



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El modelo subsidiario del derecho de agua: Análisis comparativo de la gestión en Brasil y en el marco de la Unión Europea

Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Programa de Doctorado Derecho y Ciencia Política

Derecho Administrativo

**EL MODELO SUBSIDIARIO DEL DERECHO DE AGUA:
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA GESTIÓN EN BRASIL Y
EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

Tesis doctoral para optar al título de doctor por la Universidad de Barcelona

Doctoranda: Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

Tesis Doctoral dirigida por la Profesora Doctora María Jesús Montoro Chiner

Barcelona, Junio de 2015

Dedicado aos índios do Rio Xingu.

- IV -

“...Da tribo pujante,
Que agora anda errante
Por fado inconstante,
Guerreiros, nasci;
Sou bravo, sou forte,
Sou filho do Norte;
Meu canto de morte,
Guerreiros, ouvi.

- VIII -

Que a teus passos a relva se torre;
Murchem prados, a flor desfaleça,
E o regato que límpido corre,
Mais te acenda o vesano furor;
Suas águas depressa se tornem,
Ao contacto dos lábios sedentos,
Lago impuro de vermes nojentos,
Donde fujas com asco e terror!”

(I – Juca Pirama. *Gonçalves Dias, 1851*)

Resumo

Los gobiernos, las administraciones públicas e incluso los Tribunales se han afrontado con la cuestión de aplicación del principio de subsidiariedad en variados aspectos del derecho público, y de modo singular, este tema se centra en la perspectiva administrativa y medio ambiental, más específicamente al tema del derecho de agua, de la gestión hídrica y de la distribución de competencias.

Así, esta investigación hace una reflexión sobre el modelo subsidiario del derecho de agua, un estudio de derecho comparado, en el marco de la ordenación de la gestión del agua en Unión Europea, en aproximación, al ordenamiento constitucional de la política de agua de Brasil. Se señala que se trata de sistemas normativos de bases jurídicas distintas, por ello, la propuesta es verificar cómo se estructura específicamente la regulación de gestión y aprovechamiento del agua, de acuerdo con los principios generales y otras disposiciones comunes; además, hacer un análisis de algunos supuestos de conflictos que se afrontan en cada sistema, en situaciones más concretas y aproximadas, se confrontando las similitudes y respetándose las divergencias.

La tesis se concentra en dos partes: la primera dedicada al estudio más profundo del elemento de subsidiariedad, en cuanto principio y función, volviéndose a sus raíces evolutivas, planteamientos de los conceptos jurídicos y sobretodo calcado en (re)dimensionar su naturaleza jurídica, a partir de la relación del componente de la *subsidiariedad* con otros elementos jurídicos, igualmente complejos, cómo la relación con la soberanía en la Teoría del Derecho Público, y otros componentes de la centralización, descentralización y autonomía y, de modo singular, los principios de cooperación y proporcionalidad del derecho europeo comparando con el federalismo cooperativo y de integración en Brasil.

La segunda parte, se despliega en reflexionar las cuestiones actuales sobre el bien jurídico ‘agua’ (patrimonio común) que llevaron al desarrollo del modelo subsidiario del derecho de agua, y propiamente sobre cómo en los sistemas jurídico-administrativos referidos, precisamente el tema de la *gestión de los recursos hídricos* se organiza y regula, engendrada desde el principio de subsidiariedad y de la cooperación bajo la integración de la política del agua en la unidad de cuenca hidrográfica.

Resum

Els governs, les administracions públiques i fins i tot els tribunals han hagut d'abordar la qüestió de l'aplicació del principi de subsidiarietat en diversos aspectes del dret públic, i de manera singular, aquest tema afecta la perspectiva administrativa i mediambiental, centrada més específicament en la qüestió del dret de l'aigua, de la gestió hídrica i de la distribució de competències.

Així, aquesta investigació fa una reflexió sobre el model subsidiari del dret de l'aigua, en el qual es pretén fer un estudi de dret comparat en el marc de l'ordenació de la gestió de l'aigua a la Unió Europea, en relació amb l'ordenament constitucional de la política de l'aigua del Brasil. S'assenyala que es tracta de sistemes normatius de bases jurídiques distintes, raó per la qual la proposta és verificar com s'estructura específicament la regulació de la gestió i aprofitament de l'aigua, d'acord amb els principis generals i altres disposicions comunes, a més de fer una anàlisi d'alguns supòsits de conflictes que es tracten en cada sistema, en situacions més concretes y aproximades, amb l'acarament de les similituds i amb respecte de les divergències.

La tesi s'estructura en dues parts: la primera es dedica a l'estudi aprofundit de l'element de la subsidiarietat atenent les seves arrels evolutives, els plantejaments dels conceptes jurídics i sobretot l'estudi de la qüestió de (re)dimensionar la seva naturalesa jurídica, a partir de la relació del component de la *subsidiarietat* amb altres elements jurídics, igualment complexos, com la relació amb la sobirania en la Teoria del Dret Públic i altres components de la centralització, descentralització i autonomia i, de manera singular, els principis de cooperació i proporcionalitat del dret europeu, en comparació amb el federalisme cooperatiu i d'integració al Brasil.

La segona part s'estén en la reflexió sobre les qüestions actuals sobre el bé jurídic aigua que han portat al desenvolupament del model subsidiari del dret de l'aigua, i pròpiament sobre com en els sistemes juridicoadministratius referits, precisament el tema de la *gestió dels recursos hídrics* s'organitza i es regula des de la integració de la política de l'aigua, engendrada des del principi de subsidiarietat i de la cooperació en la unitat de conca hidrogràfica.

Abstract

Governments, public administrations and even courts face the question of implementation of the principle of subsidiarity in various aspects of public law, and, in a special way, this theme permeates the administrative and environmental perspective, more specifically with respect to the issues of water right, water management and distribution of competencies.

Therefore, this research reflects on the subsidiary model of the right to water. It is intended to study the context of water management regulation in European Union through comparative law, including an approach to Brazilian laws on this subject matter. It is noted that these are normative systems of different legal bases. Therefore, the objective is to verify specially how regulation of water management and use is structured, in accordance with the general principles and other common provisions, as well as to analyze some particular cases of conflicts faced in each system, comparing their similarities and respecting their differences.

The thesis focuses on two parts. The first one is devoted to a deeper study of the subsidiarity element, as a principle and function, focusing on its evolutionary roots, examining its legal concepts, and, mainly, is designed to (re)size its legal nature, from the relation of the subsidiarity component to other legal elements, equally complex, relating it to sovereignty in the Theory of Public Law, and to other components (centralization, decentralization and autonomy), in a singular way, as well as to the principles of cooperation and proportionality of European law, in comparison with cooperative and integration federalism in Brazil.

The second one intends to reflect on current issues about the water heritage, under a normative point of view, which led to the development of the subsidiary model of water right, and specifically approaches the question of how the management of water resources in the aforementioned legal and administrative systems is organized and regulated under the water policy integration, based on the principle of subsidiarity and cooperation in the “watershed unit”.

Agradecimientos

Esta investigación centrada en el Programa de Doctorado en Ciencia Política y Derecho (Administrativo) con la elección del tema Derecho, subsidiariedad y el agua, resultó de una búsqueda de muchas idas y venidas a Barcelona hacía la realización de la tesis. Poco a poco se fue agregando conocimiento, experiencia a través de lecturas, reflexiones, apuntes, ideas, contactos, asistencia a seminarios, visitas a instituciones y centros de estudios. Sin duda, el proyecto me posibilitó aún más, importantes lecciones para la vida académica-profesional, personal. Ahora, queda agradecer, en este espacio, a los que dedicaron parte de su tiempo y atención respecto al trabajo. O, de otra manera, han incentivado, en concreto, al desarrollo del mismo. Por ello: Agradezco a Dios, *designio de Inteligencia*, en esta trayectoria. A la Directora de la Tesis, Profesora Doctora *María Jesús Montoro Chiner* por la orientación, atención y apoyo irrestricto, condición *sine qua non* en la realización de la tesis. ¡Gracias, por vuestra firme contribución intelectual y convivio inestimables! A mis familiares y amigos de Brasil, España y México manifiesto mis afectuosos agradecimientos, y asimismo, mis disculpas porque serían muchos a tener que nominálos. Yo diría que todo el buen ánimo, disponibilidad que recibí de vosotros fueron de gran valía e inolvidable. De otra parte, al personal de Biblioteca, Secretaria del Depto. de Derecho Administrativo, Secretaria del Doctorado, del Instituto del Agua de la Universidad de Barcelona agradezco toda colaboración prestada y documentación facilitada al mejor desarrollo de la investigación. Y, a los profesores del Deptº de Derecho Administrativo y Procesal, de la Comisión del Doctorado y de otras áreas de la UB, que a lo largo del Programa de Doctorado tuve contacto, hago igualmente, un registro de agradecimiento por la atención recibida. También, agradezco a los Miembros y personal del Centre d'études et de recherche en Droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (CERDEAU) de la Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, durante el *séjour* al desarrollo de este trabajo. Por último, hago un agradecimiento a las Instituciones Públicas de Brasil : la Agencia Nacional del Agua y Universidad Nacional de Brasília/DF por todo material facilitado al desarrollo de la investigación. En especial, al *Ministério Público del Estado de Maranhão* y *Universidad Federal de Maranhão*, de modo singular, el Departamento de Derecho, instituciones que tengo el honor de dedicar mis actividades profesionales, respectivamente, cómo Fiscal y Profesora efectiva, dirijo lo más reconocido agradecimiento, por los permisos concedidos y atención, de modo a llevar, en efecto, el posgrado del Doctorado.

«No hay tema tan viejo que no se puede decir nada nuevo al respecto.» [Dostoievski, *Diario de un escritor*.]

ABREVIATURAS

ADPF_Arguição de descumprimento de preceito fundamental

AFDA _ Association française pour la recherche en droit administratif

AFDUA_ Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad del Alcalá)

AI_ Ato Institucional

ANA_ Agencia Nacional de Água

BOE_ Boletín Oficial del Estado

BSLC_ Bulletin de la Société de Législation Comparée

CAB_ Col·legi d'Advocats de Barcelona

CC_ Código Civil

CCH_ Comités de Cuencas Hidrográficas

CE_ Comunidad Europea

CE_ Constitución Española

CDAMA _ Centro de Documentación del Agua y del Medio Ambiente

CEDH_ Convenio Europeo de los derechos humanos

CEPR_ Centro for Economic Policy Research

CERIC_ Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires

CF_ Constitución Federal de Brasil

CNJ_ Consejo Nacional de Justicia

CNMP_ Consejo Nacional del Ministerio Público

CNRH_ Consejo Nacional de Recursos Hídricos

CSIC_ Consejo Superior de Investigaciones Científicas

EC_ Enmienda Constitucional

CECA_ Centre d'Études Constitutionnelles et Administratives

CEC_ Centro de Estudios Constitucionales

CEPC_ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CJCF _ Confédération des Juristes Catholiques de France

EIE _ Éditions Ides et Calendes

EAPC_ Escola d'Administració Pública de Catalunya

FCE_ Fondo de Cultura Económica

GRALE_ Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe

GWP _ Global Water Paternership

IAAP_ Instituto Aragonés de Administración Pública

IBAMA_ Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de Recursos Naturales Renovables

