SUBSIDIARIEDAD Y CONSTITUCIÓN

Por el Dr. Tommaso Edoardo Frosini
Catedrático de Derecho público comparado
Facultad de Derecho de la Universidad de Sassari

SUMARIO

1. ORIGEN Y DOBLE SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «SUBSIDIARIEDAD»

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD VERTICAL EN EL TRATADO DE MAASTRICHT

3. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA: BREVE REFERENCIA

4. LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA CULTURA JURÍDICA ALEMANA E ITALIANA

5. PERFILES CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA Y PROBLEMÁTICA

6. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

7. LA SUBSIDIARIEDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN BICAMERAL

8. LA SUBSIDIARIEDAD «*A COSTITUZIONE INVARIATA*»

9. FEDERALISMO E SUSSIDIARIETÀ NELLA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL 2001

10. ALGUNAS OBSERVACIONES Y UN COMENTARIO

11. CONSIDERACIONES FINALES. SUBSIDIARIEDAD Y SOLIDARIDAD

12. SIGUE: SUBSIDIARIEDAD COMO PROMOCIÓN

13. ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ORIGEN Y DOBLE SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «SUBSIDIARIEDAD»

El de la «subsidiariedad» es un principio político presente, desde hace tiempo, en la tradición de pensamiento de la doctrina social de la Iglesia Católica, de reciente adquisición en el ámbito del ordenamiento comunitario y por último, en el derecho interno italiano. Su significado esencial reside en la idea de que una sociedad, una organización o una institución de orden superior a otra no deba interferir en la actividad de esta última, inferior a ella, limitándola en sus competencias, «pero debe más bien sostenerla en caso de necesidad, y ayudarla a coordinar su acción con la de los otros componentes sociales, en vista del bien común». Estas son las expresiones con que el principio es descrito, en el presente, en la *Lettera Enciclica Centesimus Annus* del Papa Juan Pablo II.

El término subsidiariedad, por tanto, ha adquirido sólo recientemente, en el léxico político y jurídico, su valor específico de significado; más bien, se puede decir su ambivalencia, ya que está acompañado y definido por el adjetivo «vertical», o bien, por el de «horizontal».

El origen del vocablo es antiguo, puesto que se remonta al latín *subsidium*, que designaba el orden militar de los *triari,* esto es, las tropas de refuerzo (las *subsidiariae cohortes*); del vocablo originario se deriva el término italiano de «*sussidio*» entendido correctamente en el sentido de ayuda económica provista a los necesitados. Como se verá, el significado asumido por dicho término en el lenguaje político y jurídico es, en cambio, de sentido opuesto al indicado, ya que con éste se designa principalmente no ya la ayuda prestada, sino, por el contrario, el principio de abstención de intervención directa, por respeto al principio de autonomía de los sujetos jurídicos privados o públicos.

Entendido en el primer sentido, el vertical, la subsidiariedad se refiere a la relación entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales en el plano del derecho internacional, o bien, a la relación entre el Estado y los entes a él sometidos pero dotados de autonomía como las regiones, las provincias, los municipios, en el plano del derecho interno.

Entendido en el segundo sentido, el horizontal, la subsidiariedad se refiere a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sea como individuos, sea en las formaciones sociales donde se desarrolla la persona, con el explícito propósito de dejar el mayor espacio posible a la autonomía privada reduciendo así a lo esencial la intervención pública.

En este doble valor de significado –o bien de manifestación concreta, fundada sobre el binomio de la verticalidad y horizontalidad– el principio de subsidiarie-

dad ha venido a situarse en la cúspide, importantísima en un Estado de democracia pluralista, entre la esfera de la descentralización institucional y la de la autonomía de la social, en cuanto principio inspirador de un proceso de socialización de los poderes públicos. De este modo, según la perspectiva expuesta, el principio de subsidiariedad surge como idea fuerte del Constitucionalismo contemporáneo, como una de las técnicas para el logro de la pacificación social o para la resolución de conflictos, en el respeto absoluto de los derechos y de las libertades individuales; y además, como técnica (constitucional) que funciona con el fin de la reestructuración de equilibrios entre público y privado, según una (correcta) torsión que acentúa la concepción liberal-democrática del ordenamiento estatal.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD VERTICAL EN EL TRATADO DE MAASTRICHT

Antes de adentrarnos en la problemática política y jurídica de la subsidiariedad horizontal, como surge del análisis y de la comparación del aparato normativo que muestra la regulación de las relaciones entre el Estado y el ciudadano, objeto principal de la presente investigación, es oportuno hacer (una breve) referencia a la subsidiariedad vertical, la cual, como se ha aludido anteriormente, tiene como carácter principal y distintivo la referencia a la relación entre la Comunidad europea y cada uno de los Estados que la componen.

En efecto, el término ha hecho irrupción, es el caso decirlo, en la literatura jurídica con motivo de la promulgación del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, el cuyo art. 3B incluye la siguiente disposición:

> «La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.
>
> En los ámbitos que no sea de su competencia exclusiva, la Comunidad interviene, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.
>
> Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

Algunas consideraciones rápidas sobre este importantísimo artículo: en primer lugar, es posible observar que el principio de subsidiariedad no es de aplicación general, sino que, por el contrario, vale sólo para aquellos ámbitos que no son de competencia exclusiva comunitaria; por lo tanto, éste se aplica cuando la competencia comunitaria convive con la de los Estados miembros, o sea, en la hipótesis de «competencia concurrente», que sería una especie de co-ejercicio transitorio de potestad normativa, por parte de la Comunidad y de los Estados miembros, sobre el mismo objeto. Además, del art. 3B, párrafos segundo y tercero, se deducen las dos condiciones objetivas de ejercicio de la acción comu-

nitaria: en primer lugar, las instituciones comunitarias pueden intervenir sólo cuando ello resulte ser «necesario»; en segundo lugar, la intensidad de su intervención debe ser «proporcional» a los objetivos perseguidos. Por cuanto concierne a la primera condición, la necesidad de la intervención subsiste cuando los objetivos que se persiguen no puedan ser suficientemente realizados por los Estados miembros debido a la dimensión o a los efectos que la acción prevista para conseguirlos es susceptible de producir, pero pueden, en cambio, ser realizados mejor a nivel comunitario. Respecto a la segunda condición, en cambio, la intervención comunitaria debe respetar el principio de proporcionalidad, desde el momento en que debe limitarse «a lo necesario» para el logro de los objetivos previstos por el Tratado de Maastricht.

