 140 a 142 de la Constitución responden a ese modelo que hace de las Entidades Locales unos órganos políticos insertos en la estructura de poder del Estado:

\* los Municipios y las Provincias son, junto a las Comunidades Autónomas, la base organizativo-territorial del Estado *ex* artículo 137;

\* unos y otras disfrutan de autonomía para la gestión de sus intereses *ex* artículo 137;

\* los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales ejercen no sólo la administración sino el gobierno de los municipios y de las provincias *ex* artículos 140 y 141.2;

\* los Concejales y los Alcaldes se eligen democráticamente si bien estos últimos pueden ser elegidos por sufragio indirecto por los Concejales *ex* artículo 140;

\* como apoyo a la autonomía municipal y provincial, las Haciendas Locales han de disponer de medios suficientes *ex* artículo 142.

No vamos a entrar en más pormenores acerca de todos estos principios que por ahora nos sirven para fundamentar la idea de que una Administración Local democrática y autónoma, a diferencia de la que es propia de los regímenes autoritarios, extrae su régimen jurídico básico de la Constitución y que esta regulación constitucional forma parte, juegos de palabras aparte, del Derecho constitucional.

### ***3. El sistema de fuentes de las entidades locales***

Actualmente parece evidente que el sistema de fuentes en un determinado ordenamiento es materia propia del Derecho constitucional pues es la Constitución (normalmente con bastante asistematicidad<sup>35</sup>) y ya no el Código Civil, la que viene a establecer ese sistema de fuentes y porque, además, éste trae causa de la forma de Estado y de la forma de gobierno<sup>36</sup>. Se trata de una cuestión

35. Salvo excepciones como la reciente Constitución polaca de 1997 que dedica expresamente un Título, el III, al sistema de fuentes del Derecho.

36. Véase, por ejemplo, Alessandro Pizzorusso: “Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo”, *Quaderni costituzionali*, año 6, núm. 2, agosto 1986, págs. 217-235.

aceptada pacíficamente en la doctrina italiana o española (no así en la francesa todavía lastrada por el sociologismo duvergeriano) pero no siempre dogmáticamente fundada: examínese por ejemplo el volumen correspondiente de las *Lezioni* de Crisafulli<sup>37</sup> que se inician con un capítulo, por otra parte brillante y profundo como todos los de su autor, donde la dogmática se construye más sobre las Disposiciones Preliminares del Código Civil y de otros textos legislativos que sobre la Constitución. Por el contrario, el volumen dedicado a las fuentes del *Manuale* de Zagrebelsky da un paso significativo al fundamentar el sistema de fuentes en la Constitución material que es a su vez una fuente legítima en cuanto proviene del exterior del orden formal de fuentes<sup>38</sup>. Y en términos todavía mucho más rotundos se expresa Paladín quien, tras señalar que los constitucionalistas han acabado monopolizando los estudios sobre todo el sistema de actos y hechos normativos, explica este fenómeno por “*il fatto incontestabile che la disciplina delle fonti normative si colloca al crocevia dell’odierno diritto costituzionale*”<sup>39</sup>. En cambio, la doctrina española, desde sus inicios tras 1978, asumió la necesidad de llevar al Derecho constitucional todo el estudio del sistema de fuentes porque éste ha sido diseñado en la Constitución<sup>40</sup>.

El sistema de fuentes que producen las Entidades Locales<sup>41</sup> ha de integrarse pues en el estudio del sistema general de fuentes ya que suscita los suficientes problemas (creo que no resueltos adecuadamente) como para exigir una respuesta que sólo puede dar el Derecho constitucional. En pocas palabras, estos problemas se compendian en tres: a) qué órgano del Estado puede establecer el sistema de fuentes del Derecho local; b) qué posición ocupan las fuentes producidas por las Entidades Locales y cómo se relacionan con las de su mismo rango producidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas; c) en qué medida las peculiaridades que expresan los puntos anteriores conducen a hablar de un ordenamiento propio de las Entidades Locales.

La primera cuestión no afecta en puridad al sistema de fuentes municipales sino al alcance de la propia Constitución y a la función que a este respecto,

37. Vezio Crisafulli: *Lezioni di diritto costituzionali*, Cedam, Padua, 1984, 5ª ed., vol. II.1, págs. 1-19.

38. Gustavo Zagrebelsky: *Manuale di diritto costituzionale*, UTET, Turín, 1987, vol. I, págs. 20-28.

39. Livio Paladín: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bolonia, 1996, pág. 7.

40. Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 13-24; Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 22; Francisco Balaguer: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, t. I, págs. 19-30.

41. Es decir, las normas de producción. No entramos en este apartado en las normas sobre la producción del Derecho local que la Constitución distribuye (Estado/Comunidades Autónomas; Ley/Reglamento) y que corresponde a la regulación constitucional general del régimen local.

desempeña la Ley<sup>42</sup>. Detrás de ese poder normativo heterónomo que la Ley representa está latiendo en realidad otro problema constitucional más importante que es el *quantum* que puede regular la Ley para desarrollar la Constitución y en qué medida la Ley está vinculada a un concepto jurídico indeterminado como la autonomía municipal. En definitiva, como señala Morell Ocaña, de qué manera la Constitución impone un contenido normativo a la Ley para que delimite el ámbito de la autonomía local que lleva implícita la aptitud de las Entidades Locales para crear Derecho<sup>43</sup>. Las soluciones técnicas pueden ser diversas pero en todo caso la corrección de éstas y el alcance de la función reguladora de la Ley es una cuestión propia del Derecho constitucional que los constitucionalistas debemos resolver. Y este tema viene a enlazar, obviamente, con los viejos artículos 5 y 20 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley de Bases del Régimen Local en adelante) cuya primera redacción fue declarada inconstitucional por la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre<sup>44</sup>. Si se recuerda el núcleo del razonamiento de dicha sentencia acerca de la prohibición al legislador de interpretar la Constitución<sup>45</sup> (pues no llegó a entrar en los problemas sustantivos que suscitaba), se puede ver que lo que está latiendo es el referido *quantum* que la Constitución otorga al legislador a la hora de desarrollar un precepto como es su artículo 140. Por otra parte, este tema enlaza muy derechamente con el de la autonomía local pues, como veremos más abajo, se ha planteado con mucha intensidad si esta noción, por su carácter indeterminado, necesita o no a la Ley para hacer efectivo su pleno contenido constitucional<sup>46</sup> o incluso si es la Ley, antes que la Constitución, la que fija *in totum* el régimen de la autonomía local.

42. El trabajo más completo sobre esta materia es el de Luis Morell Ocaña: op. cit., págs. 135-224.

43. *Ibidem*, pág. 171.

44. STC 214/1989, de 21 de diciembre, Pleno, recursos de inconstitucionalidad acumulados contra determinados preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, Ponente: de los Mozos y de los Mozos (*J.C.*, t. 25, págs. 736-833).

45. Sobre esta materia véanse: Francisco Sosa Wagner: op. cit., págs. 45-48; y José Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 85-87 (con toda la bibliografía existente sobre la sentencia y sus efectos).