IBEC_ Instituto Brasileño de Derecho Constitucional

IDP_ Instituto Brasiliense de Derecho Público

IEA_ Institut d'Estudis Autonòmics

INBO _ International Network of Basin Organisation

IWA_ International Water Association

JNISA _ Journal of the Nordic International Studies Association

JGPA _ Junta General del Principado de Asturias

LGDJ _ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

MMA_ Ministerio de Medio Ambiente

MPF_ Ministerio Público Federal

OUP _ Oxford University Press

PNUMA_ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

PUF _ Presses Universitaires de France

PRPA_ Procuradoria da República do Estado do Pará

RAP_ Revista de Administración Pública

RArAP_ Revista Aragonesa de Administración Pública

RCDP_ Revista Catalana de Dret Público

REP_ Revista de Estudios Políticos

RFDC _ Revue Française de Derecho Constitutionnel

RFDM_ Revista de la Facultad de Derecho de México

RIE_ Revista de Instituciones Europeas

RIDC _ Revue Internationale de Droit Comparé

RMC_ Revue du Marché Commun

SEFJP_ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

SEMA_Secretaria de Estado de Maranhão del Medio Ambiente
STF_Supremo Tribunal Federal
STC_Sentencia Tribunal Constitucional de España
STJCE_Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TC_Tribunal Constitucional de España
TCE_Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH_Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE_Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TUE _ Tratado de la Unión Europea
TJCE_Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	21
1. Justificación y límites del tema.	21
1.1. Objetivos generales.	22
1.2. Objetivos específicos.....	27
2. Metodología.....	38
PRIMERA PARTE.....	49
TEORÍA DE LA SUBSIDIARIEDAD	49
CAPÍTULO I.....	49
PLANTEANDO LA PROBLEMÁTICA DE LA DE SUBSIDIARIEDAD.	49
Sección I.....	49
Una cuestión semántica y jurídica	49
1. Sobre la definición de <i>subsidiariedad</i>	49
1.1. El derecho español	51
1.2. El derecho alemán.	54
1.3. El derecho italiano.....	61
1.4. El derecho francés	63
1.5. El derecho belga.	66
1.6. El derecho anglosajón.	68
1.7. El derecho catalán.	71
1.8. El derecho portugués.	72
1.9. El derecho brasileño.	75
CAPÍTULO II.....	78
LA SUBSIDIARIEDAD CÓMO UN CONCEPTO JURÍDICO.	78
Sección I.....	78
Antecedentes y nuevos planteamientos.	78
1. De la acción al principio jurídico de Subsidiariedad.....	78
1.1. Concepto genérico: acción subsidiaria.	81
1.2. Norma subsidiaria.	82
1.3. Cláusula subsidiaria.....	83
1.4. Concepto específico en el Derecho Europeo.....	83

i) subsidiariedad procedimental	86
ii) material o substancial:	86
iii) subsidiariedad vertical.....	86
iv) subsidiariedad horizontal.....	87
1.5. Principio de subsidiariedad en el intervencionismo económico y social del Estado....	88
i) funcional.....	88
ii) territorial.....	88
Sección II.....	90
Subsidiariedad y las ramas del derecho público.....	90
1. La aportación del principio de la Filosofía Social hacia el Derecho Público.....	90
2. Categorías jurídicas de la subsidiariedad y aplicaciones.....	93
i) Subsidiariedad territorial	94
ii) Subsidiariedad funcional:	94
iii) Subsidiariedad procesal.....	95
iv) Subsidiariedad ascendente o positiva.	95
v) Subsidiariedad descendente o negativa	95
vi) subsidiariedad vertical	97
a) Sustancial o material	97
b) Jurisdiccional	99
vii) Subsidiariedad horizontal.....	100
Sección III.....	102
Los avances de instrumentación del principio de subsidiariedad.....	102
1. Entre principio y función.....	102
1.1. Subsidiariedad y principio de información.	104
1.2. Función de subsidiariedad aplicada al derecho del medio ambiente.....	105
1.3. Subsidiariedad: un elemento pluridimensional.	107
CAPÍTULO III	110
DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBSIDIARIEDAD	110
Sección I.....	110
Derecho Público y principio de subsidiariedad: rasgos constitucionalistas.	110
1. Primera aproximación de los conceptos de soberanía, descentralización, autonomía y subsidiariedad.....	114
1.1. Nuevos interrogantes entorno de la subsidiariedad.	116
1.2. ¿Por qué antes no se planteó un valor jurídico a la subsidiariedad?.....	120
2. Delimitación y orígenes del concepto de Soberanía.	124

2.1. Características de la Soberanía.....	129
i) el sentido defensivo o negativo.....	129
ii) el sentido ofensivo o positivo.....	130
2.2. La soberanía del ‘populus’ y ‘del príncipe’.....	132
2.3. Teoría de la indivisibilidad del poder del Estado.....	133
2.4. Teoría del poder limitado del Estado o de la división de la soberanía.....	137
2.5. Idea de <i>subsidiariedad</i> en la tradición griega: el sentido de utilidad.....	143
2.6. Teoría del derecho natural y <i>bonum commune</i>	145
2.7. Teoría de los fines del Estado y subsidiariedad.....	147
2.7.1. Teoría expansionista con el fin de utilidad.....	150
2.7.2. Teoría expansionista con el fin ético o moral.....	151
2.7.3. Teoría del fin limitado.....	152
2.7.4. Teoría relativista o de los fines particulares en el Estado moderno.....	154
i) fines exclusivos:.....	155
ii) fines concurrentes:.....	156
3. Breves conclusiones.....	158
Sección II.....	160
Teoría alemana del Estado Federal.....	160
1. Teoría de la soberanía en el Imperio constitucionalista alemán.....	161
i) El elemento central o unitario.....	169
ii) El elemento federal: primeros rasgos.....	169
2. La soberanía en la república de Weimar.....	170
2.1. La soberanía en el <i>normativismo jurídico</i> de Hans Kelsen.....	170
2.2. La contribución de la teoría de integración propuesta de Smend.....	176
2.3. Aportación de la teoría del decisionismo político de Karl Schmitt.....	177
2.4. Teoría de Hermann Heller.....	181
3. Algunas Conclusiones.....	183
Sección III.....	186
La doctrina social de la Iglesia en los años treinta y la función de la subsidiariedad. .	186
1. La reforma de las Instituciones y la función de subsidiariedad.....	187
2. El retorno de las costumbres y <i>acción subsidiaria de la sociedad</i>	189
Sección IV.....	192
El Federalismo brasileño y el principio de subsidiariedad.....	192
1. La subsidiariedad antes de la Constitución Federal de 1988.....	192

2. El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución de 1988.	200
i) Competencia y descentralización.	201
ii) El principio de subsidiariedad en tema del agua desde la CF de 1988.....	203
iii) Función de subsidiariedad y los derechos sociales en la CF de 1988.	206
3. El principio de <i>subsidiariedad</i> en la jurisprudencia del STF.	207
3.1. Competencia legislativa y subsidiariedad.	208
i) subsidiariedad horizontal.....	209
ii) subsidiariedad vertical.....	209
3.2. Subsidiariedad funcional aplicada en la gestión de los servicios públicos.....	210
i) la autoadministración	211
ii) el autogobierno.....	211
3.3. El principio de subsidiariedad y la aplicación de la Ley 9.882/99.	214
3.4. La teoría de la subsidiariedad mitigada aplicada al procedimiento administrativo- sancionador.	216
4. Consideraciones finales.....	220
CAPÍTULO IV	231
La doctrina del Derecho Administrativo y la Subsidiariedad.....	231
Sección I.....	231
La teoría del institucionalismo jurídico, soberanía y subsidiariedad.	231
1. Estado, propiedad y subsidiariedad.	232
1.2. La dicotomía clásica entre <i>poderes</i> y <i>funciones</i> públicas.....	233
2. Planteando la subsidiariedad bajo el enfoque de la teoría del institucionalismo jurídico. ...	238
3. La teoría de los servicios públicos: un cambio en la noción de Estado.	241
4. El principio de subsidiariedad en la tradición del liberalismo moderno.	244
Sección II.....	248
Consideraciones sobre la subsidiariedad en el Derecho administrativo alemán.	248
1. Orígenes de las instituciones públicas del estado alemán.	250
1.2. El poder de vigilancia.....	256
1.2.1. El derecho de informarse.....	259
1.2.2. El derecho de protección.	259
1.2.3. El derecho de realizar las prestaciones debidas.....	260
i) el estado de las corporaciones territoriales y la subsidiariedad.	261
2. El concepto de asistencia vital y la relación con la función de subsidiariedad en la teoría de Ernst Forsthoff.	264

3. Principios pioneros de la articulación administrativa alemán: centralización y descentralización, concentración y desconcentración.	271
3.1. Centralización.	272
3.2. Descentralización.	273
3.3. Concentración y desconcentración en el sentido vertical o espacial.	275
3.4. Concentración y desconcentración en sentido horizontal u objetivo.	276
3.5. La <i>función de subsidiariedad</i> un conseqüario de la noción de <i>administración autónoma</i> en la teoría de Forsthoff.	278
4. La subsidiariedad en el derecho administrativo contemporáneo alemán.	283
4.1. Subsidiariedad y sectores administrativos.	284
4.1.1. Subsidiariedad y derecho administrativo social.	284
4.1.2. Subsidiariedad, derecho administrativo y medio ambiente.	287
i) conocimiento del problema.	288
ii) decisión política entorno al problema.	288
iii) el problema de gestión o distribución de los recursos.	288
Sección III.	290
La subsidiariedad a partir de los conceptos de centralización, descentralización y autonomía.	290
1. Notas sobre centralización y descentralización en el derecho público francés.	291
2. Descentralización y correlación con Autonomía.	294
i) descentralización territorial.	295
ii) descentralización funcional.	295
2.1. Autonomía y la relación con la subsidiariedad.	296
2.2. Bases del principio autonómico cómo la fuerza impulsora del Estado autonómico. .	297
2.2.1. Autonomía territorial.	298
i) La vertiente ‘positiva’ o ‘activa’.	298
ii) La vertiente ‘negativa’	299
3. Desconcentración y subsidiariedad.	302
Sección IV.	304
La subsidiariedad en el marco del Derecho Administrativo contemporáneo.	304
1. Los retos de la función de subsidiariedad en el marco del Derecho Administrativo.	304
1.1. ¿La noción de <i>estándar</i> es aplicable a la subsidiariedad?	304
1.2. La noción del ‘argumento subsidiario’ o ‘índice subsidiario’.	306
1.3. La subsidiariedad como ‘línea de conducta intermedia’.	311

1.4. La noción de complementariedad cómo función administrativa subsidiaria.	312
1.5. ¿La subsidiariedad es una función de organización específica?.....	313
1.6. Subsidiariedad: <i>¿oposición a la descentralización o complemento?</i>	314
2. El principio de subsidiariedad: nuevos matices en el Derecho Administrativo contemporáneo.	319
2.1. Características y particularidades del principio de subsidiariedad.	322
2.2. La teoría de la heterogeneidad de los principios y la relación con la subsidiariedad.	324
i) principios ordinamentales.....	325
ii) principios institucionales.....	325
iii) principios rectores de la política social y económica.	326
2.3. Relación del principio de subsidiariedad con otros principios del derecho público... ..	327
i) principio de jerarquía:	328
ii) principio de la competencia o principio general de separación de los ordenamientos.	329
iii) principio de la reserva de la ley.....	330
iv) principio de la autonomía local.	331
v) principio de cooperación	333
2.4. Síntesis: casos en concreto de aplicación del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia española.	335
2.5. Otras perspectivas de la subsidiariedad: entre función y principio.	340
3. Conclusiones previas.....	344
Sección V.....	347
Derecho Europeo y el principio de subsidiariedad.	347
1. Breves consideraciones sobre la arquitectura del principio en ámbito europeo.	349
1.1. ¿Quién son los obligados por hacer cumplir el principio de subsidiariedad?	354
1.2. ¿Cómo se aplica el principio de subsidiariedad?.....	355
i) criterio de transnacionalidad:	358
ii) criterio relativo a corrección de las distorsiones económicas o de mercado:.....	360
2. El principio de subsidiariedad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	363
3. El principio de subsidiariedad en la Directiva de los Servicios en el mercado interior. ...	364
3.1. La relación entre principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad.	365
4. A modo de conclusión.....	368
SEGUNDA PARTE	374

AGUA Y DERECHO.....	374
CAPÍTULO I.....	374
LA TRAMA DE LA VIDA: EL AGUA Y SU DERECHO.	374
Sección I.....	374
1. La complejidad en torno de algunas cuestiones iniciales sobre el agua.....	374
1.1. El agua: un derecho convergente y divergente.....	376
1.2. El agua cómo bien jurídico y complejo.....	378
Sección II.....	382
1. El principio de la valoración económica del agua.....	382
1.1. Regla de equivalencia.....	383
1.2. Regla de igualdad de trato.	383
1.3. La regla de cobertura de los costes.....	384
1.4. La regla de causalidad.....	385
2. Derecho de agua y sector público.	388
2.1. Breve referencia al modelo español.	389
2.2. El demanio público del ordenamiento constitucional de Brasil.	390
Sección III.....	393
Soberanía del agua y el principio de subsidiariedad.....	393
1. Gobernanza del agua y participación ciudadana.	394
1.1. Participación e información en la Directiva marco del agua de la UE.....	398
1.2. Participación e información en la ley de agua de España.	400
1.3. Participación e información en la ley brasileña de política nacional de recursos hídricos.....	401
2. Problemas medioambientales y económicos relativos al derecho de agua.	403
3. Problemas administrativos que se plantean en ámbito del derecho de agua.	408
3.1. Función de policía.	409
3.2. Función del servicio público.	411
Sección IV	413
Nuevas tendencias del derecho de agua.	413
1. Tendencias generales del recurso agua: de derecho fundamental del acceso al valor económico del agua cómo bien especial.	416
1.1. El derecho de acceso al agua por todos.....	418