Cierto, y más allá de estas rápidas observaciones, se ha dicho que la introducción del principio de subsidiariedad en un Tratado internacional –que puede ser definido de manera forzada como «super-constitucional», en la medida que vincula y dirige la Constitución de los países adheridos a la Unión Europea– ha desencadenado, como era previsible, una serie de implicaciones de no fácil resolución. Come ocurre en el caso de Alemania, que a continuación examinamos.

3. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA: BREVE REFERENCIA

La introducción del principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario ha tenido inmediatamente consecuencias relevantes en la legislación estatal de uno de los Estados miembros, como la República Federal Alemana. En efecto, el Parlamento alemán ha procedido rápidamente a sustituir el texto del art. 23 de la Ley Fundamental *(Grundgesetz),* que contenía el elenco de los *Laender* componentes de la República Federal. De todos modos, éste fue modificado después de la unificación de la Alemania occidental con la oriental (la República Democrática Alemana) y el consiguiente aumento del número de *Laender*. Por ello, el Parlamento ha introducido en la Ley Fundamental el nuevo art. 23 del siguiente sentido: «1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos, y con el **principio de subsidiariedad** y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable, en lo esencial, a la de la presente Ley Fundamental».

El artículo continúa con párrafos sucesivos, tendentes a regular las relaciones con la Unión Europea, de una parte, y con los *Laender*, de otra, como se establece en el párrafo 6.º: «Cuando en un punto esencial resulte afectadas competencias legislativas exclusivas de los Estados, la Federación deberá encomendar a un representante de los Estados, designado para ello por el Consejo Federal, el ejercicio de los derechos que corresponden a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea».

El problema, que ha despertado la atención de los intérpretes constitucionales a consecuencia de la modificación del art. 23 de la Ley Fundamental, es el siguiente: la introducción del principio de subsidiariedad ¿sirve, en general, como principio constitucional? Algunos estudiosos, como *Volkmar Goetz* y *Michael Hecker*, han sostenido recientemente que el sentido histórico de la mención del principio de subsidiariedad en el art. 23 era exclusivamente el de impedir que la Unión Europea erosionase excesivamente las competencias de los Estados, de Alemania, de los *Laender* alemanes en particular. Por tanto, el principio de subsidiariedad citado en el art. 23 coincidiría solamente con el principio de subsidiariedad según el art. 3B del Tratado de Maastricht, sin tener ninguna forma de incidencia sobre el plano organizativo y estructural a nivel interno.

Sin embargo esta posición, expresada por una parte de la doctrina alemana, no encuentra plena acogida y resulta ser rígidamente impeditiva respecto a una expansión del principio de subsidiariedad, que por medio de Europa se vendría a trasladar a cada una de las realidades de los Estados; a esto se añade que en Alemania se ha procedido a constitucionalizar el principio, y que el mismo podría funcionar también como parámetro de referencia para los jueces de la constitucionalidad de las leyes, así como fuente de normas, y por tanto, capaz de ser adaptado a las especialidades de casos imprevistos, según una potencialidad o virtualidad inagotable.

4. LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA CULTURAL JURÍDICA ALEMANA E ITALIANA

Esta significativa, y en cierto modo, decisiva modificación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana ha provocado un verdadero diluvio de publicaciones sobre la materia por parte de los estudiosos alemanes; por otra parte, hay que señalar que en la literatura científica alemana el término había hecho ya su aparición, pero con referencia a la subsidiariedad horizontal y frecuentemente haciendo alusión al pensamiento de autores del pasado como *Althusius, Hegel y Humboldt.*

Guillermo Humboldt es ciertamente el que más atención merece al respecto; su Ensayo sobre los límites de la actividad del Estado (escrito en 1792, pero publicado en 1850, y traducido al italiano en 1965) es un clásico del liberalismo europeo, en el cual, como escribió *Guido De Ruggiero,* «la eficacia de la libertad en la formación de la personalidad humana aparece en su aspecto más vivaz y atrayente». El libro contiene un tratamiento articulado del argumento, y ha tenido una gran resonancia en la cultura europea después de su aparición; bastará citar al respecto, que a éste se remonta la enunciación originaria de la fórmula, según la cual el Estado tiene la tarea de la *remoción de los obstáculos* (que confronta con el art. 3 párrafo 2.º de la Constitución italiana), indicación muy significativa para nuestro argumento.

El término «subsidiariedad» no era desconocido sin embargo en la cultura italiana, ya que aparece en el ensayo de *Egidio Tosato,* entitolato *Sul principio di*

sussidiarietà dell´intervento statale, publicado en 1959 en la revista *Nuova Antologia*. Un ensayo inspirado sobre la base del planteamiento católico del autor, donde el principio de subsidiariedad encontraba fundamento «en consideración de naturaleza ontológica», o bien, en la valoración del hombre antes incluso que del individuo, teniendo en cuenta, sin embargo, el valor conciliador, armonizador del principio de subsidiariedad en una perspectiva comunitaria. Lo descrito, además, se abría de manera previsora a la perspectiva de desarrollo económico, a través de una acentuación de la libre iniciativa privada como «derecho frente al Estado [...] no derivado, sino originario de la persona»; y se cerraba con una directiva precisa, que vale la pena citar aquí: «Sólo el estudio y el conocimiento preciso de todos los datos necesarios históricos, políticos, sociales, económicos, y coyunturales de los problemas particulares, podrá sugerir hasta cuándo, hasta dónde y cómo el principio de subsidiariedad y la función subsidiaria del Estado deberán realizarse».