46. Véase la Exposición de Motivos de la Reforma del Reglamento del Senado de 17 de octubre de 2000 destinada a crear una Comisión Permanente no Legislativa de las Entidades Locales, en donde se afirma: “se puso de manifiesto que, en relación con la Administración Local, es el legislador ordinario, estatal o autonómico, el que define el ámbito de sus competencias”. Y anteriormente, la STC 213/1988, de 11 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 3/1984, de 9 de enero, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de adecuación del Ordenamiento Urbanístico de Cataluña, Ponente: Latorre Segura, FJ 3 [*J.C.*, t. 22, págs. 539-548]), afirma: “...no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal...”. Además, la STC 259/1988, de 22 de diciembre (impugnación *ex* Título V LOTC de algunos artículos del Decreto 146/1984, de 10 de abril, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de desarrollo de la Ley 3/1984, Ponente: Bugué Cantón, FJ 2 [*J.C.*, t. 22, págs. 1080-1085]), vuelve a reiterar la misma expresión de la STC 213/1988.



La segunda cuestión, relativa a la posición que ocupan las fuentes producidas por las Entidades Locales y a cómo se relacionan con las de su mismo rango producidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, nos sitúa, en primer lugar, ante un problema mucho más hondo, bien descrito por la doctrina italiana, cual es el alcance jurídico de la autonomía política que el Estado, a través de la Constitución, reconoce a las colectividades infraestatales, que veremos a continuación. En este punto, sin embargo, nos centraremos en otra cuestión mucho más concreta cual es la relación Reglamento estatal/autonómico y Reglamento local y ello porque, como señaló García Morillo, la consecuencia más relevante de la subordinación de la autonomía local a la Ley, y no a la Constitución, es la indisponibilidad normativa superior a la Ley por parte de las Entidades Locales<sup>47</sup>. En el Estado autoritario no cabe otra respuesta que la subordinación pues la Ley (y no la Constitución) es la única norma que atribuye potestad normativa y la norma local siempre es residual<sup>48</sup>, por lo que difícilmente puede situarse en el mismo plano jerárquico que el Reglamento ejecutivo o independiente. Por el contrario, en el Estado democrático, la cuestión adquiere mucho mayor complejidad porque conecta además con la propia posición del Reglamento que emana de un órgano dotado de tanta legitimidad democrática como es el Gobierno por lo que su relación con la Ley no puede concebirse como en los ordenamientos fundados en el Principio Monárquico<sup>49</sup>. En esta materia, ha sido Luciano Parejo quien ha planteado soluciones con carácter más innovador<sup>50</sup> al apuntar que, a diferencia de la relación que vincula al Reglamento del Gobierno con la Ley, el Reglamento local tiene a la Ley como límite negativo por lo que la relación de éste con el gubernamental se basa más en una relación de competencia que de subordinación jerárquica pues las Entidades Locales poseen una legitimación democrática directa de la que carecen los Reglamentos del Gobierno. La construcción es atractiva y personalmente me parece adecuada pero no deja de presentar algún problema pues sitúa al Gobierno en una posición política residual<sup>51</sup> que casa mal con su función constitucional de dirección política (lo que a su vez

47. Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 31.

48. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 168.

49. Véase Ignacio de Otto: op. cit., págs. 233-235; José María Baño León: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991, págs. 163-224.

50. Luciano Parejo: *Derecho básico...* cit., págs. 124-132, así como en *La potestad normativa local*, Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid, 1998, *in totum*; igualmente Carles Pareja I Lozano: "Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones Locales", *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, págs. 107-142. Sintetiza bien esta cuestión Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 88-89.

51. Sobre la posición supletoria que a lo sumo le resta al Gobierno, véase Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 178.

enlaza con el tema de la subsidiaridad). Y a ello se agrega el tema de la posición que ocupaba el Reglamento local de organización sobre la Ley autonómica en los antiguos artículos 5 y 20 de la Ley de Bases del Régimen Local que ofrecía una solución audaz que hubiera merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>52</sup> máxime cuando, anteriormente, en el tema de la relación Reglamento estatal/Reglamento autonómico había mantenido una posición probablemente poco fundamentada (o, lo que es lo mismo, sólo fundada en nociones muy anticuadas<sup>53</sup>). Claro que más rotundo ha sido, en Italia, Livio Paladin<sup>54</sup> quien considera que la atribución de autonomía a los Municipios y Provincias por parte de la Constitución italiana conduce a considerar que los Reglamentos gubernamentales están excluidos de estos ámbitos salvo que las Leyes atribuyan competencias concurrentes. Se podría hablar, según Paladin, de una reserva de Reglamento local. Muy interesante es asimismo la posición de Pietro Virga<sup>55</sup> para quien el Estatuto municipal es una norma subprimaria, subordinada a la Ley pero en posición supraordenada a los Reglamentos municipales. En definitiva, como puede verse, estamos en un campo complejo y extenso que incita a trabajar a los constitucionalistas.

En tercer y último lugar, el tema de las fuentes autónomas del Derecho local plantea también en qué medida sus peculiaridades permiten hablar de un ordenamiento propio de las Entidades Locales. La sentencia 4/1981, de 2 de febrero<sup>56</sup>, como es sabido, señaló que la autonomía local es cualitativamente diferente de la autonomía política de las Comunidades Autónomas pero este razonamiento es más voluntarista que descriptivo salvo que se entienda lo “político” como una cualidad que conlleva necesariamente la existencia de un Parlamento y un Gobierno. Pero las concepciones pluralistas del Estado, a cuya formulación tanto contribuyó Giannini<sup>57</sup>, avalarían la impresión de que la preci-

52. Véase Francisco Sosa Wagner: op. cit., págs. 47-48. Acerca de la poca afortunada redacción del artículo 20 que ha aportado la Ley 11/1999, de 21 de abril, véase Luis Rivero Ysern: op. cit., pág. 87.

53. En la STC 179/1985, de 19 de diciembre, Pleno, recursos de inconstitucionalidad acumulados contra diversos preceptos de la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales, Ponente: Rubio Llorente, (J.C., t. 13, págs. 572-592). Esta sentencia ha sido comentada por Luciano Parejo en *Derecho básico...* cit., págs. 126-128.

54. Livio Paladin: op. cit., págs. 362-363.

55. Pietro Virga: *Diritto amministrativo*, vol. 3: *Amministrazione locale*, Giuffrè, Milano, 1994, 2ª ed., págs. 20-23.

56. STC 4/1981, de 2 de febrero, Pleno, rec. de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 y legislación concordante, Ponente: Gómez-Ferrer Morant (J.C., t. 1, págs. 31-61).

57. Massimo Severo Giannini: *Derecho administrativo* (trad. L. Ortega), Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, vol. I, págs. 125-127; del mismo *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 87-92.

sa proclamación constitucional de la autonomía local debe conducir a un ordenamiento que en realidad agrupa a los miles de ordenamientos locales en donde se producen normas que permiten ejercitar las competencias que la Constitución proclama y la Ley delimita pero no “inventa”. El tema tiene evidente interés para el Derecho constitucional pues es la Constitución, cada Constitución, la que ha de establecer los criterios de articulación de ese ordenamiento plural con el del Estado.