1.1.2. Los costos económicos por los usos de explotación hídrica.	419
2. Tendencias específicas según la gestión integrada de los recursos hídricos.	421
2.2.1. Generalidades del sistema brasileño.....	423
2.2.2. Generalidades del sistema norte-americano.	424
2.2.3. Generalidades del sistema canadiense.....	424
2.2.4. Generalidades del sistema australiano.....	425
2.2.5. Generalidades del sistema español.	426
2.2.6. Generalidades del sistema francés.....	426
2.2.7. Generalidades del sistema alemán.....	428
3. Tendencia específica desde el ‘Neoinstitucionalismo’.....	430
4. Tendencia específica del retorno a remunicipalización de la gestión local del agua.	431
4.1. El caso de París: antecedentes del derecho de agua en Francia y la reforma del sistema de gestión hídrica local.....	432
CAPÍTULO II.....	442
GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS.	442
Sección I.....	442
De la concepción de gestión integrada y principios rectores.....	442
1. Delimitación de <i>gestión integrada de los recursos hídricos</i> en el contexto global.....	442
1.1. La Conferencia de Dublín y su contribución al desarrollo de los principios de gestión integrada.	442
1.2. El Programa 21: un marco para la gestión integrada de agua.	444
1.3. La ‘Declaración del Milenio’ cómo meta de integración de gestión hídrica.....	445
2. Los principios rectores de la política del agua.	448
2.1. Principio de unidad del ciclo hidrológico.....	448
2.2. Principio de la gestión equilibrada de la fuente.	451
2.3. Principio de patrimonialización del agua.	452
2.3.1. Raíces de la <i>patrimonialización de agua</i> hacia el cambio de paradigma.	454
Sección II.....	460
Gestión (integrada) de recursos hídricos contraste europeo y brasileño.	460
1. El alcance de la <i>gestión de recursos hídricos</i> en el Derecho europeo.....	461
1.1. La <i>gestión integrada de los recursos hídricos</i> en la DMA 2000/60/CE.	461
1.1.1. Medidas de la gestión integrada del agua:.....	463
i) medidas de análisis.....	463

ii) medidas de registro.....	464
iii) medidas de control	464
iv) medidas de seguimiento	464
v) medidas de recuperación de los costes	465
1.2. La interpretación de la jurisprudencia relativa a definición del concepto de «gestión de los recursos hídricos».....	467
2. Rasgos normativos de la <i>gestión de recursos hídricos</i> en el derecho brasileño.....	473
3. La construcción de un sistema hidrográfico común a partir de la unidad de cuenca hidrográfica.....	476
3.1. La cuenca hidrográfica en la Directiva Europea.....	479
3.2. La cuenca hidrográfica cómo unidad de gestión en el derecho brasileño.....	481
CAPÍTULO III	485
EL MODELO SUBSIDIARIO DEL DERECHO DE AGUA: LA GESTIÓN EN BRASIL Y EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	485
Sección I.....	485
El marco subsidiario de la gestión del agua.....	485
1. Primera aproximación comparativa entre el modelo subsidiario del agua en la Unión Europea y Brasil.....	487
1.1.1. Problemas de vulnerabilidad del medio ambiente y de los recursos hídricos.....	491
1.1.2. Conflictos de competencias del ordenamiento.....	492
1.1.3. Problemas relacionados con el régimen económico-financiero.....	495
1.1.4. Contradicciones entre los sistemas de Unión Europea y Brasil.....	497
Sección II.....	500
El principio de subsidiariedad en la gestión sostenible del agua en la Unión Europea.....	500
1. La Directiva marco del agua orientado a un modelo subsidiario de gestión de agua.....	501
2. Algunas consideraciones respecto <i>integración</i> y principio de subsidiariedad en la DMA 2000/60.....	505
3. El modelo subsidiario de gestión del agua en la jurisprudencia europea: un caso en concreto.....	513
3.2.1. Los antecedentes: los hechos y el procedimiento administrativo previo.....	514
3.2.2. Del recurso de incumplimiento.....	515
i) La tesis de la parte recurrente (Comisión Europea).....	516
ii) La tesis de la parte demandada.....	516
iii) Los fundamentos del fallo de la sentencia.....	519
iv) Nuestras conclusiones.....	523
4. Asimetría de las competencias en materia de aguas: el caso intracomunitario de España.....	526

5. A modo de conclusión.....	534
Sección III.....	538
El modelo subsidiario del derecho de agua en Brasil.....	538
1. El marco constitucional del agua en el derecho brasileño.....	538
1.1. El agua: <i>bien común</i> y demanio público.	538
1.2. El reparto de las competencias de los recursos hídricos en la CF y el principio de subsidiariedad.....	540
1.2.1. Competencias materiales exclusivas y compartidas:.....	541
1.2.2. Competencias legislativas privativas y concurrentes:	546
1.2.3. Competencia específica sobre las tierras indígenas y recursos hídricos.	547
2. La aplicación del principio de subsidiariedad en la política de los recursos hídricos de Brasil.....	547
2.1. De la participación social en los Comités de Cuencas Hidrográficas.	549
2.2. Algunos rasgos idiosincrásicos de la gestión subsidiaria en la práctica.....	554
3. El trasvase del Río São Francisco: proyecto de integración de cuencas con el Nordeste-septentrional.	560
3.1. La demanda judicial sobre el PISF ante el Supremo Tribunal Federal.	563
4. Conflictos jurídicos relacionados con la gestión del agua: la aplicación del principio de subsidiariedad entre Estado-miembro y municipio.	568
4.1. Un caso concreto: de la competencia municipal para la concesión de los servicios de suministro de agua e interés local.....	569
5. Conclusiones de la jurisprudencia de Brasil en aproximación con UE relativo el principio de Subsidiariedad.	575
5.1. Otras conclusiones respecto al modelo subsidiario del agua en Derecho europeo y brasileño: la dimensión pluridimensional de la subsidiariedad.....	578
CONCLUSIÓN	582
BIBLIOGRAFIA	597

“Los poderes que nacen en el seno de la sociedad solo pueden ser vencidos por otras nuevas fuerzas que nazcan igualmente de éstas”. [Jellinek, p.252]

INTRODUCCIÓN.

1. Justificación y límites del tema.

En las últimas décadas los gobiernos, las administraciones públicas e incluso los tribunales se han afrontado con la cuestión de aplicación del principio de subsidiariedad en variados aspectos del derecho público, y de modo singular, este tema centraliza la perspectiva administrativa y medio ambiental, más específicamente al tema del derecho de agua, de la gestión hídrica y de la distribución de competencias. Por lo tanto, me motivaron volver los análisis investigativos de esta tesis del doctorado dedicada a reflexionar y proponer unos nuevos matices jurídicos respecto a ese principio y sus implicaciones centradas en esa rama del Derecho Administrativo y del derecho de agua.

Sin embargo, fue necesario un extenso análisis del principio de subsidiariedad, por tanto, esta investigación se concentró en dos partes: la primera dedicada al estudio más profundo del elemento de subsidiariedad volviéndose a sus raíces evolutivas, planteamientos de los conceptos jurídicos y sobretodo calcado en (re)dimensionar su naturaleza jurídica, a partir de la relación del componente de la *subsidiariedad* con otros elementos jurídicos igualmente complejos, cómo se suele examinar la evolución de la soberanía, en la teoría del derecho público, con el tema de centralización, de la descentralización y de la autonomía, hacia conocer el sesgo jurídico de la subsidiariedad.

Por tanto, no se extrañe el lector con la amplitud del tema, quizás se podría haber delimitado el objeto de la investigación solo en la primera parte, y contentarse en un estudio sobre los fundamentos y proponer nuevos retos de una teoría jurídica de la subsidiariedad sobre cuáles son los retos en torno de ese tema, en el enclave del programa de doctorado en Ciencia Política y Derecho.

Sin embargo, este tema va más allá, y se despliega sobre el principio de subsidiariedad en el derecho de agua, de manera singular en la gestión (integrada) de los recursos hídricos. Pasemos, entonces a unas explicaciones sobre los objetivos generales y específicos.

1.1. Objetivos generales.

La conexión singular que la subsidiariedad presenta, hoy en día, sea cómo principio que despliega en una función administrativa, o denominado de ‘línea de actuación’ o de ‘conducta’ en la gestión de servicios, protección de los bienes comunes y consagrar a evidencia de la participación social en las decisiones de los asuntos de interés más cercanos del ciudadano, la mantiene cómo un de los temas de mayor relevancia entre las ramas del Derecho Público, sobre todo respecto a las funciones administrativas y competencias reguladoras, hecho que nos llevó a reflexionar, con más atención, sobre el qué si se puede establecer cómo las bases de una teoría jurídica de la subsidiariedad.

La parte general, se pretende poner de manifiesto algunas cuestiones afrontadas en el curso de esta investigación tanto en sede de revisionismo, algo difícil de ignorar, porqué, aunque existen un incontable numero de trabajos publicados compartimentados o no, respecto al tema, hay siempre algo nuevo a replantear. En efecto, es lo que desafía y motiva a quien se dedica a la investigación académica, y deseamos realmente no hacer del inestimable tiempo dedicado a esta investigación solo una repetición de aportes jurídicos.

En la segunda parte de la investigación, se tratará de reflexionar propiamente sobre cómo en los sistemas jurídicos-administrativos, precisamente en tema de la *gestión de los recursos hídricos* viene produciendo en efectos, bajo la integración de la política del agua engendrada desde el principio de subsidiariedad, y plantear sobre _ ¿qué resultados y cuales los nuevos efectos jurídicos son extraídos de ello? _.

Así, en un sentido más amplio, esta investigación tiene el objetivo de responder a la siguiente cuestión: ¿Qué aplicación en el derecho de agua tiene el *principio de la subsidiariedad*, en la actualidad? Y, en sentido más singular, ¿qué cambios se pone de relieve sobre el tema de la subsidiariedad en el derecho de agua (?).

En esta parte del abordaje, una primera observación se despliega del hecho de que la diversidad de los ecosistemas de cada 'cuenca hidrográfica' se convirtió, en las últimas décadas, en unidad instrumental normativa de la gestión del agua. Ese hecho, se puede dimensionar en dos tendencias más evidenciadas, que no son exclusivamente de carácter jurídico, más por ser un tema de índole *transdisciplinar* que resulta de la preocupación con la *protección del medio ambiente y de los recursos naturales* en escala sectorial, de modo a direccionar la actuación de nuevas *directrices y objetivos* de la política y gestión de los recursos hídricos regulada por el Derecho. Sea este en ámbito internacional, europeo o del ordenamiento interno, coordinado en cada sistema por principios generales y específicos a promover el uso sostenible del agua, basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles.

Sumase a eso, la otra tendencia de un creciente aumento de problemas del desarrollo económico regional y local, también afectados por el uso indiscriminado del agua, en algunos casos, con derroches de los costos públicos debido a mala planificación en inversiones de infraestructuras del abastecimiento, o aún derroches derivados de múltiples usos indiscriminados por parte de los usuarios, a contribuir para la creciente contaminación de aguas degradadas por utilización incorrecta de pesticidas, o por los vertidos industriales, además de problemas del clima relacionados con la escasez. Son también, algunos de los factores que influyen directamente y varían conforme la realidad de las políticas sectoriales de cada Estado.

De antemano, sin perderse de vista el rigor metodológico necesario a toda investigación académica, cabe aún justificar las razones en el interés de comparar sistemas jurídicos de diferentes bases, vez que uno es de base constitucional (el ordenamiento brasileño) y el otro sobre la base jurídica de un Tratado (la Unión Europea). Esperase con eso no frustrar o comprometer el alcance de esta investigación.

Por lo tanto, primer hay que considerar que existe una identidad de objeto regulado *jurídicamente* en ambos los sistemas, _el elemento agua en cuanto a su naturaleza (bien de dominio público, en sentido del patrimonio común, y bien de valor económico).

Segundo, se añade que en los dos contextos del continente europeo y de Brasil, se suman la constatación de que los recursos hídricos padecen de problemas comunes de gran amplitud respecto contaminación, adversidades climáticas, crisis del agua cuanto a disponibilidad del recurso y del acceso, por lo tanto, un derecho que, no obstante, comporta gran complejidad de sistemas, tiene similitudes de principios de ordenación reguladora y de técnicas o funciones en condiciones de reflexionarse las aportaciones de cada sistema en cuanto a la gestión del agua.

Tercero, es una consecuencia de lo antedicho, importante señalar que el principio de subsidiariedad se implementa en la gestión de los recursos hídricos, tanto en la Directiva marco del agua de la Unión Europea, en cuanto en el derecho brasileño, Ley de la política nacional de recursos hídricos. No obstante, son sistemas jurídicos regulando las funciones administrativas en estructuras jurídicas particularizadas, pero presentan en común el rasgo del criterio medio ambiental de la gestión de cuencas hidrográficas, de un lado, y la ordenación territorial local más próximas de los usuarios, de otro, como criterios de coordinación e integración de la política del agua.

Por tanto, más allá de las condiciones sociales, medioambientales o factores económicos muy adversos que se presentan entre los distintos modelos jurídicos, incluso porque requieren soluciones específicas para cada realidad económica, socio-ambiental y política, con todo, a nuestro juicio, es posible extraer un análisis coherente y sistemática de la aplicación del referido principio en ese contexto.