Finalmente, un pequeño, pero significativo, precedente histórico-jurídico. Si no el término subsidiariedad, sí el concepto sustancial que éste designa estaba ya contenido en la *Carta del Lavoro* de 1927 declaración IX: «*La intervención del Estado en la producción económica tiene lugar sólo cuando falte o sea insuficiente la iniciativa privada o cuando estén en juego intereses políticos del Estado. Tal intervención puede asumir la forma de control, de estímulo y de gestión directa*»; esto acontecía sólo en presencia de condiciones determinadas: cuando la iniciativa privada se hubiera mostrado inexistente o insuficiente, o bien, cuando, independientemente de esto, se hubiera manifestado la necesidad de realizar los «intereses políticos del Estado».

En efecto, se ha afirmado que una reflexión auténtica y profunda del principio de subsidiariedad falta en el debate jurídico italiano –con la excepción del citado escrito de *Tosato*–; esto puede derivarse, bien de la unilateralidad de la temática, que resultaba ser bastante interna a la cultura de inspiración católica, o bien, sobre todo, de la configuración peculiar que viene a asumir el principio constitucional pluralista en el cuadro del pacto constituyente, y de la consiguiente preocupación que la investigación de instrumentos aptos para dar satisfacción a nuevas formas de integración del tejido pluralista, como la subsidiariedad, podrían comportar sacrificios de espacios de libertad para las formaciones sociales.

Bien distinta es la situación en Alemania. La discusión en el ámbito de la doctrina jurídica alemana, que ha sido bastante rica y vivaz, ha hecho emerger la complejidad de las corrientes de pensamiento que han confluido en la idea de la subsidiariedad; así, el debate sobre el principio en cuestión ha sido la encrucijada de una confrontación entre la doctrina social católica, la teología evangélica, las teorías políticas del federalismo y las corrientes del pensamiento liberal.

5. PERFILES CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA Y PROBLEMÁTICA

El principio de subsidiariedad, aunque desconocido en la vertiente de la mera normativa constitucional italiana, ha entrado en el debate jurídico de nuestro

país de forma prepotente, sobre todo a través del ya citado art. 3B del Tratado de Maastricht, que contiene una enunciación del principio en cuestión y que lo asume como principio fundamental del ordenamiento comunitario. El interés ha crecido notablemente después, primero, por la previsión normativa del principio mismo en la ley n.º 59 de 1997 (más conocida como «*Bassanini 1*») y en la reciente ley n.º 265 de 1999 (más conocida como «*Napolitano-Vigneri*»); posteriormente, como consecuencia de la propuesta elaborada por la Comisión bicameral para la reforma constitucional (más conocida como «*Comisión D´Alema*»), que pretende introducir el principio de subsidiariedad en la (segunda parte de la) Carta constitucional, en estrecha relación con la organización del nuevo tipo de Estado en sentido federal, que la misma Comisión había previsto y delineado. El proyecto de reforma incluía las dos formas de subsidiariedad: vertical y horizontal.

No son pocos los problemas que suscita la formulación de una definición unívoca y precisa de la expresión «subsidiariedad», que tiene un carácter polisémico. El núcleo del principio mismo, sin embargo, se puede precisar con el siguiente concepto: que en las relaciones entre entidades institucionales y sociales de diversa dimensión la preferencia debe darse a las menores y que las intervenciones de las entidades mayores, se justifiquen en tanto en cuanto se dirijan a suplir los eventuales inconvenientes de las primeras. Una definición como esta comprende –como se ha afirmado anteriormente– la doble esencia dinámica de la concepción de la subsidiariedad: la denominada *vertical*, que concierne a las relaciones entre el Estado y las autonomías locales, y la calificada *horizontal*, que se refiere a las relaciones entre el individuo y el Estado, o bien entre la actividad de los particulares y las funciones públicas.

En general, se puede decir que aplicado a la sociedad el principio de subsidiariedad indica la intervención indemnizativa y asistencial de los organismos sociales más grandes –como el Estado– a favor de los individuos y grupos intermedios.

En particular, centrándonos en el eje del problema sobre el plano del derecho constitucional, podemos «rescatar» tres usos pragmáticos del término subsidiariedad.

6. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Como se ha afirmado, son al menos tres los usos pragmáticos del término subsidiariedad que pueden ser útilmente utilizados en el ámbito del derecho constitucional.

a) El primer significado, que encuentra especificación en el adjetivo *horizontal* es el que concierne a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado; a este significado corresponde el debate sobre la subsidiariedad eco-

nómica, que resulta estar empapada de convencimientos de carácter filosófico-político-social que se sitúan y van –según las interpretaciones– del liberalismo clásico hasta el extremo opuesto del colectivismo socialista, sin con esto excluir la posibilidad de individuar una equilibrada «tercera vía», que tenga en cuenta de las instancias de uno (liberalismo) y otro (colectivismo).

b) Un segundo significado de subsidiariedad es el referido a la teoría de las fuentes del derecho objetivo; teoría, que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona, o bien en entes dotados de soberanía; por tanto, a la posibilidad de «normar» de forma autónoma y exclusiva por parte de cada uno de los entes legitimados y competentes para la adopción del acto, salvo la posibilidad de intervenir mediante ley estatal allí donde el acto-fuente no logre, por sí solo, desplegar los efectos jurídicos deseados.