Como puede observarse, sin haber intentado siquiera profundizar en estas materias, el campo al que está llamado el Derecho constitucional respecto al sistema local de fuentes es extenso y complejo y además prácticamente virgen para los constitucionalistas. Y ello porque abre el campo real a la delimitación normativa del principio de autonomía local.

#### ***4. El contenido realmente constitucional de la autonomía local, especialmente municipal***

Las tempranas sentencias 4/1981, de 2 de febrero<sup>58</sup>, y 32/1981, de 28 de julio<sup>59</sup>, permitieron afrontar rápidamente el tratamiento dogmático de la autonomía local con algunos criterios que luego han marcado toda la construcción posterior. Pero antes de entrar en las cuestiones precisas de Derecho constitucional que se suscitan querría hacer una advertencia: no es arbitrario que trate el prin-

58. STC 4/1981, de 2 de febrero, cit.

59. STC 32/1981, de 28 de julio, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Transferencia Urgente y Plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalidad, Ponentes: Rubio Llorente, Gómez-Ferrer Morant y Escudero del Corral (*J.C.*, t. 2, págs. 227-243). Reiteran el argumento básico de esta sentencia: STC 76/1988, de 26 de abril, Pleno, recurso de inconstitucionalidad frente a varios artículos de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, sobre relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos, Ponente: López Guerra, FJ 4 (*J.C.*, t. 20, págs. 903-932); STC 170/1989, de 19 de octubre, cit., FJ 9; STC 33/1993, de 1 de febrero, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra un art. de la Ley 6/1989, de 25 de mayo, del Parlamento de Cataluña, de reforma de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de regulación de las Cajas de Ahorro, y conflicto positivo de competencia planteado frente al Decreto 190/1989, de 1 de agosto, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, Ponente: Rodríguez-Piñero, FJ 3 (*J.C.*, t. 35, págs. 327-335); STC 109/1998, de 21 de mayo, Pleno, cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas contra varios de la Ley 5/1987, de 4 de abril, del Parlamento de Cataluña, del Régimen provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales, y de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña, Ponente: García Manzano, FJ 2 (*J.C.*, t. 51, págs. 134-188); y STC 204/2002, de 31 de octubre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social, Ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 13 (*B.O.E.*, núm. 278, de 20 de noviembre de 2002).

cipio de la autonomía local en segundo lugar después del sistema de fuentes, y no en el primero, cuando precisamente muchos autores sitúan este principio como núcleo fundamental del tratamiento constitucional de las Entidades Locales. En el coloquio celebrado con ocasión del trabajo de García Morillo sobre la configuración constitucional de la autonomía el Magistrado Bandrés Sánchez-Cruzat afirmó lo siguiente:

“Quizá, paradójicamente, en la idea de consagración del principio de autonomía local como un *totum*, en una visión absolutista, con carácter excluyente, para significar la posición constitucional de los entes locales en menosprecio de otros principios y valores que informan el régimen local, se encuentre la debilidad del propio principio jurídico para servir de referente obligado en la solución de los conflictos institucionales que suscitan los poderes locales”<sup>60</sup>,

añadiendo a continuación:

“Los gobiernos locales son constituidos y garantizados por la Constitución, por lo que la ley es un instrumento subalterno en la configuración de su estatuto. El principio de autonomía local sí que es objeto directo de concretización por el legislador ordinario y por el legislador comunitario...”<sup>61</sup>.

Y en tan breves palabras se ha hecho una de las mejores aportaciones a los problemas constitucionales del Derecho local.

Por poner un ejemplo similar: cuando evocamos la posición jurídica de las Comunidades Autónomas, más concretamente su regulación constitucional, el principio autonómico se nos aparece como un presupuesto dogmático incuestionable pero la regulación constitucional de las Comunidades Autónomas se desliza de inmediato a través de otras varias instituciones: el Derecho transitorio de su creación *ex* artículos 143, 144, 146, 151 y Disposiciones Transitorias Primera a Sexta; su organización institucional *ex* artículos 147.2 y 152.1; su sistema de fuentes *ex* artículos 146, 147 y 152; sus competencias *ex* artículos 148 y 149; y los principios de su autonomía financiera *ex* artículos 156 y 157. Todos estos preceptos constitucionales contienen remisiones normativas muy amplias para su aplicación, remisiones que han de trabajar a partir de un concepto relativamente determinado de autonomía, pero a nadie se le ocurriría pensar que el pro-

60. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “Comunicación” cit., pág. 85.

61. *Ibidem*.

blema dogmático central del sistema autonómico es la configuración del principio de autonomía porque éste (aun siendo necesaria su configuración doctrinal y jurisprudencial como guía necesaria para el legislador de todas las clases) es el presupuesto del que se parte.

En el ámbito local ocurre curiosamente lo contrario. Las mejores aportaciones al Derecho local postconstitucional se han realizado probablemente a partir de la noción de autonomía, con monografías realmente valiosas<sup>62</sup>, pero como el principio (como cualquier otro principio constitucional) necesita cierta concreción positiva so pena de caer en la especulación irreal, al final los cultivadores de esa delicada flor han de rodearla de otras plantas menos delicadas: las competencias, los controles y hasta los procedimientos. Algo así sería impensable en el Derecho autonómico: evidentemente que las competencias de las Comunidades Autónomas traen causa del principio de autonomía pero a nadie se le ocurriría reconstruir dogmáticamente el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones prolongando esa reconstrucción hasta las competencias o hasta los controles del Tribunal Constitucional o de la jurisdicción ordinaria. Esta comparación puede ayudar a entender la posición de la autonomía local en la economía general del régimen constitucional de las Entidades Locales.

La posición central que ocupa el principio de autonomía local en detrimento de otros principios a los que ahora aludiremos comporta una visión meramente administrativa del régimen local. No quiero decir con ello que sea ésa la visión que se desprende de los administrativistas o, en términos menos subjetivos, del Derecho administrativo. Todo lo contrario. Es una visión más propia del Derecho constitucional o (volviendo a subjetivizar) de los constitucionalistas que hasta ahora han rehuído eso que se llamaba la Administración Local. Desde la noción de Entidad Local que ha configurado la Constitución hay que señalar, por el contrario, que el principio de autonomía local tiene naturaleza claramente subordinada al principio democrático que sustenta la organización local. Sin la representatividad democrática de los Ayuntamientos, de las Diputaciones

62. Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local* cit.; Antonio Fanlo Loras (*Fundamentos constitucionales...* cit.); Luciano Parejo: *Derecho básico...* cit., págs. 91-173; Francisco Sosa Wagner: "La autonomía local en la Constitución", en la obra col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 19991, t. IV, págs. 3185-3225; Gloria Alarcón García: *Autonomía municipal, autonomía financiera*, Civitas – Dirección General de Administración Local de la Región de Murcia – Caja de Ahorros de Murcia, Madrid, 1995; Almudena Marazuela: "El principio de autonomía local en el ordenamiento español", en Jaime Rodríguez-Arana (dir.): *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, págs. 341-393.