En líneas generales, una primera aclaración que se hace es considerar la presencia de dos variables que serán examinadas en este objeto de estudio, que permiten establecer una identidad, o al menos un ‘hilo’ para una aproximación jurídica entre los referidos modelos jurídicos, y así, vislumbrar la posibilidad de un análisis metodológica común. Ponemos, por tanto, de relieve las dos variables que son:

- a) por un lado, una creciente política de *cooperación e integración de las aguas*;
- b) y de otro, la conformidad de que tal política se rige por el principio de *subsidiariedad*.

Estos dos instrumentos de actuación para el desarrollo de las políticas de uso, explotación y abastecimiento de los recursos hídricos a los múltiples usuarios, tiene una amplia discusión, no solo en tema del derecho de agua y del derecho administrativo y medio ambiental, pero también en otras áreas que conduce a una interdisciplinariedad de temas (economía, política y derecho) con interferencias sociológicas, biológicas, tecnológicas, etc.

La segunda aclaración, no menos importante, es que además de ser un tema jurídico de mucho debate, aún no se tiene en concreto llegado a un consenso de la gestión de recursos hídricos, en sus variados aspectos administrativo y medio-ambiental, pese esté asentada las bases de la ‘doctrina de la gestión integrada de política del agua’, debido a conflictos entre los entes que toman parte Estado (entes territorial y local) y sociedad (organismos y asociaciones, entes privados y usuarios).

No obstante, aunque sea algo complejo, el análisis comparativo de los sistemas jurídicos a que se refiere este estudio, donde se contemplará modelos normativos completamente diferentes, y cuya pretensión es tan solo verificar la interpretación y aplicación del principio de la subsidiariedad según dos realidades jurídicas (modelo europeo y brasileño), nos pareció pertinente llevar adelante este proyecto, en tema del Derecho Administrativo con el Derecho de Agua, cómo un estudio que conlleva al pensamiento sistémico, en que se permite reunir, a la vez, tres vertientes contemporáneas fundamentales: de la dogmática, de la política y de la práctica.¹

De eso modo, el Capítulo I (de la parte general) dedica un análisis desde los enlaces de la definición de subsidiariedad (semántica y normativa del derecho).

El Capítulo II, se sigue examinando la estructura teórica de conceptos, en la doctrina, seguido de naturaleza jurídica de la subsidiariedad en el Capítulo III, dimensionando esta cómo elemento propio del derecho (acción, norma, cláusula, principio) en que se hace una proposición teórica de la subsidiariedad como fenómeno jurídico *pluridimensional*; Para tanto, se volverá al tema de la soberanía, en que se detiene

¹ Schmidt-Assmann. E. *La Teoría general del Derecho Administrativo como Sistema*. P.5.

profundizar la ‘cuestión de la soberanía’ y cómo esta mantiene una relación epistemológica desde los orígenes del principio de subsidiariedad (Sección I).

En este punto, la investigación hace un enlace más profundo de algunos aspectos de la soberanía, aunque con enfoque aproximado con la Ciencia Política (Cap. III, Sección I, apartado 2), pero en el sentido de puntualizar el enlace con el pensamiento jurídico de estos dos elementos soberanía y subsidiariedad. Lo que se desarrollará con el pasaje a la Teoría Constitucional.

De modo singular, se hallan dos secciones dedicadas al constitucionalismo: alemán (Cap. III, Sección II) y brasileño (Cap. III, sección IV), con miradas distintas, respectivamente, el primer bajo las referencias teóricas que enmarcan la soberanía en la constitución (teoría del normativismo, de la integración, decisionismo político, evolutiva-histórica), y la segunda, relacionada al proceso evolutivo de la norma de subsidiariedad en las constituciones brasileñas.

En el capítulo IV se sigue investigando el objeto de la subsidiariedad más precisamente en tema de Derecho Administrativo, con abordaje de dos importantes marcos jurídicos: i) la doctrina del institucionalismo y de los servicios públicos, del derecho administrativo francés (Sección I), y de su más significativa contribución proveniente desde su evolución hacia el derecho administrativo directivo (Sección II); y ii) las perspectivas del derecho administrativo contemporáneo (Sección IV).

En ese pasaje, se va relacionar la subsidiariedad con nuevos ‘condicionantes’ jurídicos (descentralización, autonomía, concentración y desconcentración), razón porqué también se incluye la relevante aportación del derecho español (Sección III).

En este segundo marco, del derecho administrativo contemporáneo (Sección IV) se tratará de cuestiones más específicas de la actualidad, tales como reflexionar sobre ¿Cuáles son los nuevos retos de la subsidiariedad?_ en que se pretende efectivamente volver a la cuestión de distinguir principio y función de subsidiariedad, además de establecer parámetro de relación de este con otros principios correlatos (de jerarquía, competencia, cooperación), abordándose la ‘teoría de la heterogeneidad de principios’.

Al cierre de la parte general, se tratará aún el Capítulo IV (Sección V) de un punto clave de la investigación que es comprender la subsidiariedad desde el Derecho Europeo, cuando fue insertado en la integración del derecho de la comunidad europea, delimitándose la base jurídica de este derecho europeo para la futura formación del modelo subsidiario de la gestión del agua.

Ahora pasemos a una justificativa más detallada de los objetivos específicos:

1.2. Objetivos específicos.

Los objetivos específicos de esta investigación empiezan por analizar las cuestiones actuales sobre el bien jurídico 'agua' que llevaron al desarrollo del modelo subsidiario del derecho de agua, tanto en el marco de la ordenación de la gestión de los recursos hídricos en Unión Europea en cuanto al modelo de Brasil.

Por lo tanto, el modelo subsidiario del derecho de agua, que aquí se refiere al tema del trabajo, en primer lugar se pretende hacer una comparación entre los ordenamientos y saber cómo se estructura específicamente la regulación de gestión y aprovechamiento de los recursos, de acuerdo con los principios generales, aunque cómo ya señalamos sean sistemas de bases jurídicas distintas, será posible verificar algunas hipótesis de conflictos que se afrontan en cada sistema en situaciones más concretas y comunes.

Por otra parte, no tiene el objetivo de hacer un análisis minucioso de los institutos del derecho de agua (cuestiones relacionadas con titularidad, clases de aguas, usos específicos para alimentación, navegación, pesca, actividades deportivas y ocio etc.) y ni entrar en análisis sistemáticas de planificaciones hidrográficas respecto conservación y calidad de aguas, solo señalando tales temas en la medida que son analizados los dos ordenamientos.

Así, en la Segunda parte de esta investigación se abre el Capítulo I que tratará de *las perspectivas actuales del Derecho de Agua* afrontando la problemática que mucho se tiene enfatizado que el *agua* es un bien económico, jurídico y político.

Se analiza algunas cuestiones iniciales de lo que parece reflejar la centralidad de un debate complejo en los últimos veinte años, sobre el derecho de agua y del abastecimiento a través de los servicios públicos para el uso racional, el control de calidad con fines de garantizar a los múltiples usuarios, y a las futuras generaciones, una necesaria disponibilidad del recurso ‘agua’ en condiciones adecuadas de cantidad y calidad.

De modo particular serán tratadas en las Secciones I y II, con algunas reflexiones de convergencias² y divergencias del derecho de agua, y del análisis cómo un ‘bien jurídico complejo’. Ello relacionándolo con el principio de valoración económica y con algunos aspectos del derecho de agua en el dominio de los sectores públicos. Aquí se puntualizando un comparativo entre el derecho español y brasileño.

En la Sección II, de manera específica, se volverá al tema de la soberanía, otra vez con enlace a las instituciones jurídicas, destacándose la relevancia que la función política interfiere en el Derecho Administrativo a través de la producción legislativa de los ordenamientos, cómo lo hace llegar en un ‘nuevo formato’, al que se convirtió en llamar de ‘gobernanza del agua’, donde se relacionará otra vez los elementos de soberanía y subsidiariedad (Capítulo I, Sección III), se abordará sobre este contenido y las características entre los sistemas comparados de Unión Europea y Brasil, y aún respecto al derecho español, se utilizando y analizando este ordenamiento jurídico, cómo parámetro intermedio de comparación entre los sistemas tratados.

Sin embargo, queda claro que, el tema de la gestión de los recursos hídricos y su mejor explotación y utilización por los Estados no es algo novedoso.

Hace más de una década que un amplio y variado acervo de investigaciones científicas (*transdisciplinarias*) se concentra en esa temática, que dice respecto al análisis de una exigente política internacional de protección de los recursos naturales y consecuentemente de las fuentes del agua dulce, hacía la “gestión sostenible del agua”,

² Este concepto viene delimitado en el cuerpo del trabajo.

cuanto por revelarse el reconocimiento a un nuevo estándar del “derecho humano al acceso al agua”³.

Se trata de dos problemáticas de ámbitos distintos: _ i) de un lado, la protección medio ambiental cómo una responsabilidad del Estado, hacía una gestión sostenible del agua; _ ii) del otro, la construcción de un *derecho fundamental del acceso al agua*, donde ambas se centran en un objetivo común para una actuación más eficaz por parte de las Administraciones Públicas y entes privados en los países, en aras de alcanzar el abastecimiento económicamente satisfactorio, continuo y accesible del agua para todos.

Señalase aún, esta investigación no adentrará en la segunda perspectiva, ya no se tratará aquí sobre los fundamentos del *derecho humano al agua* y sus implicaciones más particularizadas. Y, también, se escapa a la delimitación de este objeto de estudio la temática de los derechos humanos propiamente, porque tampoco se abordará cuestiones de desarrollo de políticas de contenido económico-social que envuelve múltiples realidades de las regiones que comprenden los dos modelos. Pero, añádiese que, alguna referencia podrá ser incluida, en momentos que se valoren la relevancia del tema, dentro del contexto de las reflexiones del contenido de la presente investigación, desde ya adelantando las consideraciones que están hechas en la parte especial (vide el Cap. I, sección I).

A continuación, consideramos cómo puntos de aproximación de los dos sistemas jurídicos comparados (derecho europeo y derecho brasileño) verificar cual los puntos de aproximación científica que nos remite contextualizar el acercamiento de los distintos modelos. En primer lugar, los varios problemas de interés global (cuestiones relacionadas con el mercado y medio ambiente) que, en un enclave académico, sistematizamos y agrupamos bajo dos enfoques en este estudio (Capítulo I, Sección III): a) problemas económicos y medio-ambientales relacionados con el *bien agua*, de un lado; y b) problemas administrativos relacionados con los servicios y del derecho de agua, del otro.

³ Poniendo a consideración el hecho de que muchísimas poblaciones en el planeta no disponen, aún, de los servicios de abastecimiento y uso doméstico del agua adecuados a su subsistencia (alimentación, higiene y sanidad), en los más diversos países, lo que representa cerca de 1.6 mil millones de personas, según informe de la Naciones Unidas en 2013 Vide. Datos publicados en la página web [en línea, 06 mar 2014]: <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/water_cooperation.shtml> Consulta en 14 mar 2014.

Respecto al *primero conjunto de problemas (ambiental e económico)*, se pone de manifiesto algunas reflexiones respecto al desarrollo sostenible centrado al recurso agua, en que se destacan tres perspectivas: la distribución del agua que es extremadamente desigual entre las poblaciones y el derecho de acceso al recurso para todos; la preocupación con la disponibilidad de las aguas por el riesgo de escasez debido al cambio climático; las políticas de conservación y recuperación de la calidad.

Estos son problemas, *à priori*, que también conllevan al planteamiento de las relaciones económicas, porque los costos de financiación del manejo de las aguas subterráneas, superficiales y transfronterizas, en el ámbito de la integración del plan hidrológico, han que ser repartidos respecto a todos los usuarios.

Cómo un bien económico el agua no se suministrará hasta llegar al usuario final, sin contemplar las inversiones de infraestructuras, los métodos de tratamiento de la calidad, la tarifación etc. Igualmente, para afrontar la escasez de agua, adoptar medidas de combatir las sequías, la contaminación de las fuentes del agua causada en las más variadas formas por los vertidos de aguas residuales domésticas, las sustancias procedentes de la actividad agrícola, las emisiones industriales y los vertidos de sustancias peligrosas habrá que sopesar cooperación y distribución de los costos.

En otro sesgo, será también analizado sobre el *segundo conjunto problemas administrativos*, que ya se adelanta, son las cuestiones relacionadas con las funciones administrativas de policía y los servicios públicos relacionados con el agua.

Ahora bien, esta investigación no se puede llevar a cabo sin que se presente la necesidad de demostrar las nuevas tendencias del derecho de agua (Capítulo I, Sección IV), en dos encuadres: un general y otro específico, delineando algunos sistemas jurídicos de países que adoptaron la gestión integrada, o de nuevos modelos de gestión, que de modo particular analiza el *neoinstitucionalismo y la remunicipalización*.