c) En último lugar, un tercer significado de subsidiariedad, que resulta tener elementos en común con la materia de las fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas, y por lo tanto, la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones centro-periferia, que está determinada (también) en virtud del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical. En tal sentido, se puede recordar lo establecido por la ley n.º 59 de 1997 (en particular, el art. 4, que prevé que la asignación de las funciones y tareas administrativas a los entes locales –municipios, provincias y comunidades montesas– acontecen en el respeto del principio de subsidiariedad, según las respectivas dimensiones territoriales, asociativas y organizativas, con la exclusión de las únicas funciones incompatibles con las dimensiones mismas, atribuyendo las responsabilidades públicas –también con el fin de favorecer la absorción de funciones y tareas de relevancia social por parte de las familias, asociaciones y comunidades– al ente territorialmente más cercano a los ciudadanos interesados).

Los tres usos pragmáticos del término subsidiariedad en Derecho constitucional antes referidos, no se consideran, sin embargo, como separados uno del otro, sino más bien como tres momentos de una única esencia, que caracteriza la configuración ordinamental estatal; en efecto, la subsidiariedad en el Derecho constitucional atañe a la forma de Estado, por consiguiente, a las relaciones entre el individuo y la autoridad, o bien, entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina económica –con el reconocimiento de un mayor margen de maniobra a la iniciativa privada y, en consecuencia, con una reducción de la pública–, en el de la producción de los actos normativos –no ordenadas desde una óptica jerárquica, sino más bien desde una estructura diversificada sobre base axiológica y valorativa–; o en el contexto de la organización

«vertical» del Estado, que viene a distribuirse según formas mayores de descentralización administrativa, a favor de la periferia.

Es también cierto que, aunque se postula el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; más bien, se preocupa de valorarlo al máximo, también procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y el particular. En tal sentido, el principio de subsidiariedad «fotografía» una determinada idea del Estado. En la óptica de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, sólo cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

En términos muy acertados se ha afirmado, por *Paolo Ridola*, que el principio de subsidiariedad más que una defensa «contra» el poder estatal resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; por tanto, «éste se funda no en una concepción dialéctico-opositiva de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión integradora y «consensual» del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso, que gradualmente asciende desde el individuo al Estado a través de las formaciones sociales intermedias».

Del principio de subsidiariedad (horizontal) se puede recabar una exigencia de laicidad del modo de pensar y de «vivir» del Estado. La idea de fondo, en efecto, es que no existen más funciones que sean naturalmente de pertenencia pública; existe una carga de confirmación, de legitimación por parte del Estado de las tareas y funciones que el Estado mismo considera que debe asumir y desarrollar; existe una carga de demostrar la imposibilidad de respetar la esfera de la autonomía de los particulares de su capacidad de cumplimiento de actividades de interés público.

7. LA SUBSIDIARIEDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN BICAMERAL

Como se ha afirmado, el principio de subsidiariedad –que no está «internamente», o formalmente, presente en nuestro ordenamiento constitucional, pero lo está «externamente» en cuanto codificado en un Tratado internacional– ha conocido una primera forma embrionaria de legitimación constitucional en el proyecto de revisión de la segunda parte de la Constitución, que ha sido predispuesta por la Comisión Bicameral. En efecto, el art. 56 apartado primero del proyecto preveía la siguiente disposición: «*En el respeto de las actividades que puedan ser adecuadamente desarrolladas por la iniciativa autónoma de los ciudadanos, también a través de las formaciones sociales, las funciones públicas son atribuidas a los*

Municipios, Provincias, Regiones y Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad y de diferenciación». La aprobación final de esta norma, en sede de Comisión y después en el proyecto presentado a las Cámaras, ha suscitado enseguida numerosas intervenciones críticas. Y se ha afirmado que el desarrollo de la discusión del problema ha resultado bastante cargado de significados ideológicos, por lo cual la atención ha terminado por polarizar sobre la nueva relación que –por medio de determinadas formulaciones– se pensaba establecer entre sociedad y Estado, entre ciudadano y aparato público, entre actividad de los particulares y funciones públicas, sin ocuparse de definir presupuestos, criterios y modalidades de aplicación del mecanismo sustitutivo en vía subsidiaria.

La fórmula constitucional –seguramente desafortunada desde el punto de vista semántico y, por tanto, llena de una pluralidad excesiva de lecturas– vale por como se interpreta; en particular, el uso de las expresiones «en el respeto» y del adverbio «adecuadamente», pueden dejar espacio a soluciones que podrían hasta excluir totalmente el límite que se quiere introducir a la intervención pública, falseando así el sentido y el alcance de un principio como el de subsidiariedad. Y además, ¿quién es el juez que valora y decide cuando se ha superado «el respeto» de las actividades de los ciudadanos, y por tanto, es posible hacer intervenir a los entes estatales? Afirmar el principio de subsidiariedad sin precisar al mismo tiempo un juez de la necesidad u oportunidad de la intervención pública, distinto de la misma autoridad que decide la intervención, significa, bajo la apariencia de una declaración de libertad, fundar el poder absoluto. Y la misma identificación de este juez es cosa ardua: no podría ni siquiera la Corte Constitucional, desde el momento en que los jueces que se deberían ocupar serían de mérito y no de legitimidad.