Provinciales, y de los Cabildos y Consejos Insulares, la autonomía local no sería más que descentralización o desconcentración pero no autogobierno autónomo<sup>63</sup>. Aunque este aserto requiere dos matizaciones. En primer lugar, como recuerda Aguiar de Luque citando a Kelsen, la descentralización es compatible tanto con la democracia como con la autocracia<sup>64</sup> pero la autocracia es incompatible con el principio de autogobierno. Y en segundo lugar, es cierto que, como enseña el ordenamiento francés, puede haber entidades territoriales democráticas y escasamente autónomas. Pero en Francia a nadie se le ocurre hablar de autonomía local (y aun municipal) pues el artículo 72 de su Constitución contiene las suficientes cautelas para disuadir a los hipotéticos defensores de este principio<sup>65</sup>.

En definitiva, si la Constitución, en los artículos 137 y 140, establece el principio de autonomía local es porque éste trae causa del principio democrático que emerge igualmente en ambos preceptos así como en el 141.2. Es más, en términos conceptuales, desde una construcción dogmática coherente, este artículo 141.2 (“El gobierno y la administración autónoma de las provincias...”) es más preciso que los otros dos antecitados porque conecta la noción de autonomía con la función de gobierno de la Entidad Local<sup>66</sup>. Lo que justifica que los Entes locales gestionen sus intereses no es la búsqueda de una técnica de gestión burocrática más eficaz (principio-técnica constitucionalizado para la organización administrativa) sino el principio democrático en virtud del cual se organizan: porque son organizaciones democráticas y representativas, su radio de acción exterior (en el sentido que Nawiasky utiliza esta noción para los órganos de la persona jurídica<sup>67</sup>) no puede conducirles a establecer relaciones jurídicas de jerarquía sino de autarquía con el Gobierno (y con la Administración que éste dirige). O, como ha escrito Morell Ocaña, la autonomía otorga a las Entidades Locales una posición que rebasa la de mera Administración Pública<sup>68</sup>. En definitiva, sin el principio democrático, el principio de autonomía sería una entelequia pues inclu-

63. Sobre la diferencia entre la autonomía local y la descentralización funcional, véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local...* cit., págs. 173-175.

64. Luis Aguiar de Luque: “Comunicación”, en Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 100.

65. Todo lo contrario que en el Reino Unido o en Italia donde autonomía y democracia representativa de los Entes Locales se funden en la noción de autogobierno. Véanse, por todos, Tony Byrne: *Local Government in Britain*, Penguin, Harmondsworth, 1981 que es ya un clásico, así como Francesco Staderin: *Diritto degli Enti Locali*, Cedam, Padua, 1998, 7ª ed.

66. En el mismo sentido, José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial* cit., pág. 21.

67. Hans Nawiasky: *Teoría General del Derecho* (trad. J. Zafra Valverde), Editora Nacional, México, D.F., 1980, 2ª ed., págs. 257-258.

68. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 42.

so una Administración Local descentralizada estaría vinculada jerárquicamente a la Administración central. Situar conceptualmente el principio de autonomía por delante del principio democrático es poner a la carreta delante de los bueyes, lo que no quiere decir que, como el principio democrático es un presupuesto de todo el ordenamiento, el de autonomía local no se sitúe al comienzo de la dimensión constitucional de las Entidades Locales aunque más a efectos metodológicos que dogmáticos, como veremos más abajo<sup>69</sup>.

El elemento que sustenta esta concepción que ha hecho de la autonomía local el núcleo de la construcción dogmática del régimen jurídico de los Entes Locales es doble, con un elemento manifiesto y otro latente. El elemento manifiesto es la calificación de estos Entes como Administraciones (que lo son) y sólo Administraciones (que no lo son). No hace falta recurrir a argumentos nominalistas (“...Su gobierno y administración...”) pues una noción simple de Administración Pública conforme a la Constitución nos dice que ésta no gobierna, que está separada del Gobierno que la dirige, que es un instrumento al servicio de una política fundada en un programa de gobierno aceptado por el Congreso de los Diputados y, en fin, que los ciudadanos no elegimos por votación a los Ministros o a los Subsecretarios. En cuanto al elemento latente (que difícilmente se explicitaría) es que, por tratarse de una Administración, ésta realiza una gestión despolitizada cuando precisamente su capacidad de dirección política, de selección entre varias políticas públicas conforme a un programa de gobierno, su funcionamiento fundado en la dialéctica mayoría-oposición y hasta el control democrático que suponen las elecciones, en fin, hace de estas Entidades unos órganos con facultades de gobierno (con intereses limitados pero reales) que se valen, para la ejecución de sus políticas específicas, de una Administración que actúa con criterios y medios semejantes a las Administraciones estatal y autonómicas<sup>70</sup>. Por eso la doctrina más lúcida ha podido hablar del sistema político local<sup>71</sup>.

69. La STC 33/1993 cit., FJ 3, señala que “... uno de los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones locales...” También destacan la importancia del elemento democrático como componente básico de la autonomía municipal Alarcón García: op. cit., págs. 77 y 95-96; y Marazuela: op. cit., págs. 380-381.

70. Véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local...* cit., págs. 175-178, así como Javier García Fernández: “Autonomía municipal y acción de gobierno”, cit., *in totum*.

71. Miguel Sánchez Morón: “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana” cit. También Mariano Baena del Alcázar: “Problemas políticos y administrativos de los municipios españoles”, en Carlos Alba y Francisco J. Vanaclocha (eds.): op. cit., págs. 301-319.

De ahí que el debate sobre el *quantum* y las modulaciones del alcance de la reserva de ley para ordenar las competencias municipales con el fin de respetar la autonomía sea bastante estéril. Y más lo es la contraposición entre garantía institucional y constitucional a lo que nos referiremos más adelante. El Derecho constitucional ha de realizar una tarea primordial cual es la de inferir de la Constitución una formulación completa del principio de autonomía local en la medida que este principio es el instrumento que posibilita la gestión de sus intereses respectivos. Esta formulación, digámoslo de entrada, no se deduce exclusivamente de los Capítulos Primero y Segundo del Título VIII pues, sin ánimo exhaustivo, se extrae de otros muchos preceptos constitucionales:

- \* el artículo 3 para el uso de las lenguas en el ámbito del régimen local;
- \* el artículo 5 dedicado al régimen municipal de la villa de Madrid;
- \* el artículo 9 relativo al sometimiento de las Entidades Locales al ordenamiento y a los principios fijados en el apartado 3 de este precepto;
- \* el artículo 11 en cuanto que la nacionalidad se puede adquirir de origen por el nacimiento en el territorio de un término municipal, territorio que entra, además, en el ámbito de opción del extranjero que adquiere aquélla, todo lo cual incide en las competencias de organización del Padrón Municipal de Habitantes<sup>72</sup>;
- \* el artículo 21 para el derecho de reunión dentro del término municipal<sup>73</sup>;
- \* el artículo 22 para la inserción del derecho de asociación en la participación en las instituciones municipales;
- \* el artículo 23 tanto para la referida participación como el acceso individual a cargos públicos locales;
- \* el artículo 24 para acceder a la tutela judicial frente a las decisiones de las autoridades locales;
- \* el artículo 25.3 sobre el alcance de la potestad sancionadora de los Entes Locales;

72. Ex artículos 15 y 17 a 28 del Código Civil.

73. Como se puede observar en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión tras su reforma por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril.