La cuestión de la remunicipalización que está hoy en evidencia, será abordada al final del Capítulo, y fue introducido un apartado específico porque es una tendencia de la actual de política del agua en grandes ciudades, un cambio en contradicción a la tradicional explotación de iniciativa privada, más que tiene pasado al régimen público

por elegir nuevos padrones de política de abastecimiento de agua potable a hogar y todas las actividades conexas con tratamiento de aguas residuales en grandes centros urbanos, a fin de compatibilizar bajo el trinomio de agua: bien público, economicidad y política de accesibilidad, en vista del revisionismo de la buena prestación del servicio público a la satisfacción de un derecho humano universal que dice respecto al derecho al agua y saneamiento básico.

En la secuencia de la investigación, el Capítulo II se concentra en un análisis más detallado de la ‘gestión integrada de los recursos hídricos’, que es, por supuesto, la matriz de los dos modelos jurídicos comparados, y qué cómo será analizado, se basa en principios generales de unidad del ciclo hidrológico, de gestión equilibrada de la fuente y de patrimonialización (Sección II).

Este cambio de paradigma del desarrollo sostenible para la gestión del agua, aproxima el modelo de Brasil con el de Unión Europea, por dos razones:

i) La primera razón, se centra en el programa impulsado por las Naciones Unidas en ámbito *mundial* para la protección del medio ambiente, donde la cuestión del agua, fue considerada de gran importancia desde los años 90, con la Carta de Dublín, el Programa 21 de las Naciones Unidas y la Declaración del Milenio (comentados más en detalle, Sección I), y son adoptadas en un modelo de *gobernanza global para el agua*, centrada en principios comunes de integración, participación y tiene en la ‘cuenca hidrográfica’ la unidad de gestión y planificación de conservación de los recursos hídricos.

ii) La segunda razón, consiste en una tendencia de adoptar en la regulación, dicho conjunto de medidas, tanto en Unión Europea, se desarrolló una política comunitaria integrada de aguas, de mayor protección de las aguas continentales y mejorar el medio acuático del continente. En otras palabras, la Directiva del agua 2000/60/CE⁴ establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, por la cual centraliza el paradigma jurídico para una política sostenible de *la integración de las aguas*, que se rige por el *principio de la subsidiariedad* (Considerando 18). El derecho de

⁴ Aprobado por el Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000.

la Comunidad en tema del agua se estructura en principios comunes y por un marco general de actuación, según el “*plan hidrológico de gestión de las cuencas*” (*Considerando 13*)⁵.

iii) En el ordenamiento brasileño, el sistema nacional de política de los recursos hídricos también, presenta la gestión orientada por la unidad territorial de la cuenca hidrográfica. Además, la gestión de los recursos hídricos debe ser descentralizada y contar con la participación del Poder Público, de los usuarios y de las comunidades, lo que consagra el postulado de subsidiariedad a la gestión.

Y aquí, cabe aún una reflexión preliminar entre las terminologías “*gestión del agua*” y “*gestión de los recursos hídricos*” (Sección II), objeto de apreciación en la jurisprudencia europea. Sucintamente decimos, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE C-36/98⁶) de 30 de enero de 2001, delimitó una diferenciación de conceptos, sobre el cual se aborda en un apartado específico.

La Sentencia TJCE C-36/98, delimitó dos categorías en que interpretó una, la relativa distinción con base en las disposiciones del artículo 130 R, apartados 1 y 2, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, apartados 1 y 2, párrafo primero, tras su modificación) y Artículo 130 S, apartados 1 y 2, del Tratado CE (actualmente artículo 175 CE, apartados 1 y 2, tras su modificación).

Primero, es interesante referir que en los razonamientos presentados por el Consejo de la Unión Europea (demandado) fue sostenida una distinción de conceptos⁷ afirmando aquel que la primera categoría, *gestión del agua* «*comprende las medidas*

⁵ Cfr. El Considerando 13 «... Esta diversidad debe tenerse en cuenta en la planificación y ejecución de las medidas destinadas a garantizar la protección y el uso sostenible del agua en el marco de la cuenca hidrográfica. Las decisiones deben tomarse al nivel más próximo posible a los lugares donde el agua es usada o se halla degradada...».

⁶ Cfr. TJCE C-36/98 de 30 de enero de 2001. Dictame de un recurso de anulación de la Decisión 97/825/CE del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, relativa a la celebración del Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (DO L 342, p. 18) en que son partes: Reino de España contra Consejo de la Unión Europea. Cfr. STJCE C-36/98, de 30 de enero de 2001. Disponible <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&jur=C,T,F&num=c-36/98>> [Consultado en 11 jul 2011].

⁷ Cfr. STJCE C-36/98 (17) págs. I-818/ I-819.

*destinadas a mejorar la calidad del agua»; mientras, «la expresión «gestión de los recursos hídricos» debe entenderse referida a los aspectos cuantitativos de la distribución y utilización del agua».*⁸

Por fin, el TJCE concluye en el fallo que el «concepto de «gestión de los recursos hídricos» no comprende cualquier medida que afecte al agua, sino que *solo se refiere a las medidas que regulan los usos del agua y los aspectos cuantitativos de su gestión*».⁹ No obstante, en relación al concepto de «gestión del agua» el Tribunal aceptó los argumentos aducidos por el Consejo y las partes coadyuvantes (Portugal, Francia y Finlandia), sin con todo formular un concepto de “gestión del agua”, pero tan solo tejer algunas consideraciones respecto a la interpretación de que una disposición de Derecho comunitario requiere una comparación de sus versiones lingüísticas.

Para rematar, se resalta que en la doctrina europea la discusión entorno de esta dicotomía de conceptos objeto de interpretación por TJCE, en separar aspectos cualitativos de los cuantitativos para gestionar los recursos hídricos con elementos comunes con la ordenación territorial y utilización del suelo (Art. 175 apartado 2 del TCE), también presenta discrepancia de opiniones del entendimiento del Tribunal, por ej., la doctrina española se sostiene el argumento de que la relación de cantidad y calidad son inseparables en el contexto de la gestión del agua¹⁰.

Sin embargo, en este estudio vamos utilizar la expresión «gestión de recursos hídricos» (o «gestión hídrica») en el mismo sentido de «gestión del agua», por tanto, en su sentido más amplio, no solo cómo medida cuantitativa de los recursos hídricos, _ en articulación con los usos económicos del recurso y de distribución cuantitativa_, mas también, con el rango de la protección medio ambiental en torno de la conservación, recuperación y defensa de la calidad los recursos acuáticos.

⁸ Cfr. STJCE C-36/98 (37) pág. I-824.

⁹ Cfr. STJCE C-36/98 (55) pág. I-829.

¹⁰ Vide a propósito los comentarios de la autora española Tirado Robles, C. *La Política del Agua en el marco comunitario y su integración en España*. (Colección Divulgación Jurídica). Madrid: Aranzandi, 2004. Págs. 67-71.

Por último, se señala que, en el derecho brasileño la Ley Federal nº 9.433, de 8 de enero de 1997, que reglamentó las disposiciones constitucionales en materia de aguas, denominada actualmente de «Ley de Aguas», refiere los fundamentos, objetivos, directrices, disposiciones administrativas y otras providencias en torno de la política nacional de los recursos hídricos, organizando el sistema nacional y tratando de la «gestión de los recursos hídricos»¹¹”.

Así, la Ley prevé entre las directrices generales del Artículo 3 apartado I que la «gestión sistemática de los recursos hídricos» debe ser “*sin disociación de aspectos de la cantidad y de calidad*”.

Por fin, el Capítulo III entra en un análisis de los sistemas normativos de Unión Europea¹² (Sección II) y Brasil (Sección III) confrontando el modelo subsidiario de gestión del agua, desarrollados en los ordenamientos (regulación y funciones).

Se detiene en un apartado general, en la Sección I, sobre el marco subsidiario de la gestión con enfoque a identificar cuáles son las cuestiones que determinan una aproximación entre los dos sistemas y el derecho de agua a comparar. El enclave radica en las normas jurídicas a los usos del agua al consumo humano, de los servicios relacionados con el agua, la necesidad de protección eficaz de las variadas masas de agua para el buen estado de cantidad y calidad, problemática que se acerca de realidades tan distintas, cómo suele observarse el contexto europeo y de Brasil:

i) De una parte tenemos el sistema de la Unión Europea acotando nuevos padrones a la protección de las aguas continentales (superficiales-subterráneas), de transición, costeras, según los objetivos de una política medio ambiental en que se garantice el mejor estado ecológico y estado químico de las aguas superficiales, de modo

¹¹ Véase el epígrafe de la Ley que Instituye la Política Nacional de los Recursos Hídricos, crea el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, regula el artículo 21 apartado XIX de la Constitución Federal y altera el Art. 1 de Ley 8.001, de 13 de marzo de 1990, que modificó la Lei nº 7.990, de 28 de diciembre de 1989. <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm > [Consultado en 11 jul 2011]

¹² Compartimos de la idea de sistema normativo impartida del Derecho Administrativo Europeo según el cual se tiene comprendido que la comunidad europea es dotada de un ordenamiento jurídico distinto. CHITI, Mario P. *Derecho Administrativo Europeo*. Traducido por ORTEGA, Luis. 1ª ed. Madrid: Civitas. 2007. Pág. 77.

a evitar el deterioro, y que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua, a partir de la Directiva Marco (Directiva 60/2000 de 23 de octubre)¹³ para una política más coordinada e integradora, destinada a conservar un buen estado de las aguas en el continente.

Este conjunto de normas intensifica las medidas de planificación hidrológica, que permita, en aras de un uso racional de los recursos hídricos, a todos los Estados-miembros velaren para que se armonicen las medidas básicas contempladas en el respectivo documento que deberán cumplirse relativo a las *demarcaciones hidrográficas* de las cuencas que se sitúen en su territorio o sea transfronteriza.

Además de fomentar la integración del uso eficiente y sostenible del agua con el fin de evitar que se incumplan los objetivos del programa de protección de las aguas continentales y zonas protegidas.

ii) De otra parte, el modelo de Brasil, fue paulatinamente modificado por los cambios advenidos de una política global de integración de gestión de cuencas, llevada a cabo desde 1994 por el Organismo Internacional de Gestión de Cuencas (INBO)¹⁴ y las

¹³ A partir de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo Y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, véase los Considerandos n°s 13 y 16, respectivamente: “(13). Existen condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas. Esta diversidad debe tenerse en cuenta en *la planificación y ejecución de las medidas destinadas a garantizar la protección y el uso sostenible del agua en el marco de la cuenca hidrográfica*. Las decisiones deben tomarse al nivel más próximo posible a los lugares donde el agua es usada o se halla degradada. Ha de darse prioridad a las medidas que son responsabilidad de los Estados miembros, elaborando programas de medidas que se ajusten a las condiciones regionales y locales. [...] (16). *Es necesaria una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua en otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo*. La presente Directiva sentará las bases de un diálogo continuado y de la elaboración de estrategias encaminadas a reforzar la integración de los diferentes ámbitos políticos. La presente Directiva puede aportar también una importante contribución a otros ámbitos de cooperación entre los Estados miembros, como la Perspectiva del desarrollo territorial europeo.[...]” Subrayado nuestro. Vide. EUROPA. *Síntesis de la legislación de la UE. Agricultura. Medio ambiente*. [en línea] < http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128002b_es.htm> y <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000L0060:20090625:ES:PDF>> [Consulta: 31 de marzo de 2010].

¹⁴ El International Network of Basin Organizations, adelante INBO, creado en 1994, es una red internacional que tiene por finalidad apoyar la implementación de la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) en cuencas hidrográficas y lacustres, y en acuíferos. Este Organismo (INBO) dedícase a promover el intercambio permanente de experiencias no intuito de desarrollar herramientas adecuadas a una mejor gestión de cuencas a nivel local, nacional y transfronteriza. En sus actividades ocupase también en establecer vínculos entre *los organismos de cuenca* y otras agencias de gobierno a cargo de la gestión de

Naciones Unidas (a partir de la Conferencia de Río-92, con el ‘Programa 21’). Este nuevo paradigma para una gestión integrada, demandan la implantación de un sistema nacional unificado para la política de los recursos hídricos, de control de protección de los recursos naturales y registro de las informaciones en ámbito nacional, adaptados a nuevos estándares y medidas de explotación y distribución del agua.

No obstante, el Estado de São Paulo ya tenía una iniciativa de ordenación jurídica con gestión regionalizada, respecto a planificaciones de cuencas hidrográficas, cómo instrumento de política de agua, anteriormente a CF de 1988

En otro aspecto, el modelo subsidiario del agua de Brasil presenta contrastes con el modelo subsidiario europeo, a si considerar factores de desarrollo económico y ambientales, ya referido con anterioridad, que acentúan las disparidades, que serán evaluadas en la investigación (Sección I): _ desigualdad de distribución y del acceso equitativo del recurso a las poblaciones, que no disponen de agua potable de calidad al consumo; y, _ ahora se evidenciando con más nitidez la problemática de escasez tal cual se afronta ‘crisis hídrica’ en varios Estados-miembros¹⁵, consonante el informe actual de la Agencia Nacional de Agua, y otros casos de inundaciones frecuentes dispersas en varias regiones del país.