La Comisión Bicameral, vinculada en su proceder revisionista sólo en la segunda parte de la Constitución, introdujo el principio de subsidiariedad en la parte relativa a la organización federal, y por consiguiente, a las relaciones entre los entes locales y entre éstos y el Estado. Si, en cambio, se considera el principio de subsidiariedad como un principio fundamental, que atañe a la forma de Estado, y por lo tanto, a los «valores» constitucionales que están en la base de la organización de un Estado, entonces es necesario cuestionarse si es constitucionalmente correcto, desde el plano de la sistemática, preverlo y disciplinarlo en la segunda parte de la Constitución, o bien, en la parte relativa a la organización del Estado mejor que en la parte concerniente a la estructura que sostiene el Estado; es decir, aquella donde emergen los valores constitucionales. Es, pues, cierto que la Constitución es una, y la división en dos partes no es completamente nítida; pero es verdad también que es la primera parte del texto la que, según una tesis prevalente, contiene el núcleo de la «forma republicana», que no puede ser objeto de revisión constitucional, como establece el art. 139 de la Constitución.

Cierto, se podría sostener, como ha hecho la doctrina, que el art. 56 del proyecto de reforma constitucional emanado de la Bicameral encuentra una cone-

xión, una armonización, con la formulación general del art. 2 de la Constitución; y que tal armonización pueda encontrarse colocando la norma del art. 2 en el plano de la definición del pluralismo social y del equilibrio entre derechos de libertad y deberes de solidaridad. El art. 56 del proyecto, entonces, vendría a situarse en la perspectiva –para revisar en concreto– del pluralismo institucional, como un perfil autónomo del mismo.

De todos modos, el debate que ha surgido como consecuencia del intento de introducir el principio de subsidiariedad en sentido horizontal en la Carta constitucional, ha expresado y se ha manifestado a través de una infiltración ideológica que ha terminado omitiendo la circunstancia de que la subsidiariedad no es sólo un principio inspirador de carácter general –que impone cautela y atención a los aparatos públicos en las intervenciones que puedan incidir en la iniciativa autónoma de los ciudadanos–, sino que bajo el perfil empírico puede dar lugar a un criterio regulador de acercamiento entre sujetos particulares y entes públicos, cuya evidente delicadeza necesita un tratamiento distinto y específico.

Verdaderamente, no se puede ni se debe olvidar que la subsidiariedad como valor de fondo del ordenamiento democrático está, de todos modos, conectada a una «visión del mundo» (*Weltanschauung*) basada en la primacía jurídica de la libertad y de la sociedad civil en lo que a la autoridad respecta, presupuesto de un orden de las relaciones entre poder público y grupo social fundado en la lógica de la integración y, por ello, de la identidad sustancial entre gobernantes y gobernados.

8. LA SUBSIDIARIEDAD «A COSTITUZIONE INVARIATA»

Otra cuestión es la relativa a la individualización implícita del principio de subsidiariedad en la Constitución; o bien, con arreglo a esta tesis, nuestra Constitución estaría influenciada por el principio de subsidiariedad, que se vendría a manifestar en varios artículos de la misma sin necesidad de estar recogido explícitamente en una fórmula constitucionalizada.

Este razonamiento puede encontrar un argumento válido en el hecho de que existe una ley en el ordenamiento (la n.º 59 de 1997), que señala la subsidiariedad como uno de los principios fundamentales que deben guiar la atribución de funciones a regiones, provincias, municipios y otros entes locales, en su doble vertiente: negativa, de abstención; y positiva, de intervención. Así, también la reciente ley de 3 de agosto de 1999, n.º 265, sobre la autonomía y el ordenamiento de los entes locales (modificativa, en parte, de la ley n.º 142 de 1990), dispone en el art. 2 párrafo 5.º: «Los municipios y las provincias son titulares de funciones propias y de aquellas conferidas por ley del Estado y de las regiones, *según el principio de subsidiariedad.* Los municipios y las provincias desarrollan sus funciones también a través de las actividades que puedan ser adecuadamente ejercitadas por la iniciativa autónoma de los ciudadanos y de sus formaciones sociales».

Ciertamente, la ley debe encontrar además un acoplamiento a la Constitución, sea de forma explícita, o implícita, asignada la labor a la Corte Constitucional de identificar el ajuste según la técnica de la interpretación por principios y del «*combinato disposto*».

En cambio, quienes consideran insuficiente determinar una incorporación implícita –o dispersa en varios artículos– del principio de subsidiariedad en el texto constitucional, señalan la formalización descrita del principio de subsidiariedad entre los principios fundamentales de la Constitución. Pero una operación así, o bien la introducción del principio de subsidiariedad en el texto, podría comportar una serie de modificaciones en cascada de los artículos constitucionales, que se adecuarían al nuevo principio fundador, a aquel principio, como se ha afirmado en la Bicameral, «arquitrabe de la segunda Constitución» y «fundamento del nuevo modelo de República».

Indiscutiblemente, en algunos casos una modificación constitucional vendría a formalizar una situación de cambio, que ya existe a nivel de Constitución material. Tómese el caso de las relaciones económicas; ejemplificativa de los cambios existentes es la emersión, con la creación de sistemas competenciales entre empresas públicas y privadas, en todos los sectores antes considerados de competencia exclusiva del público, se piensa en la materia de las competencias administrativas. Emblemáticas son, por citar algún ejemplo, la regulación del federalismo administrativo diseñada por las nuevas leyes de la Administración Pública (las leyes Bassanini); regulación, que exalta el papel de las entidades locales, y la materia de los servicios públicos locales, en la cual se realiza la confluencia de la subsidiariedad económica y de la administrativa; el recurso a los particulares no está mas motivado sólo por la exigencia de restituir a los mismos espacios de economía propia, sino también por la exigencia de experimentar la consecución del interés público con formas propias del mercado y del beneficio.