\* el artículo 26 sobre la prohibición de los Tribunales de Honor en las Entidades Locales;

\* el artículo 27 sobre la posición de los Entes Locales ante el derecho a la educación;

\* el artículo 28 en relación con el respeto de las Entidades Locales por los derechos de sindicación y de huelga;

\* el artículo 29 sobre la posición de las Entidades como destinatarias del derecho de petición;

\* el artículo 30 en cuanto las Entidades Locales pueden ser, si la Ley lo establece, Administraciones colaboradoras en la gestión del servicio militar;

\* el artículo 31 en lo que se refiere a las características del sistema tributario;

\* el artículo 32 en cuanto a las formas del matrimonio que abre, como así ha ocurrido conforme a la Ley ordinaria, nuevos campos competenciales a las Entidades municipales o, al menos, a sus órganos<sup>74</sup>;

\* los artículos 33, 37 y 38 en cuanto los derechos ahí reconocidos (de propiedad, de negociación colectiva, de conflicto colectivo y de libertad de empresa) enmarcan la acción económica y laboral de las Entidades Locales;

\* los artículos 39 a 41 y 43 a 51 que establecen principios sociales y económicos que vinculan a todos los poderes públicos y abren la posibilidad y al propio tiempo legitiman las políticas públicas locales<sup>75</sup>;

\* el artículo 54 en cuanto la referencia a la Administración (*tout court*) cuya actividad supervisa el Defensor del Pueblo parece aplicable a las Administraciones de las Entidades Locales<sup>76</sup>;

74. Artículos 49, 51, 55, 57 y 58 del Código Civil en la redacción establecida por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre.

75. Véase Quim Brugué y Ricard Gomà (coords.): *Gobiernos locales y políticas públicas. Bienestar social, promoción económica y territorio*, Ariel, Barcelona, 1998, cuyos tres apartados (políticas locales de bienestar social, políticas locales de promoción económica y políticas locales de territorio) parecen un comentario práctico, en clave local, del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución

76. Aunque la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, no contiene referencias particulares a la Administración Local, la práctica de este órgano ha extendido su supervisión a ésta.

\* los artículos 68 y 69 que fijan como circunscripción electoral a una de las Entidades Locales, a la Provincia para el Congreso de los Diputados, y a ésta y a las Islas para una parte del Senado;

\* el artículo 81 en cuanto se requiere la forma de ley orgánica para la legislación electoral general que disciplina las elecciones locales;

\* el artículo 86 en cuanto, *a contrario sensu*, proscribire la utilización del decreto-ley para ese régimen electoral local;

\* el artículo 87 por la misma interpretación *a contrario sensu* al prohibir la iniciativa legislativa popular para el régimen electoral local;

\* el artículo 103 cuyos principios fijados en el apartado 1 y cuya reserva de ley sobre la función pública *ex* apartado 3 son predicables del aparato administrativo de las Entidades Locales;

\* el artículo 105 establece reserva de ley para un conjunto de materias relativas a la actuación administrativa que abarca a las Administraciones Locales;

\* el artículo 106 que establece el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa;

\* el artículo 117.3 que, *a contrario sensu*, excluye a las Entidades Locales de toda actuación jurisdiccional (incluso la meramente ejecutiva) de lo juzgado;

\* el artículo 123 permite que se interponga ante el Tribunal Supremo el recurso de casación de las actuaciones de control jurisdiccional relativas a las Entidades Locales contempladas en el anteriormente citado artículo 106 (interpretando *a contrario sensu* lo previsto en el artículo 152.1);

\* el artículo 127 prohíbe a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo desempeñar cargos representativos en las Entidades Locales;

\* el artículo 128.2 conforme al cual se reconoce la iniciativa local en la actividad económica;

\* el artículo 130 que obliga a todos los poderes públicos a modernizar y desarrollar los sectores económicos incluidas las zonas de montaña;

\* el artículo 132 que establece la reserva de ley para la regulación de los bienes de dominio público locales y, dirigido expresamente el precepto a las Entidades Locales, de los bienes comunales;

\* el artículo 133.2 que reconoce potestad tributaria a las Corporaciones Locales con sometimiento a la Constitución y a la ley;

\* el artículo 133.4 somete a la ley las obligaciones financieras de las Entidades Locales;

\* el artículo 134.7 que prohíbe crear tributos (en otros, locales) mediante ley de presupuestos;

\* el artículo 136 atribuye al Tribunal de Cuentas la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades Locales;

\* el artículo 143 faculta a las Provincias a constituirse en Comunidades Autónomas y atribuye a Diputaciones, órganos interinsulares y Municipios la iniciativa del proceso autonómico;

\* el artículo 144 que contiene una previsión similar en supuestos más excepcionales;

\* el artículo 146 prevé que el proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta, entre otros, por los miembros de las Diputaciones y órganos interinsulares;

\* el artículo 148.1.2 permite atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre alteraciones de términos municipales más las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación de régimen local;

\* el artículo 148.1.3 también permite atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, que son materias que, conforme a la legislación sectorial y local vigente en el momento de promulgarse la Constitución, guardan estrecha relación con el régimen local;

\* el artículo 148.1.9 permite atribuir igualmente a las Comunidades Autónomas competencias sobre la gestión medioambiental, de evidentes conexiones sobre todo municipales;

\* el artículo 148.1.15 y 16 contempla atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre museos, bibliotecas y patrimonio monumental, materias todas de clara conexión con las Entidades Locales;

\* el artículo 148.1.18, 19, 20 y 21 prevé la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias sobre turismo, deporte, asistencia social, sanidad e higiene, que, conforme a la legislación de régimen local vigente en 1978, poseen alcance local (municipal o provincial);

\* el artículo 148.1.22 permite atribuir a las Comunidades Autónomas la coordinación y demás facultades con relación a las policías locales en los términos de una ley orgánica;

\* el artículo 149.1.14 atribuye al Estado competencias sobre Hacienda General, lo que abarca la de naturaleza local si ponemos en relación este precepto con el artículo 142;

\* el artículo 149.1.16, al atribuir al Estado competencias sobre bases y coordinación general de la sanidad, abre la posibilidad de que la ley atribuya competencias sanitarias a las Entidades Locales;