Por lo tanto, en virtud de escasez del recurso en algunas regiones no solo provocada por el cambio climático, pero que se suma a desigualdad ocasionada por expansión demográfica de dichas regiones (nordeste y sudeste), además de desigualdad territorial de las reservas hidrográficas por región (con gran cantidad de recursos en la región norte y otras con niveles de recursos insuficientes o en estado crítico).

Ante todo, el interés de esta comparación de los ordenamientos de Unión Europea y Brasil en se aproximar las reflexiones sobre la subsidiariedad aunque sea un

cuencas. Informaciones colectadas en GLOBAL WATER PARTNERSHIP (GWP) Y LA RED INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE CUENCA (INTERNATIONAL NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS-INBO). *Manual para la Gestión Integrada de Cuencas*. 2009. Disponibilidad y acceso. Dirección URL: <www.inbo-news.org>. [Consultado en 3 de marzo de 2010].

¹⁵ Véase Agencia Nacional de Agua. *Conjunta dos Recursos Hidricos no Brasil. Encarte especial sobre a crise hídrica. El Informe 2014*. Disponible en: < en línea> <<http://conjuntura.ana.gov.br/docs/crisehidrica.pdf>> [Consultada en 14 de abril de 2015]

principio de difícil “articulación jurídica”, bajo determinados puntos de vista ¹⁶, consideramos que sea productiva, porque el principio de subsidiariedad como un principio originario del federalismo, y hoy en día, un principio común de la integración comunitaria de los países europeos, formando el Derecho de la Unión europea, tiene engendrado en el seno de la repartición de las competencias de los distintos niveles estatales (subsidiariedad vertical), y de otra parte, llevando en cuenta la actuación del Estado frente a la participación de los ciudadanos e instituciones (subsidiariedad horizontal) se convierte en un desafío de interpretación para el Derecho, por el que vale comparar si de hecho en la gestión del agua algunos de esos conflictos tiene hallado respuestas semejantes y eficaces.

Así, fueron analizados en la jurisprudencia algunos aspectos de la interpretación pretoria, y comparados algunos puntos entre ellos.

En la parte final, cabrá traer algunas reflexiones conclusivas, ante la gran dificultad o desafío del Derecho Administrativo y del Derecho de Agua, que, en la práctica, resulta en la colisión de variados intereses (en derecho europeo y en derecho brasileño), ante se determinar: _ ¿Quién detiene la soberanía en la toma de decisiones de la Autoridad del Agua? o ¿Aún son los Estados que siguen con la centralidad de esa competencia?

Para cada sistema, se afrontan situaciones peculiares a eso respecto, en Brasil, p.ej. el Supremo Tribunal Federal afrontó una demanda de Acción Civil originaria¹⁷ en que la Fiscalía de la República y otras partes demandaron en contra la Unión Federal y la autarquía del medio ambiente, respecto los procedimientos de licenciamiento de obras del trasvase del Rio São Francisco requiriendo la suspensión por irregularidades, de una vez que no se había debatido ampliamente sobre la planificación de obra hidráulica de amplitud regional afectando cinco Estados-miembros. En este caso, el Tribunal aún determinó en medida cautelar providencias de ejecución a cargo de la Unión y de la autarquía. No obstante, al final, desestimó la acción por considerar que escapa al ámbito de aquel Juicio, en evaluar se en aquel momento el desarrollo del trasvase sería “no

¹⁶ Vide. ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El Dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces. 2000. P.38

¹⁷ Vide. STF Sentencia ACO 876 MC-AgR de 19/12/2007. Relator: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, Ement Vol-02326-01. Divulg 31-07-2008. Public 01-08-2008. Pp-00044.

viable” del punto de vista medio ambiental, por lo que derivó que, en ese caso, no se verificaba el incumplimiento de norma constitucional.

En otro matiz, en Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades fijó los límites de la interpretación sobre la gestión del agua respecto la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, ante el recurso que el Reino de España interpuso con el fin de anulación de celebración del Convenio de cooperación de protección del Danubio, bajo el argumento de que el Convenio se refiere exclusivamente a la ¹⁸gestión de los recursos hídricos de la cuenca del Danubio, estableciendo medidas que persiguen su uso racional y no contaminante.

Por último, partiendo de la noción de subsidiariedad investigada en la parte general hasta llegar al concepto más actual de *subsidiaridad* en la doctrina del derecho europeo, del derecho constitucional y administrativo comparando, incluso con el sistema federativo brasileño, se pretende responder a otra cuestión que aparentemente clara, todavía, no está resuelta:

– ¿Cuáles son los límites y aproximaciones que este *principio* o *función* presentan ante el modelo actual de gestión integrado de los recursos hídricos?

2. Metodología.

Primero tenemos que considerar que, en ciencias sociales, al contrario, de las ciencias naturales el método sistémico cuando aplicado en la investigación se tiene que observar con mayor atención los límites entre la diversidad de cada sistema, respetando las identidades de cada objeto¹⁹ (*in casu*, la ciencia del derecho presenta sistemas

¹⁸ Cfr. STJCE C-36/98, de 30 de enero de 2001.

¹⁹ Referimos al siguiente enunciado: «En la visión sistémica vemos que los objetos en sí mismos son redes de relaciones inmersas en redes mayores. Para el pensador sistémico *las relaciones son prioritarias*. Las fronteras entre *patrones discernibles («objetos») son secundarias*.». No discrepamos, de esa opinión, pues la utilizaremos en esta investigación, en todo caso tomamos a consideración que en la visión sistémica se debe tener la atención para no tratar los objetos con demasiada homogeneidad.». [Destacamos en cursiva] .Cfr. La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos. Traducción de David Sempau. Barcelona: Anagrama 1998. Pág. 57.

normativos, los institutos y la tradición jurídica da cada uno) de modo a no se «exagerar los peligros ligados a la pretendida anulación de la diversidad.»²⁰.

De otro modo, también se va a considerar en esta investigación la presunción de que un método, no invalida que se utilice otros métodos científicos ('en red') al menos de manera particularizada o para fines específicos. En especial, en las ciencias jurídicas donde los métodos interpretativos tienen un gran destaque para comprensión de los cambios que se procesan en la normatividad y cómo criterios de evaluación de la jurisprudencia, el intérprete puede valerse de uno o más métodos. De ahí, anticipamos esta posibilidad.

Dicho eso, consideramos que esta investigación se desarrolla en una base sistémica, por excelencia, es decir, toda la problemática abordada será explicada dentro de un pensamiento 'contextual'. Recordamos aquí, la enseñanza de Fritjof Capra, uno de los estudiosos de la teoría sistémica: «... el pensamiento sistémico es un pensamiento «contextual», y puesto que la explicación en términos de contexto significa la explicación en términos de entorno, podemos también afirmar que el *pensamiento sistémico es un pensamiento medioambiental.*»²¹

Por ello, el tema de la investigación es por si un tema contextual, y se intentará demostrar que, guardadas las debidas diversidades de cada sistema, pues lo que determina esta relación comparativa no son propiamente las bases normativas diferenciadas (Tratado y directiva europea de Unión Europea comparado con Constitución brasileña y leyes), sino tratar de hacer una aproximación de contenido, centrada en la 'gestión subsidiaria del agua' entre los dos modelos. Este sí que posibilita se verificar que el contenido de las normas en los distintos sistemas jurídicos tiende a una tensión entre 'homogeneidad' de principios y regulaciones del Derecho, y las tradiciones culturales de cada entorno que también conforman el derecho de cada sociedad.

²⁰ Cfr. Chiti, M. *Derecho Administrativo Europeo*. Pág. 113. Traducido por ORTEGA, Luis. 1ª ed. Madrid: Civitas. 2007. Pág. 113.

²¹ Cfr. «Las propiedades de las partes no son propiedades intrínsecas y solo pueden entenderse desde el contexto del todo mayor». Cfr. CAPRA, Fritjof. *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*. Op. Cit. Pág. 57.

Sin embargo, para no caer solo en una investigación de generalidad de los principios entre sistemas, _ya se considerando de antemano que esta investigación está más inclinada a un estudio general de los dos sistemas europeo y brasileño_, por ser un bosquejo de aproximación de dos modelos normativos distintos en la base jurídica, ponemos aún en evidencia que la metodología aplicada en este estudio también comprende, en primer plano, hacer un *análisis teórico-comparativo* del elemento de “subsidiariedad”, objeto de fondo de la investigación, a partir de la teoría del Estado y del Derecho, delimitando unos interrogantes más precisos en torno del origen y evolución del principio de subsidiariedad según los fundamentos de la “teoría de los fines del Estado”.

Esta opción se centra en demostrar, a continuación que, a nuestro modo de observar el elemento de subsidiariedad sea cómo una función administrativa, o cómo un principio del sistema constitucional o del derecho europeo, se debe impartir de la problemática del concepto de soberanía, con lo cual la subsidiariedad guarda una intrínseca relación en su origen.

De tal manera, se plantea: _ (¿) si se puede afirmar que el valor jurídico del elemento de *subsidiariedad* emana de un complejo de relaciones administrativas preexistentes entre los varios órganos del Estado, y que al mismo tiempo direcciona una cierta orden de modelos de competencias organizacionales creados por la dogmática jurídica, en los sistemas normativos contemporáneos, y por eso, será él mismo un ‘despliegue’ del fenómeno de la soberanía o consecuencia de la limitación que se impuso a este componente centralizador del principio de la unidad (?).

Así, vamos contextualizar a través del análisis del problema de la soberanía cómo se fue delimitando y conceptualizando la subsidiariedad.

En seguida, la subsidiariedad será también examinada bajo la perspectiva del Derecho europeo, y más específicamente del Derecho administrativo y de la política medio-ambiental, rasgos importantes para concretar la segunda parte de la investigación que se refiere al abordaje de una vinculación con la gestión sostenible de los recursos hídricos y en ámbito del derecho de aguas.

Aclarando un poco más sobre la metodología, e incluso haciendo hincapié con los objetivos de la investigación antedichos, conviene de entrada observar que en los sistemas jurídicos contemporáneos existe una nítida dicotomía entre “función” y “principio” de subsidiariedad, lo que cabrá verificar donde procede la misma o si, en realidad, es solo una cuestión de ‘retórica del lenguaje académica’ porque a considerar que el principio se instrumentaliza a través de las funciones, y de modo singular, las funciones de subsidiariedad en derecho administrativo serían atadas a la función de organización y la de regulación.

Por tanto, tal delimitación será investigada a partir de los antecedentes del derecho administrativo bajo las líneas evolutivas-históricas, y considerando unos puntos capitales vinculados al pensamiento político-jurídico, inclusive sobre el elemento de la *soberanía del Estado*, lo que se delimitará a través del *método comparativo* para se establecer, dentro de una relación ontológica existente, entre los dos elementos: soberanía y subsidiariedad.

De antemano, conviene explicar que si, por un lado, el concepto de soberanía trasciende a la realidad histórica de los Estados, porque variable según los cambios de organización político-jurídica del Estado en cada época, proporcionando matices del contenido, de otro, la figura de la “subsidiariedad” permanece subyacente u oculta al Derecho durante un largo período, y, por tanto, prescindiera de un concepto jurídico propio, pero, inequívocamente estos son dos conceptos enlazados en la trama de los componentes jurídicos de la teoría del Derecho Público.

Sin embargo, el empleo del método acerca de esta discusión relacional entre soberanía y subsidiariedad, sugiere explicar que toda investigación académica puede auxiliarse de uno o más métodos, con independencia del tema en estudio. Por lo tanto, por una simple cuestión en plantear, por ejemplo, _ “¿por qué la subsidiariedad estuvo durante largo tiempo distante de las teorías del derecho público?” _ , ya nos induce a seguir por el camino del *método histórico y sistémico*, y de ahí, adentrándose las teorías jurídicas del Estado para hallar «a partir de cuándo y dónde se despliega» o se puso de manifiesto el “componente” de subsidiariedad en el Derecho, y después hallar el pasaje

de este al “estándar” de un principio. Hablar de ‘estándar de subsidiariedad’, por ej., es otra cuestión interesante porque hay quien no lo considera así²².

Obviamente, no será necesariamente este el planteamiento central del presente estudio, con todo al menos se observó de entrada, es que aparentemente, la subsidiariedad no estaba en el centro de las grandes discusiones jurídicas de las teorías positivistas del derecho del Estado, y, por tanto, lejos de un concepto de naturaleza jurídica.

Asimismo, en el curso de esta investigación al per pasar tal reflexión se observó que ni siempre se halló una reflexión más profunda tal vez porque *a priori*, era considerado un principio formulado a partir de la filosofía social, históricamente arraigada en el pensamiento aristotélico, o según la ética cristiana, planteado primero en la teología tomista, y sucesivamente por las doctrinas teológicas cristianas, a lo largo de los siglos, _ estos dos puntos de vista en conformidad con las obras jurídicas consultadas²³.