Las recientes reformas legislativas han dado un giro significativo a la relación sustancial entre Administración y mundo económico-social; y exactamente en este contexto la subsidiariedad obtiene su significado más esencial. ¿Qué significa, en efecto, la subsidiariedad en su último significado, aplicado a la organización administrativa del Estado, si no que la Administración debe ser, en la medida en que y sólo en la medida en constituya un subsidio, un recurso para la sociedad? Según esta perspectiva, en tal caso se mueve siguiendo una maniobra dirigida a través de la transformación del Estado administrativo al Estado regulador.

Además, se puede citar al respecto también el reciente acontecimiento legislativo –próximo, al parecer, a su conclusión– de la reforma de los servicios públicos locales (o bien, de la innovación de los artículos que los disciplinan en la ley n.º 142 de 1990), que hace surgir, de forma bastante nítida, precisamente el tema de la subsidiariedad horizontal en comparación con el tema del mercado.

9. FEDERALISMO E SUSSIDIARIETÀ NELLA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL 2001

Occorre qui dare brevemente conto della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, votata dalla maggioranza parlamentare ad inizio anno 2001, e poi approvata con *referendum* popolare nel settembre del 2001. Si tratta della prima grande riforma costituzionale, perché innova significativamente un'intera parte della Carta costituzionale dedicata ai rapporti fra centro e periferia. Ed è conseguenziale alla riforma costituzionale già varata, nel 1999, sull'elezione diretta dei presidenti di Regione e sull'autonomia statutaria delle Regioni stesse. In tal modo, si è provveduto a completare il quadro costituzionale inerente alle autonomie locali, attribuendo alle stesse il loro compito di essere… autonomie; visto e considerato, che adesso hanno una serie di prerogative e poteri non più subordinati alla volontà statale.

E' federalismo quello che si è introdotto a livello costituzionale? Il quesito sorge da un dubbio, che è il seguente: dell'organizzazione degli Stati federali, secondo l'esperienza comparata, la riforma non ha previsto un elemento assai significativo, tale da connotare fortemente il federalismo. Si tratta della seconda Camera rappresentativa delle sole autonomie territoriali, una Camera delle Regioni per intenderci, in grado di coagulare gli interessi territoriali all'interno di un unico organo decisionale. Ma per fare ciò si sarebbe dovuto intervenire sugli articoli della Costituzione riferiti al Parlamento e si sarebbe, altresì, dovuto mettere mano da subito ai regolamenti della seconda Camera. Un'operazione non certamente semplice e giammai realizzabile nel crepuscolo di legislatura.

C'è da dire, che la riforma costituzionale, a ben vedere, apre degli spazi nei riguardi di una prospettiva dinamica, che le Regioni dovranno saper sfruttare al meglio. Innanzitutto, nel nuovo art. 114 cost., mette tutti sullo stesso piano: Stato, Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane costituiscono la Repubblica. Un impianto geo-istituzionale orizzontale, non più verticale, con al centro Roma capitale della Repubblica. La stessa concezione orizzontale, poi, emerge, seppure in maniera non perfettamente simmetrica, nel nuovo art. 117 Cost.: laddove, cioè, si fissano quelle che saranno le materie sulle quali lo Stato avrà legislazione esclusiva, lasciando, in tal modo, alla potestà legislativa regionale tutte le competenze residuali. Si potrà contestare che le materie riservate allo Stato sono molte, e che vanno ad incidere anche su tematiche che forse sarebbe stato meglio lasciare all'organizzazione regionale.

Merita in particolare citare il nuovo art. 118 Cost., con l'introduzione del principio di sussidiarietà, che potrà divenire il nuovo concetto guida dei rapporti centro-periferia. Esso interverrà, infatti, nel momento in cui le Regioni da sole non riusciranno a realizzare i loro compiti, ed allora chiederanno «sussidio» allo Stato. Ma qui, proprio sulla possibilità delle Regioni di farcela da sole, di progredire e di valorizzarsi, di svilupparsi e di competere con le altre Regioni, qui,

dicevo, si vuole muovere una critica ferma alla riforma costituzionale. Si tratta della eliminazione del riferimento all'obiettivo della «valorizzazione del Mezzogiorno e delle isole», di cui al (vecchio) art. 119 Cost. Perché lo si è eliminato? Non si vorrà far credere che la questione meridionale si risolve eliminandola dalla Costituzione e quindi non considerandola più un problema? E' bene ricordare, allora, che proprio negli Stati federali, più ancora che negli Stati accentrati, l'attuazione dei valori di solidarietà e di unità nazionale è affidata all'impegno di risorse comuni a sostegno dello sviluppo delle regioni in ritardo o in crisi. Basterà la sola sussidiarietà a non far precipitare il Mezzogiorno ancora più a sud?

10. ALGUNAS OBSERVACIONES Y UN COMENTARIO

Al di là della riforma costituzionale, sulla quale occorrerà porre riflessione soltanto osservando la concreta attuazione, si vuole qui insistere sul fatto che, per quanto riguarda il problema della sussidiarità con riferimento al tema del mercato, en el fondo del problema general sobresale la gran cuestión de la (eventual) obsolescencia de las normas de la «constitución económica», a la luz de los tratados y de la normativa comunitaria, y en consecuencia, si ello comporta una revisión constitucional, que parta exactamente de la explicitación normativa del principio de subsidiariedad. Lo que está ausente en nuestra Constitución es el valor del mercado; es decir, falta en el proyecto constitucional una línea de garantía clara de la esfera privada en la economía. De aquí la necesidad, como ha sido sostenido recientemente por *Achille Chiappetti*, de introducir en el texto constitucional una disposición que restituya un fundamento de principio, y por consiguiente, dignidad jurídica y prioridad lógica a la iniciativa económica y a la propiedad privada y, en el fondo, al mercado.