\* el artículo 149.1.18 no precisa mayores comentarios pues desde los primeros momentos se aceptó pacíficamente que entre las Administraciones Públicas a que se refiere este precepto estaban todas las Administraciones Locales;

\* el artículo 149.1.21 atribuye al Estado la competencia sobre tráfico y circulación de vehículos de motor, competencia que, conforme a la legislación vigente al promulgarse la Constitución, permite atribuir ciertas funciones a las Entidades Locales, especialmente a las municipales;

\* el artículo 149.1.23 cuyo contenido medioambiental, igual que decíamos respecto el artículo 148.1.9, permite que la legislación configure competencias locales sobre el medio ambiente;

\* el artículo 149.1.29 que se refiere a la seguridad pública y que, al igual de los números que estamos viendo en el artículo 149.1, permite configurar competencias de las Entidades Locales que ya estaban reguladas antes de entrar en vigor la Constitución;

\* el artículo 150, en su triple contenido de leyes marco, leyes orgánicas de transferencia y delegación, y leyes de armonización permite, en sentido descendente o ascendente, transferir, delegar, armonizar o establecer el marco estatal de las materias que hemos citado a propósito de los artículos 148 y 149;

\* el artículo 152.3 autoriza a los Estatutos de Autonomía a establecer circunscripciones territoriales propias que evidentemente tienen naturaleza de Entidades Locales<sup>77</sup>.

Esta relación de preceptos constitucionales puede parecer demasiado extensa o incluso “inflada” pero está elaborada exclusivamente con aquellos artículos que en la Constitución aluden expresamente a las Entidades Locales<sup>78</sup> o bien con aquéllos que contemplan o contienen materias que, conforme a la legislación vigente al entrar en vigor la Constitución o, incluso, conforme a la legislación histórica de régimen local, estaban atribuidas a Municipios y Provincias.

Con este elenco de artículos, ¿cómo es posible sostener que la Constitución no aporta una noción de autonomía local y que esta noción es sólo de configuración legal, como suele señalar el Tribunal Constitucional?. Mucho más determinada está la noción de autonomía local a partir de su inferencia constitucional que muchos de los derechos fundamentales cuyo núcleo esencial ha tenido que acabar configurando el propio Tribunal Constitucional. Y está muy determinada porque la Constitución establece, no sin precisión, cuales son los intereses que corresponden a las Entidades Locales, intereses que gestionan con autonomía como dice el último inciso del artículo 137 de la Constitución. Así lo ve Morell Ocaña cuando afirma que la dotación de un contenido preciso a la autonomía local se realiza mediante el otorgamiento de unos poderes que se expresan en forma de competencias administrativas<sup>79</sup>. Lo que ocurre es que para extraer el contenido constitucional de la autonomía local la mayoría de la doctrina se queda en los artículos 137 y 140 a 142 y eso da una visión limitada y reduccio-

77. Artículo 37 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, artículos 27.2 y 40.1 del Estatuto de Autonomía para Galicia, etc.

78. Un autor que expresamente cita otros varios preceptos constitucionales que inciden en la autonomía local es José Luis Carro Fernández-Valmayor: “El debate sobre la autonomía municipal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, págs. 60-61. Esta interpretación del principio de autonomía local no limitada a los artículos 137 y 140 a 142 está también apuntada, aunque de pasada en el trabajo de Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes “Aspectos institucionales de la autonomía local”, en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial* cit., págs. 53-54.

79. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 58.

nista<sup>80</sup>. Aunque hay autores que de estos escasos artículos extraen consecuencias concretas para sentar las bases de algunos de los elementos fundamentales del régimen local como, por ejemplo, Ortega Álvarez para las competencias<sup>81</sup>.

En consecuencia, si la Constitución, al aportar una noción amplia de las Entidades Locales, de sus intereses (y por ende, de sus competencias) aporta, en paralelo, una noción igualmente amplia de autonomía local, este principio no está sometido, en un primer grado, a la configuración legal ni la ley está llamada a fijar el *quantum* de autonomía local, como suele afirmarse<sup>82</sup>. La misión de la Ley es traducir normativamente el principio fijando:

\* qué organización es más respetuosa con la autonomía definida en la Constitución;

\* qué competencias permiten el ejercicio pleno de la autonomía para asegurar la efectividad de sus intereses;

\* qué tipo de relaciones jurídicas pueden desarrollar con el Estado y con las Comunidades Autónomas para hacer efectivo el principio,

\* qué procedimientos respetan más la posición preeminente del Estado o de las Comunidades Autónomas a fin de asegurar el ejercicio de las competencias del uno o de las otras;

\* con qué medios financieros y materiales pueden contar las Entidades Locales para gobernar y administrar con plena autonomía.

80. Tiene razón en parte Javier García Roca cuando afirma que “el carácter escueto y elástico de los preceptos constitucionales sobre la autonomía local ha constituido un pretexto para no extraerles toda su eficacia normativa” (“El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 282, enero-abril 2000, pág. 34) y digo en parte porque, como hemos visto, de la Constitución se desprenden muchos más elementos configuradores de la autonomía local de lo que aparece a primera vista.

81. “Son, como vemos, un conjunto de elementos constitucionales expresos [se refiere a los artículos 133.2, 137, 140 y 142] que ponen las bases de una construcción del régimen constitucional de las competencias locales” (Luis Ortega Álvarez: “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. extra., 2000, pág. 35). Este autor matiza así su posición anterior (*El régimen constitucional de las competencias locales*, Instituto Nacional de Administración Local, Madrid, 1988, págs. 15-17) donde señalaba la pobreza del tratamiento constitucional de las competencias.

82. “No es una autonomía en el marco de la ley, es una autonomía en el marco del bloque de la constitucionalidad” (Javier García Roca: “El concepto actual... cit., pág. 36).

Determinar estos extremos es la función de la ley pero esta determinación parte de la configuración que la Constitución ha establecido acerca de lo que es la autonomía local. Por eso puede decirse, como conclusión, que la Constitución contiene una noción precisa y relativamente amplia de la autonomía local y que esa noción es previa a la ley<sup>83</sup>, la cual viene a servirla y a desarrollarla, nunca a recrearla, lo que obliga a matizar lo que apuntó en su momento el propio Tribunal Constitucional, como por ejemplo y a modo de resumen de otras muchas, la sentencia 170/1989, de 19 de octubre, donde se afirma “la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal”<sup>84</sup> ya que el contenido aparece bastante determinado en la Constitución. Es más, la ley está limitada y no podría arrogarse la función de extender o limitar el alcance real de la autonomía local so pretexto de la indeterminación conceptual de la Constitución<sup>85</sup> porque la autonomía es un instrumento al servicio (y para la garantía) de los intereses propios como bien señala el segundo y último inciso del artículo 137 de la Constitución<sup>86</sup>.