Por lo tanto, aún es relevante considerar que la historia del derecho tiene recorrido un largo camino en el modo de razonar el método jurídico mezclando con otros elementos: el político, el social, el histórico, ético etc. porque además que las ciencias jurídicas están organizadas sistémicamente por un haz de normas que se centran en la norma constitucional o vinculadas por una ‘norma superior’, _recordándose aquí, la idea embrionaria aportada de la tesis del normativismo de Kelsen_, pero, en realidad el *método positivista*, a nuestro modo de reflexionar, solo podría satisfacer en una parte el objeto de la investigación, al examine de la legislación e interpretación de los comandos normativos.

De otra parte, la interpretación del sistema normativo requiere el empleo del *método comparativo* a que ya nos referimos en el inicio, cómo forma de verificar los problemas más o menos frecuentes, especialmente al déficit de la eficacia de las normas de gestión del agua en el medio social y de la funcionalidad del principio de

²² Véase à propósito el Capítulo IV, sección 4 de la Parte general.

²³ Registrase que en esta investigación no fue posible hacer incursión más detida en la literatura alemán, excepto en obras que ya se encontraban traducidas al castellano.

subsidiariedad tanto entre sistema normativo del derecho europeo y brasileño, cuanto al examine de la jurisprudencia de estos.

Además, el método dialéctico²⁴ se amoldó al planteamiento de la parte general de esta investigación al que atañe el detenimiento de los fundamentos jurídicos de la subsidiariedad, veamos porqué:

Primer, porque se va plantear que la subsidiariedad es un objeto pluridimensional, y que la dialéctica²⁵ es un método adecuado para trabajar el proceso de construcción de conceptos.

Segundo, considerar que históricamente ambos los componentes ‘soberanía’ y ‘subsidiariedad’, desde los antiguos griegos, eran solo formas de organización política y social en las *polis* griega, no configurando ninguno ‘imperativo categórico’ racionalista del punto de vista de la ciencia, mismo porqué en no siendo categorías jurídicas de un Derecho natural, tampoco eran formalmente reconocidos en principios de Ciencia Política.

Es en la soberanía, paulatinamente, que se pone la atención del Derecho del Estado y Derecho Público, por lo tanto, es la nota esencial del poder del Estado. Al revés, la subsidiariedad no ocupa un lugar de destaque en la teoría del estado y del derecho, cuando mucho subyace en principio de valoración filosófica (valor social cristiano, en la doctrina tomista), heredera de la noción de *autonomía social* (la ética *aristotélica*), casi aniquilado por el Estado absolutista de los sistemas francés e inglés.

Es importante señalar, también, en esta parte introductoria, que en la concepción orgánica social²⁶ pregonada por Hegel, era pertinente incluir la idea de subsidiariedad, porque en el estado alemán de su tiempo, la sociedad alemana, de manera

²⁴ Cfr. HEGEL, Georg. W.F. *Fenomenología del Espíritu*. (1807). Traducción Roces, Wenceslao con la colaboración de Ricardo Guerra. México: FCE. 1966.

²⁵ Vale recordar que: «la dialéctica ve en la Ciencia del Derecho, no una simple ‘copia’ de la realidad, sino un sistema construido de proposiciones teóricas, que, voltado para la realidad, la hace suya, asimilándola y transformándola, y por ello, lo construye y retifica». Cfr. MARQUES, Agostinho R. *A Ciência do Direito. Conceito. Objeto y Método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. Pág.185.

²⁶ Cfr. HEGEL, G. W.F. *La constitución de Alemania*. (1802) Traducción Negro Pavon, Dalmacio. Madrid: Aguillar, 1972. Disponible en dialnet *REP* (178), 1971, págs. 5-88: <en línea> file:///C:/Users/user/Downloads/REP_178_007.pdf. [Consultado en 05 jul 2013].

particular, vivía una forma de auto organización diferenciada, donde la evolución de los derechos de las comunidades permitió de manera singular el apareamiento de las «corporaciones» (autonomías entre comunidades).

En la historia del Estado germánico se preguntaba este filósofo en sus escritos políticos sobre la Constitución²⁷: “¿Cuál es el espíritu de Alemania?”, un análisis no solo filosófico, pero, pragmática de la política y del derecho de su época, una reflexión sobre el cambio de realidad, enlazada por la Constitución (de Wittenburg) y las cuestiones sustanciales entre un poder central e instancias locales. Así, que el análisis del objeto de este estudio en la parte que toca al principio de subsidiariedad, no se prescinde del método dialéctico.

Aun bajo la metodología dialéctica, en conformidad con las raíces históricas y evolución de la organización Estatal, las teorías del Derecho público y privado del siglo XIX afrontan un nuevo cambio y van poner de manifiesto una nueva teoría instrumentalizada de las funciones administrativas respecto al *servicio público*: _cómo la cuestión central al desarrollo de la ciencia del Derecho Administrativo. Pero, la función de subsidiariedad tampoco, hubiera atingido un salto cualitativo en ese siglo, sí que fue avanzando y se especializando en los rasgos de las ‘funciones administrativas’ del Estado en el pasaje del Estado constitucional contemporáneo.

Es decir, al se analizar la complejidad de las estructuras orgánicas del Estado tal cual se presentan en el aparato de la sistemática del Derecho Administrativo contemporáneo, algunas cuestiones en torno de la función de subsidiariedad con otros instrumentos o principios jurídicos, a saber, la descentralización y autonomía, que fueron, asimismo, relacionadas al tema de subsidiariedad.

²⁷ Se tem noticia de dos manuscritos de ese período Eine Einleitung Zur Verfassungsschrift (Una introducción al escrito sobre la Constitución) que pertenece, a los años de 1799 o 1800. Y, otro fragmento Erster Entwurf zur Verfassungsschrift (Primer bosquejo sobre la Constitución), que corresponde positivamente al año 1799. Apud NEGRO PAVON, Dalmacio. *La Filosofía Política de Hegel en Relación con «La Constitución de Alemania»*. En: Revista de estudios políticos, N° 178, 1971, págs. 5-88.<en línea> <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=26227>> Consultada en 05 de julio de 2013.

Por último, cómo parte de nuestra metodología de trabajo, elegimos asimismo hacer algunas aportaciones profundizando esta investigación en dos partes, y de forma sistémica contextualizar, los siguientes aspectos:

La primera parte tratará de un estudio más detallado, sobre el elemento de la Subsidiariedad, como referido antes, una reflexión sobre los fundamentos de este principio y las interconexiones con otros instrumentos del derecho: soberanía, centralización, descentralización, autonomía. En esa parte, se refiere examinar entre otras, a las siguientes preguntas:

_ (¿) Si la subsidiariedad, tal cual se presenta en la actualidad, alzada a una categoría de principio²⁸ fue siempre así, a considerar su evolución histórica impartida de las teorías de los fines del Estado (?). _ Lo que nos parece que no.

_ (¿) Si se puede distinguir con exactitud los fines de los medios²⁹ en materia de subsidiariedad en la política del agua, a tomar en consideración la trama organizativa que se agregó en el proceso evolutivo y legislativo del Estado, se está atendiendo legítimamente a la finalidad de los mismos³⁰(?).

²⁸ Tal cual se encuentra, por ejemplo, en el Tratado de la Unión Europea artículo 3.B: «*Artículo 3 B. 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 sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*». Vide. Tratado de la Unión Europea (92/C 191/01). [en línea] [Consultado: 10 enero 2010]. < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=ES>>.

²⁹ La cuestión de fines y medios del Estado es antigua en la teoría general del Estado. Así resumidamente, encontramos en Jellinek una explicación de este problema extraído de las varias teorías filosóficas que se dividen en opiniones, a saber: “entre *fines superiores*, de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos. Sin embargo, los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los *fines intermedios*; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin. Por eso es exacta la afirmación de que todo Estado tiene en cada momento *fines particulares* para sí y para sus miembros, que pugnan por realizar, pero esto no empece para que se reconozca en estos *fines particulares un fin general*.” En Jellinek, *Teoría General del Estado. Op. Cit.* P.238. (destacamos en itálico)

³⁰ Ya decía Jellinek que “toda modificación en la organización y legislación de los Estados necesita legitimarse atendiendo a las finalidades de las mismas.” *Ibidem*, p. 239.

La segunda parte, dedicada al modelo subsidiario en el Derecho de agua, la metodología aplicada será el método sistémico³¹, porque el agua es un bien jurídico complejo, e incluso en el contexto del derecho administrativo-ambiental este tema despliega varios matices en la política del agua, en que se pone de relieve la aplicación del principio de subsidiariedad como principio común que garantice la coordinación, la integración y la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso sostenible del agua en la Comunidad Europea o en el sistema federal brasileño en que serán abordados en la parte que toca a la gestión de recursos hídricos.

Y después, volvemos a seguir a un análisis de la subsidiariedad en el tema del agua, extrayéndose las conclusiones de esta investigación.

Las consideraciones sobre el tema nos llevan aún indagar:

_ (¿) Si el principio de subsidiariedad en ámbito de la política del agua, en la actualidad, del modo cómo se encuentran sectorizados los servicios públicos en una compleja *red* de componentes social, territorial, económico, jurídico corresponden estos a los *finés concurrentes* o son también medios alternativos en la concreta política de protección del agua y de gestión de los recursos hídricos en los diversos sistemas (?). _

De otro lado, se puede confirmar los dos aspectos relativos a función de coordinación del poder central, o de limitación:

_ (¿) Si la subsidiariedad además de un principio, en la época actual, es también la propia acción del Estado “*en suppléance*”³² a otras acciones a las cuales los

³¹ Véase la comprensión asentada «A medida que el concepto de red fue adquiriendo mayor relevancia en ecología, los pensadores sistémicos empezaron a aplicar los modelos de redes a todos los niveles sistémicos». En CAPRA, Fritjof. *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*. Op. Cit. Pág. 54.

³² Originalmente del término empleado en la doctrina francesa, definido en: “*L'idée de suppléance n'a pu naître que dans une société organisée en groupes vivants _ c'est-à-dire agissant et maîtres de leurs actions. On se demandera d'ailleurs plus loin s'il n'y a pas là une corrélation imperative et permanente, s'il peut y avoir jamais une suppléance de l'Etat pour une société exsangue. La suppléance suppose que les deux instances en contact _ celle que donne et celle que reçoit _ ne soient pas trop éloignées l'une de l'autre relativement à leurs fins et à leur mode d'être. (...). C'est pourquoi l'idée de suppléance apparaît entre des groupes frères, à peine distancés les uns des autres, entre hiérarchies voisines, et en un lieu où il n'y a pas encore véritablement d'État.*”. Cfr. Chantal M.D. *L'état subsidiaire*, op cit., p.44-5.

grupos privados, los ciudadanos, asociaciones y organizaciones civiles no las pudiera concretar (?). _ Es decir, por ej., que en materia de la política del agua la nueva ‘remunicipalización de los servicios hídricos’ parece un retorno a esa cuestión.

Por último, se advierte que la realidad de esta tesis no fue conformar un mero retorno a antiguas cuestiones jurídicas cuanto al significado y evolución de la soberanía y de autonomía social, a modo de discurrir sobre estos elementos cómo conceptos políticos o conexos al pensamiento jurídico, ni tampoco hacer una tradicional aportación al tema de subsidiariedad decantando exhaustivamente los autores constitucionalistas, administrativistas y europeístas o brasileños³³.

No obstante, la aproximación propuesta en esta investigación que, podrá parecer audaz, y quizás menos profundizada al título propuesto, porque en se habiendo dedicado una gran parte de la investigación al fenómeno ‘subsidiariedad’ cómo principio y función, asimismo, esperamos puntualizar una supuesta contribución a este pensamiento sistémico relacionado al derecho de agua, que ‘desacomoda’ los asentados pilares de la dogmática jurídica de los planteamientos cada vez más especializados y fragmentados.

Al contrario, creemos que por ter sido una elección difícil aportar la teoría jurídica de la subsidiariedad al derecho de agua, desde eso universo, _de poner el énfasis de la investigación a partir de la relación con el tema de la soberanía_, hacia hallar el significado de la subsidiariedad, yuxtapuesto en cuanto mecanismo o instrumento de las ‘decisiones de las instancias’ más próximas de los ciudadanos. Este discurso sea político, jurídico, es sin duda, de interdisciplinariedad científica, lo que concluyamos, está lejos de armonizarse en la normatividad o de pacificarse en la jurisprudencia.