¿Cómo relacionar la discusión sobre el mercado y la iniciativa económica *ex* art. 41 de la Constitución con el principio de subsidiariedad? En nombre de este principio se podría plantear la hipótesis de que, en la dimensión fisiológica de las relaciones económico-sociales, la intervención del Estado en la economía sea siempre competente respecto a la privada, y por consiguiente, liberada de lógicas dirigibles, y que la previsión de intervención procedente «de arriba» se limite únicamente a los casos de efectiva crisis del sistema. Téngase en cuenta este ejemplo: en el caso de una imprevisible crisis económica o financiera con los caracteres de la emergencia, se podría elaborar la hipótesis, *a Costituzione invariata*, de una intervención dirigente del Estado para controlar la marcha de los fenómenos económicos, para después consentir la reexpansión inmediata de la lógica de la iniciativa privada una vez que la crisis fuese superada. Entonces, basándose en el principio de subsidiariedad no existe una retirada de la economía por parte del Estado, sino más bien participación y subordinación del mismo a las mismas reglas de mercado que sirven para el empresario privado, en una relación de integración recíproca, garantía del pluralismo.

11. CONSIDERACIONES FINALES. SUBSIDIARIEDAD Y SOLIDARIDAD

El principio de subsidiariedad, como ya se ha observado anteriormente, tiene una doble dimensión ideal (horizontal/vertical); éste, en cuanto referido a la horizontalidad, tiene, sin embargo, una duplicidad de funciones sobre las cuales es oportuno detenerse, ya que todavía no se ha tenido suficientemente en cuenta a los fines de su aplicación.

El sentido atribuido al principio horizontal, en su atribución inmediata y ampliamente acogida por la doctrina, es el de una función de tutela de los intereses (sociales, económicos, morales) de los individuos y de los entes privados, que se realiza mediante un procedimiento de abstención de la intervención estatal, con el fin de consentir una plena libertad de iniciativa y desarrollo de las fuerzas individuales y sociales dotadas de autonomía.

Esta función, a la que se ha atribuido injustamente un carácter negativo, ya que esta corresponde a una clara política de vigilancia, y no de indiferencia, es la que ha sido sostenida ya, junto a la concepción de tipo laico y liberal como la de *von Humboldt,* anteriormente citada, desde la doctrina oficial de la Iglesia católica, también ésta antes citada. Tal doctrina ha sido enunciada más veces en los documentos pontificios, destinados a tener una amplia difusión y también ejercitar una profunda influencia sobre la obra de las clases dirigentes ligadas a la Iglesia.

Aquí nos limitaremos a recordar la Encíclica *Quadragesimo anno*, publicada por Pío IX el 15 de mayo de 1931, que contenía una abierta condena polémica del intervencionismo del régimen fascista en la vida de la sociedad civil (recuérdese el fuerte contraste sobre la libertad de la Acción Católica). Vale la pena citar las palabras, que contienen un claro criterio directivo de la subsidiariedad entendida como garantía de reconocimiento de la capacidad de autonomía: «Pero debe sin embargo quedar firme el importantísimo principio en la filosofía social: que así como es ilícito quitar a los individuos lo que éstos pueden realizar con sus fuerzas e industria para confiarlo a la comunidad, así es injusto remitir a una sociedad mayor y más amplia aquello que las comunidades menores e inferiores pueden hacer. Y todo ello en conjunto es un grave daño y un trastorno para el correcto orden de la sociedad, porque el objeto natural de cualquier intervención de la sociedad misma es el de ayudar *de forma supletoria* a los miembros del cuerpo social, no ya destruirlos o absorberlos» (la cursiva es nuestra).

Como se puede comprobar, en estas palabras el principio de subsidiariedad se presenta «de forma supletoria», en la acepción misma que ha sido acogida en las formulaciones de la más reciente doctrina jurídica italiana. El reclamo al magisterio pontificio quiere subrayar el hecho, que en la doctrina de la Iglesia no tiene un valor primordial y absoluto, como comúnmente se mantiene, el principio de solidaridad, que no es opuesto, sino por el contrario integrativo respeto a al de la subsidiariedad.

12. SIGUE: SUBSIDIARIEDAD COMO PROMOCIÓN

Junto a esta función tutelar del principio de subsidiariedad horizontal, hay que tener presente la importancia que asume la función de la *promozionalità* desarrollada por el mismo principio, en cuanto éste debe además conseguir la «remoción de los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» (art. 3 de la Constitución italiana). Pero tal desarrollo se constata «ya como individuo, ya en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad» (art. 2 de la Constitución italiana).

No es concebible que en situaciones de emergencia (esto es, de peligro público y de epidemia, etc.), de deficiencia organizativa de la vida civil (por ejemplo en los sectores de transportes y de abastecimiento de bienes esenciales como el agua, la energía eléctrica, etc.), de exigencia social (como para la defensa del medio ambiente), el principio de subsidiariedad se decida en forma de abstención o de retroceso de la intervención estatal, sin más.

En efecto, siendo el principio de subsidiariedad horizontal un principio de ética pública, es decir, de protección de la iniciativa privada en sus diferentes variantes (social, económica, religiosa), éste no puede eximirse de la participación directa en la remoción de obstáculos interpuestos a la libertad de iniciativa; más bien, podría añadirse a la libertad de búsqueda de la felicidad, que es uno de los derechos naturales reconocidos, y que comporta la anulación de vínculos a la libertad y la eliminación de la humillación infligidos a la dignidad humana. Se piensa en la protección de los derechos de la infancia y en la remoción de los obstáculos interpuestos a la inserción de disminuidos físicos en la vida social.