### ***5. El núcleo de la regulación constitucional de las entidades locales***

De ello resulta, descendiendo un poco más en el contenido local de la Constitución, que el núcleo de la regulación constitucional de las Entidades Locales no es la autonomía sino los intereses propios garantizados por medio de la autonomía, en donde lo sustantivo son los intereses y lo instrumental es la autonomía. Luego, la función de la ley no es tanto concretar el principio sino definir esos intereses que los Entes Locales tienen ya atribuidos por la Constitución. Ciertamente que la noción de intereses respectivos o propios es un concepto indeterminado como apuntó el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1981, pero es más difícil compartir con el Tribunal que esa indeterminación sólo permite orientar al legislador<sup>87</sup> ya que la orientación del legislador viene de

83. “Quiere, en especial, decirse que es la Constitución –y no la ley– quien directamente esboza el ámbito de un ente territorial, la función principal y algunas características y deja a la ley su concreción o desarrollo” (Javier García Roca: “El concepto actual... cit., pág. 36).

84. STC 170/1989, de 19 de octubre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Asamblea de Madrid, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, Ponente: Gimeno Sendra, FJ 9 (J.C., t. 25, págs. 274-296). En la misma concepción, STC 46/1992, de 2 de abril, cit. Y antes en la STC 4/1981, de 2 de febrero cit., FJ 3.

85. Cuestión similar se ha planteado en Italia respecto a la relación Constitución/Ley como se ve en el breve trabajo de Elisabetta Lamarque: “Consideración sulla ‘forma’ della legge italiana sugli enti locali”, en el vol. col. *Autonomie locali in Germania e in Italia*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 145-152.

86. Sobre el alcance de estos intereses, véase José Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 52-54.

87. STC 37/1981, de 16 de noviembre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías, Ponente: Rubio Llorente, FJ 1 (J.C., t. 2, págs. 293-322).

numerosos preceptos constitucionales de modo que no se da el esquema siguiente:

concepto constitucional indeterminado → legislador,

sino la siguiente secuencia que es algo más compleja:

conceptos constitucionales determinados → (se resumen en un) concepto constitucional genérico (pero no indeterminado) → legislador.

Queda sin embargo una objeción que puede presentarse: si el principio de autonomía local tiene naturaleza doblemente subordinada (porque trae causa del principio democrático y porque es un instrumento al servicio de los intereses propios de las Entidades Locales) ¿por qué en el presente trabajo lo presento, junto al sistema de fuentes, como fundamento constitucional básico del Derecho local?. Porque es el primer fundamento específico del Derecho local, esto es:

\* el principio democrático recubre todos los órganos e instituciones creadas por la Constitución de modo que no puede ser el fundamento de un órgano o institución concreta al serlo de todas<sup>88</sup>;

\* los intereses locales a que alude el artículo 137 si bien son específicos de las Entidades Locales no van necesariamente conectados al principio democrático, de modo que la Administración Local de un Estado autoritario también tiene atribuidos ciertos intereses propios<sup>89</sup>;

\* por ende el principio de autonomía es la forma jurídica concreta que permite conectar principio democrático e intereses de las Entidades Locales.

88. Sobre el principio democrático véase el magistral trabajo de Carlo Lavagna “Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici”, recogido en sus *Problemi giuridici delle istituzioni*, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 3-33. Y para el ordenamiento español, Manuel Aragón Reyes: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, *in totum*.

89. Por ejemplo, en la Base Primera de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 se decía: “Corresponden a los Municipios y a las provincias, por medio de sus órganos representativos, el gobierno y dirección de los intereses peculiares de su territorio...”. Y el artículo 5 del Texto Articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 se iniciaba de la siguiente manera: “Los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales son Corporaciones a las que corresponde el gobierno y administración de los intereses públicos peculiares de su territorio...”.



Luego, es el carácter instrumental y no sustantivo de la autonomía local lo que paradójicamente convierte a ésta en uno de los fundamentos de la constitucionalización del Derecho local. De ahí que sea innecesaria la polémica acerca de si está dotada de una garantía institucional o constitucional pues el principio de autonomía local no sólo está recogido en la Constitución sino que hay muchos preceptos constitucionales, como hemos visto más arriba, que configuran el ámbito de los intereses locales propios y es sobre ese ámbito sobre el que planea, para su adecuada gestión, el principio de la autonomía. Y ese es el ámbito atribuido a la ley, el de ordenar conforme a técnicas jurídicas el alcance de los intereses locales y fijar los procedimientos para su gestión autónoma.

Con lo dicho no pretendo criticar la posición de alguna doctrina (Aja, García Morillo, García Roca)<sup>90</sup> que se inclinan por la noción de garantía constitucional antes que la discutible noción de garantía institucional. Creo que estos autores han contribuido positivamente a salir del campo “institucionalista-schmittiano” en el que alguna doctrina y el propio Tribunal Constitucional encerraron al principio de autonomía local con lo que vinieron a desconstitucionalizarlo. Pero, cumplido correctamente este cometido, ¿qué sentido tiene mantenerlo en la actualidad?. ¿Tiene sentido hablar de una garantía constitucional de las Comunidades Autónomas o del Gobierno por temor a que la Ley, ordinaria u orgánica, desvirtúe aquéllas o éste?<sup>91</sup>.

La autonomía local es un principio constitucional bien determinado en la Constitución y una Ley que desvirtuara o mermara su alcance sería pura y llanamente inconstitucional no por causa de ninguna declaración expresa de garantía sino por vulnerar la Constitución<sup>92</sup>. Hay que recordar a este respecto que Mortati, asumiendo toda la doctrina anterior que había trabajado sobre la noción

90. Eliseo Aja: op. cit.; Joaquín García Morillo: op. cit.; y Javier García Roca: “El concepto actual...” cit. Un constitucionalista que, en principio, se alinea con la doctrina de la garantía institucional pero que alude luego a la garantía constitucional es Manuel Aragón Reyes: “El tratamiento constitucional de la autonomía local”, en la obra col. *Organización territorial del Estado (Administración Local)* cit, vol. II, pág. 486.

91. Por eso la somera referencia al constitucionalismo histórico, extranjero y español, del apartado segundo de este trabajo. ¿Es concebible que una materia tan constitucionalizada como el Gobierno necesite una especial garantía?