Entendido también en este sentido de participación activa, el principio de subsidiariedad adquiere su pleno significado, ya que cada una sus dos funciones no es exclusiva respecto a la otra; ambas están ligadas entre sí en una relación dialéctica, en cuanto cada una de ellas comporta la presencia de la otra: *protección y promoción de la libre actividad del ciudadano por parte del Estado.*

La promoción representa el momento dinámico de la protección estática de la autonomía individual, ya que se dirige a la remoción de los obstáculos que se interponen a la libre iniciativa y consiente el desarrollo que, en caso contrario, estaría coartado y por ello irrealizable.

A este respecto, se menciona al menos la referencia a la función promocional contenida en otra norma de la Constitución, el art. 4, según el cual «la República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y *promueve las condiciones que hacen efectivo* este derecho» el cual está configurado como correspondiente al «deber de desarrollar, según sus posibilidades y su elección, una actividad o función que participe al progreso material o espiritual de la sociedad» (art. 4 de la Constitución italiana).

Además, hay que mencionar el desarrollo del principio de subsidiariedad en su doble función, que consiente el ejercicio de la libertad de competencia, la cual está reconocida y protegida también con el recurso a la legislación antimonopolio y la vigilancia de una Autoridad de garantía, donde resulta claro que la intervención legislativa y administrativa del poder estatal realiza una función de soporte (no ya de sustitución y ni siquiera de integración) al desarrollo de la libre libertad económica de los ciudadanos individuales, de los grupos sociales y de los entes privados que la disfrutan.

Para concluir, el principio de subsidiariedad se ha convertido en una idea fuerte del Constitucionalismo contemporáneo. De aquel Constitucionalismo, que está fortaleciendo sus sólidas raíces a través de la experiencia político-institucional-económica europea, que indica este final de siglo y que se abre al próximo. Las Constituciones y los Constitucionalismos de los Estados adheridos a la Unión europea no pueden caminar separadamente por el recorrido europeo, más bien deben necesariamente adecuarse a éste. Así es para el principio de subsidiariedad, que ha encontrado su pleno reconocimiento normativo a nivel comunitario –en aquella que se suele llamar Constitución europea– y que en cambio a duras penas se encuentra a nivel nacional. Detrás de la envolvente temática de la subsidiariedad, lo mismo en la versión vertical que en la horizontal, resalta, sin embargo, una difusa concepción orientada mayormente a través de formas de acentuación de una filosofía política liberal, que se manifiesta en el concreto movimiento de intolerancia de la sociedad civil en los conflictos de una estatalidad invasora, en la cual las articulaciones del poder público sean expresión de un pluralismo solamente aparente.

13. ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Sobre el principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario: P. Caretti, «Il principio di sussdiarietà e i suoi riflessi sul piano dell´ordinamento comunitario e dell´ordinamento nazionale», en *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 1993; G. Strozzi, «Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell´Unione europea», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.º 1, 1993; S. Cassese, «L´aquila e le mosche: principio di sussidiarietà e diritti ammnistrativi nell´area europea», en *Foro italiano,* n.º 10, 1995; M. L. Fernández Esteban, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, 1996; C. Cattabrica, «Il protocollo sull´applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità», en *Il Diritto dell´Unione Europea*, n.º 2-3, 1998; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell´Unione Europea,* Padova, 1998.

Sobre el principio de subsidiariedad en los ordenamientos extranjeros: v. estudios reunidos en el volumen *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto,* a cargo de A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova 1999, con contribuciones sobre la subsidiariedad en Alemania, Francia, Portugal, España y Bélgica; R. Hofmann, «Il principio di sussidiarietà. L´attuale significato nel diritto costi-

tuzionale tedesco ed il possibile ruolo nell´ordinamento dell´Unione europea», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.º 1, 1993; G. Drago, «Le principe de la subsidiaritè comme principe de droit constitutionnel», en *Revue internationale de droit comparè,* n.º 2, 1994.

Sobre el principio de subsidiariedad en el ordenamiento italiano: E. Tosato, «Sul principio di sussidiarietà dell´intervento statale», en *Nuova Antologia*, 1959; A. D'Atena, «Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* n.º 3-4, 1997; M. Chiti, «Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo», en *Diritto pubblico*, n.º 2, 1995; con particular referencia a la temática de las libertades económicas y de los derechos sociales: A. Moscarini, «Sussidiarietà e libertà economiche», en el volumen *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, a cargo de F. Modugno, Milano, 1999; V. Baldini, «La sussidiarietà come «valore» e come formula organizzatoria: riflessioni su una *schlagwort* del diritto pubblico», en el vol. *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cargo de L.Chieffi, Padova, 1999; con referencia a los problemas derivados de las ayudas a favor del *Mezzogiorno* de Italia: G. Pitruzzella, «La questione meridionale come questione istituzionale», en *Archivio di diritto costituzionale,* n.º 4, 1997; sobre la relación subsidiariedad/solidaridad: S. Galeotti, «Il valore della solidarietà», en el vol. *Liber Amicorum in onore di Vittorio Frosini,* vol. II, Milano, 1999.

Sobre el principio de subsidiariedad en las propuestas de reforma constitucional avanzadas en la Bicameral: G. Razzano, «Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della Costituzione della Commissione Bicamerale», en *Diritto e società*, n.º 4, 1997; G. Motzo, «Sussidiarietà e "federalismo forte"», en *Ideazione*, n.º 1, 1998, A. Chiappetti, «Principio di sussidiarietà, poteri pubblici ed autonomia privata», en el vol. I *costituzionalisti e le riforme*, a cargo de S. Panunzio, Milano, 1998; P. Ridola, «Forma di Stato e principio di sussidiarietà», en el vol. Associazione italiana dei Costituzionalisti, *La riforma costituzionale. Atti del convegno Roma 6-7 novembre 1998*, Padova, 1999.