92. En el trabajo de Javier García Roca, “El concepto actual...” cit., se conecta la Constitución con la Carta Europea de Autonomía Local (págs. 45-48) para añadir un criterio hermenéutico para una interpretación constitucionalmente adecuada del principio de autonomía local. Pero me parece una extensión inadecuada pues si bien puede ser un criterio orientador para el legislador no puede serlo para el interprete constitucional que no está condicionado por un Tratado internacional salvo (relativamente) los contemplados por el artículo 93 de la Constitución.

de garantía constitucional (especialmente Galeotti) afirmaba: “*tutto l’ordine giuridico ha..., questa funzione de garanzia; ed in particolare ogni istituto è congegnato, nella struttura e nel funzionamento, in modo de prevenire possibilità di deviazioni dalle finalità cui è indirizzato*”<sup>93</sup>, agregando que esa finalidad de garantía informa todos los institutos que establece la Constitución: separación de poderes, bicameralismo, renovación periódica de los cargos públicos, que normalmente poseen, más específicamente, una garantía jurisdiccional por medio de la jurisdicción constitucional. Por eso, una vez rebasada la noción de garantía institucional no tiene sentido sustituir un adjetivo por otro. Como instituto fijado en la Constitución, la autonomía local tiene la misma garantía que el sufragio universal, la iniciativa legislativa del Gobierno o la Regencia y no se nos ocurre hablar de la garantía constitucional de estas instituciones. En definitiva, a mi entender, la expresión garantía constitucional sólo quiere decir que la autonomía local ha de tener una garantía jurisdiccional en sede del Tribunal Constitucional<sup>94</sup>, lo cual iba de suyo pues, como decía Virga, toda violación de la Constitución constituye un ilícito contra el que el ordenamiento debe reaccionar con las sanciones adecuadas<sup>95</sup>. Y si descendemos un poco más y nos vamos a la muy completa taxonomía que hizo Lavagna<sup>96</sup>, llegamos a una conclusión similar, la autonomía local sería una garantía explícita, directa y de observación... como otras similares que contiene la Constitución.

Por eso, cuando la Constitución afirma en su artículo 140 que “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios” está introduciendo, más que una especial garantía constitucional para el principio de autonomía, una afirmación de pleno contenido histórico para remachar que el texto constitucional se inclina del lado de las Constituciones progresistas españolas que reconocían la posición política autónoma del Municipio.

Y por ello también tiene pleno sentido (más allá de la forma procesal concreta) un procedimiento que en sede de Tribunal Constitucional venga a defender la autonomía local pues lo que realmente está en juego es un sistema de distribución de competencias que, por intermediación de la ley, viene a fijar el alcance jurídico preciso de los intereses locales<sup>97</sup>, lo que carecía de específica

93. Costantino Mortati: *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padua, 1976, 9ª ed., t. II, pág. 1223.

94. Sobre esa garantía en sede de Tribunal Constitucional, véase Pablo Pérez Tremps: *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons Ed., Madrid, 1998, págs. 21-24.

95. Pietro Virga: *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1979, 9ª ed., pág. 513.

96. Carlo Lavagna: *Istituzioni...* cit., págs. 474-478.

97. Sobre las insuficiencias del ordenamiento para defender la autonomía local con anterioridad a la

garantía en sede de Tribunal Constitucional. El nuevo Capítulo IV del Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>98</sup> viene a defender, pues, no un instrumento como la autonomía sino unas competencias que traen causa de los intereses locales que la Constitución describe y la ley desarrolla y eventualmente conculca<sup>99</sup>. Lo cual, a su vez, nos lleva al tema del parámetro de control. A mi entender, y situándonos a medio camino entre las posiciones que ponen a la Constitución como canon de inferencia y las que lo extienden a la ley ordinaria, especialmente la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>100</sup>, considero que es la Constitución la que puede aportar el parámetro de control en la mayoría de los casos<sup>101</sup> si bien cuando ésta no pueda aportarlo habrá que acudir a la ley ordinaria, y muy especialmente a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>102</sup> y ello porque, como estamos tratando de explicar, la

Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, véase José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, págs. 40-41. Igualmente, Tomás Font I Llovet: “El recurso de protección constitucional de la autonomía local”, en la obra col. *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, págs. 89-93. Por último, Jorge Rodríguez-Zapata: “Autonomía local y procesos jurisdiccionales: el problema de la legitimación”, en *Anuario del Gobierno Local*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 259-290.

98. Sobre la historia de esta reforma, sus antecedentes doctrinales y su régimen jurídico, véase Manuel Pulido Quecedo: *La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el Conflicto en Defensa de la Autonomía Local*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, especialmente págs. 23-36. Igualmente tiene interés el dictamen de Javier García Roca “Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: ¿es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?”, en la obra col. *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional* cit., págs. 15-53. Y para su régimen jurídico, también de Javier García Roca: “El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. extra., 2000, págs. 5-32, así como Pérez Tremps: op. cit.; José María Porras Ramírez: “El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, julio-septiembre 2000, págs. 373-387, y del mismo Porras Ramírez: *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 2001. También hay un buen compendio del nuevo procedimiento en Manuel Lanusse Alcover: “El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local”, en Remedios Ferrero Micó (coord.): *Autonomía Municipal en el mundo mediterráneo*, Fundación Profesor Manuel Broseta – Corts Valencianes, Valencia, 2002, págs. 287-309.

99. En el mismo sentido, Pulido Quecedo: op. cit., págs. 42-43.

100. Para un resumen de tales posiciones doctrinales, Pulido Quecedo: op. cit., págs. 52-57.

101. En contra, la posición sostenida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 27/1987, de 27 de febrero, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de las Cortes Valencianes, por la que se declaran de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las Diputaciones Provinciales, Ponente: Begué Cantón, FJ 4 (*J.C.*, t. 17, págs. 283-309).

102. A ello parece apuntar, sin embargo, la STC 11/1999, de 11 de febrero, Pleno, cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinados preceptos de la Ley 3/1987, de 8 de abril, de la Junta General del Principado de Asturias, de Disciplina Urbanística, Ponente: Mendizábal Allende, FJ 2 (*J.C.*, t. 53, págs. 95-122). Sin embargo, esa idea someramente apuntada se desvía a continuación para analizar la confrontación o coextensión de los artículos 137 y 149.1.48 de la Constitución.

Constitución aporta una noción de intereses-competencias-autonomía locales bastante más amplia de lo que suele creerse y, en segundo lugar, porque si admitimos la naturaleza instrumental de la noción de autonomía, ésta sólo adquiere cuerpo en conexión con los intereses locales a los que sirve.

En conclusión, el principio de autonomía local está subordinado al principio democrático, que lo antecede, y sirve para conectar a aquél con la noción de intereses que precede a las competencias específicas que ejercitan las Entidades Locales. Y, en segundo lugar, es un principio bastante perfilado por la propia Constitución por lo que no es de configuración legal pues, en contra de lo que creen algunos que han visto en la relación autonomía local-ley una de las peculiaridades constitucionales (y por ende, definitorias) del régimen local, este fenómeno se da también en otros muchos campos del Derecho constitucional, concretamente los que se refieren a los principios rectores de la política social y económica cuya concreción (instrumentos de realización para su reconocimiento efectivo, garantías, alcance de la intervención de los poderes públicos, etc.) se ha de efectuar a través de la ley con la particularidad de que la ley está predefinida por la formulación constitucional de tales principios que han de servir, a pesar de su aparente indeterminación, de parámetro a la constitucionalidad de aquélla. En definitiva, la ley tiene que hacer efectivos esos principios pero no es libre ni discrecional para proceder a su concreción<sup>103</sup>.

103. Así lo ha visto, para el caso del Patrimonio Histórico *ex* artículo 46 de la Constitución, Gerardo Ruiz-Rico: “La disciplina constitucional del Patrimonio histórico en España”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 4, 2000, págs. 29-76.