³³ Es cierto que en la literatura académica incontrables son los estudios, tesis, trabajos sobre el principio de subsidiariedad, en los más variados contextos del derecho, con destaque al marco de la Unión Europea (teorización, evolución del concepto, modelos de aplicación, control de la jurisprudencia, etc relacionado con tratados, informes y toda la documentación complementar en forma de manuales), o incluso en la literatura alemán de Estado, originariamente, federalista (donde también ha un considerable acervo de obras jurídicas, lo que no fue posible profundizar en todos los rasgos de esta investigación). Cfr. el catalogo Bibliografía: Subsidiariedad a la Unión Europea. Barcelona: Direcció d'Estudis Parlamentaris/Parlamento de Cataluña. (Dez). 2011.

Por ello, si consideramos, por ej., que los municipios tienen el “poder-deber” de ejercer a través de la competencia local *propia*, en los términos de la legislación del Estado (Constitución, Ley del Estado o de Estatutos de Comunidades Autónomas) o de conexión a un sistema abierto de Tratados y protocolos, siendo este un comando del principio de la subsidiariedad (traer las decisiones políticas a las instancias más próximas) tal función de ‘decisionismo político’, en materia del abastecimiento de agua potable a hogar, tratamiento y evacuación de aguas residuales³⁴, es solo una entre tantas otras del enclave de temas con los servicios relacionados con el agua.

Por ello, resulta aquí una gran complejidad de situaciones prácticas o de acciones a promover o elegir la forma más eficaz, transparente, viable económicamente a los concretos fines de la Sostenibilidad hídrica.

³⁴ Cfr. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. <en línea> : <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>> [Consulta en 08 ene 2014]

“El espíritu humano inventa más fácilmente las cosas que las palabras: de ahí viene el uso de tantos términos impropios y expresiones incompletas” (Tocqueville)³⁵.

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LA SUBSIDIARIEDAD

CAPÍTULO I³⁶

PLANTEANDO LA PROBLEMÁTICA DE LA DE SUBSIDIARIEDAD.

Sección I

Una cuestión semántica y jurídica

1. Sobre la definición de *subsidiariedad*.

Una primera reflexión sobre este tema, nos damos cuenta de que hasta unos pocos años, cualquier investigador se enfrentaba con una “omisión”, ante la ausencia del término *subsidiariedad* en los diccionarios lingüísticos³⁷.

Tal curiosidad resultó de gran interés a los juristas, precisamente en los años noventa hasta mediados del primer decenio de este siglo, que se dedicaron al tema. Cuánto al intento de interpretar o extraer un concepto jurídico del *principio de subsidiariedad*, al socaire de una definición semántica, poco o nada se le añade al concepto jurídico. Por ello, el léxico “subsidiariedad” padecía en un cierto “vacío lingüístico”.

³⁵ Tocqueville, A. *Democracia en América*. p.169.

³⁶ Este trabajo contiene 623 páginas.

³⁷ Véase las reflexiones de D’ONORIO, Jean-Benoît. *La subsidiarité analyse d’un concept*. En : AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*. Paris: TÉQUI. 1993. P. 11-40; MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: ed. Coimbra, 2003. P. 9

Ante las dificultades de interpretaciones y de ausencia de una concepción común o más precisa del vocablo *subsidiariedad*, el Dictionnaire juridique des Communautés Européennes³⁸, editado en 1993, hice una primera aportación, una definición de contenido más preciso, en aras de aplicarse a un entendimiento más armónico en ámbito de la Comunidad Europea.

No obstante, en aquella ocasión, la relevancia del significado del léxico y su alcance debiese a la idea de la “subsidiariedad” valorada cómo un “principio del derecho comunitario”, que fue introducido por el Tratado de Maastricht, en 1992 (Art. 3 B), y cuya inspiración era ser un marco en el fortalecimiento y unión de los Estados miembros en el proceso de la integración europea³⁹.

Al revés, de una mera comprensión de *subsidiariedad* tal como elemento político, idea inicial que se había proliferado en los debates políticos, un nuevo rango de interpretación en ámbito del derecho comunitario, en aquello período, lo había comparado a “principio jurídico básico” de la Unión Europea, y sugiere un largo análisis del concepto de “subsidiariedad”, ante una creciente necesidad de delimitar su alcance y aplicabilidad propiamente en el seno jurídico.

Sin embargo, tras aquellos primeros años de debate, muchísimos trabajos académicos han sido publicados y variados autores describieron⁴⁰ los más diversos análisis sobre la concepción de la *subsidiariedad*, impartiendo de una búsqueda del sentido propiamente semántico, histórico y evolutivo, hasta punto de elaborarse una doctrina científica que dijese respecto a un concepto jurídico más profundizado⁴¹ lo cual aún estaba por a madurecer, a nuestro modesto modo de examinar la cuestión.

³⁸ *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*. Dir. BARAV, Ami; PHILIP, Christian. Paris: PUF, 1993, P. 1024-1034.

³⁹ Vide. GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe*. En : AAVV. *Mélanges Paul Amsselek*. Dir. COHEN-JONATHAN, Gérard et al. Bruxelles: Bruylant.2005. P. 321

⁴⁰ Cfr. BOIXAREU CARRERA, Ángel. *El principio de subsidiariedad*. Madrid: CEC. RIE. (21) N° 3. 1994. P. 701-703 [nota de pie 5]; STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Union Europea*. REP (Nueva Época). Núm. 90 (Oct-Dic). 1995. P. 69-70. [Nota de pie 3].

⁴¹ Esta opinión coincide en varios autores consultados. Vide PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. AAVV. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et al l'étranger. (Dir.) ROBERT, Jacques et AUBY, Jean-Marie. Paris : LGDJ. (5). 1986. P. 1515-1537 ;

Uno de los aspectos que llama la atención es la intensa variedad de textos publicados sobre esa temática, no solo a nivel europeo, sino que ocupando los espacios de análisis del derecho comparado.

Por tanto, se considera importante para este estudio volver a las definiciones del vocablo, según la polisemia de algunos idiomas, que de antemano si dice deriva del término “subsidiario”, destacándose las variaciones y similitudes encontradas, y especialmente, sobre los diversos significados jurídicos⁴².

Advertimos que, aunque podría tratarse de un retorno retórico el estudio sobre las concepciones del “étimo” de la “*subsidiariedad*” o “*subsidiaridad*” (los dos vocablos se presentan con doble grafía y son extraídos del diccionario de la Real Academia Española⁴³), seguimos con un breve análisis de los significados en algunos idiomas y del derecho comparado.

Al final, segundo resalta Pontier⁴⁴ la etimología es una clave de comprensión que no se puede descuidar, además que es un término general y su definición jurídica resuelta desde un marco histórico de pasaje adaptada a la nueva realidad jurídica de aplicabilidad e interpretación por el legislador, la autoridad administrativa y el juez.

1.1. El derecho español

⁴² Nos valemos aquí de una observación hecha cierta ocasión por el profesor-catedrático Lorenzo Martín-Retortillo Baquer respecto a dificultad que se afronta en las ciencias jurídicas cuando el tema refiere a la traducción de términos lingüísticos: “No es siempre fácil trasladar determinadas expresiones de una lengua a otra, ya que existe siempre el peligro de que con la traducción pierdan fuerza esas expresiones o de que haya que recurrir a dar un rodeo para expresar así la idea contenida, con algo que se parece más a una definición que a una traducción”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge”*. RAP (38). Madrid: CEPC. 1962. P. 37.

⁴³ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario del Estudiante*. Colaboración Fundación Rafael del Pino. Barcelona: Santillana Ed. 2005. P.1.306.

⁴⁴ «La notion de subsidiarité se présente, tant dans la jurisprudence que dans la législation ou la réglementation, sous deux formes, celle de l'adjectif (subsidaire) et celle de l'adverbe (subsidiarement), le terme de subsidiarité étant lui-même fort peu utilisé, ce qui est compréhensible puisque parler de subsidiarité 'est faire la théorie de ce qui est subsidiaire ». PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. AAVV. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et al l'étranger*. Op.cit. P. 1516

Por regla general los más diversos significados jurídicos del término *subsidiaridad* derivan del vocablo *subsidiario* que por su vez comprende la idea de una *cosa que sirve de apoyo o refuerzo a otra principal*⁴⁵.

Sin embargo, se resalta que en el Diccionario de la Real Academia Española aparecen los dos términos “**subsidiaridad**” y “**subsidiariedad**” de empleos sinónimos, cuyo sentido dice respecto a la “cualidad de subsidiario”, más frecuente en política para designar: _ *La distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros sigue el principio de subsidiariedad*⁴⁶. En el Tratado de Maastricht traducido en versión española, el vocablo empleado fue “subsidiariedad” en el artículo 3 y apartados, de todo modo en este trabajo se utilizará un al otro indistintamente.

En Derecho, de un modo más sencillo, subsidiario es *dicho de persona o cosa: que sustituye a otra principal*. Esta definición recogida del Diccionario de la Real Academia Española⁴⁷ asemejase también, con la definición del Diccionario Jurídico de Garrone, que atribuye al vocablo *subsidiario* la aplicación de una *acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal*⁴⁸.

Antes ya se había mencionado, en estas primeras líneas, que los supuestos jurídicos en tema de subsidiariedad desbordaron a otros planteamientos desplegados al rango de un principio.

En ese sentido, hace hincapié la definición de los autores Mónica Ortiz Sánchez y Virginia Pérez Pino, *v.g.*, en el Diccionario Jurídico Básico⁴⁹:

⁴⁵ Véase la definición nº (1) del *Diccionario del Estudiante*. Madrid: Real Academia Española, 2005. p. 1306

⁴⁶ Véase la definición nº (2) *Diccionario del Estudiante*. *Ibidem*, p. 1306

⁴⁷ *Id ibid*, p. 1306

⁴⁸ Este diccionario también asienta otros dos significados más allá del subrayado arriba, cuáles sean: 1. Aplicase a las conclusiones condicionales que se hacen en segundo lugar y únicamente en el caso de que no se adjudiquen las principales. 2. Aplicase a la cuestión, solución o pretensión que se pide subsidiariamente al juez en la demanda o contestación, para el caso de que se deniegue la principal. Véase GARRONE, José Alberto. *Diccionario jurídico*. Colaboración: López, Gaston F; Recca, Claudia M.; Garrone Rojo, Alberto C. et al. Argentina: LexisNexis, Tomo IV, 2005. p. 536. .

⁴⁹ ORTIZ Sánchez, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia. *Diccionario Jurídico Básico*. 3ª ed. actual. Madrid: Tecnos. 2007 p. 295.

“**Subsidiariedad** [DE] El principio de subsidiariedad recogido en el TCE tiene como finalidad garantizar que la Comunidad Europea tan sólo actúe cuando sus Estados miembros no alcancen por sí solos la resolución de determinadas cuestiones mediante las medidas que hayan adoptado y, a la vez, permitir que los Estados sigan siendo soberanos y actúen con autoridad en los sectores donde la Comunidad no puede actuar de forma satisfactoria. Constituye la base del reparto de competencias entre los distintos niveles y la garantía de cierta interdependencia entre los mismos. TCE, art. 5.2; Resolución del Parlamento de 13-5-1997.”⁵⁰

Resaltase que en el Diccionario jurídico coordinado por Fernández Martínez⁵¹ fue expresamente consignado el *principio de subsidiariedad*, cómo propio del derecho penal o del derecho comunitario. Su significado tiene empleos distintos, porque en el primer “*es uno de los criterios que permiten resolver los supuestos de concurso de leyes*”, y en el segundo significa que la Comunidad “*sólo intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva únicamente en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros*” (introduce el artículo 5.2 TCE).

⁵⁰ El Tratado de Lisboa de la Comunidad Europea firmado en 13 de diciembre de 2007, modificó las disposiciones generales del artículo 5.2., pasando la nueva numeración al artículo 3.3. Véase el nuevo texto publicado adelante transcrito y subrayado: TRATADO DE LISBOA. Por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la Comunidad europea (2007/C 306/01). Diario Oficial de la Unión Europea de 17.12.2007 (C306/1), [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/JOhtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>>. [Consulta: 08 de marzo de 2009]. “DISPOSICIONES GENERALES. [...] 6) Se inserta un artículo 3 ter, que sustituye al artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: «Artículo 3 ter. 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.* 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. [...]»

⁵¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Diccionario jurídico*. Madrid: Thomson-Aranzandi, 2004. 3ª ed. P.619.

Sobre la concepción del principio de subsidiariedad desde la construcción del Derecho Europeo encontramos un vastísimo número de estudios y textos jurídicos, algunos serán referidos a lo largo de esta investigación, en el capítulo segundo dedicado a un análisis más precisa del concepto contemporáneo. Pasaremos, ahora, a las aportaciones del derecho alemán de grande influencia en el sistema comunitario en su esencia.

1.2. El derecho alemán.

En el derecho alemán, la *subsidiariedad* es una ‘norma de subordinación’. En general, es aplicable para los supuestos en los cuales no existe una norma jurídica con prioridad.⁵² Pero, a esta primera idea no se vislumbra propiamente el mismo concepto del *principio de la subsidiariedad* (Subsidiaritätsprinzip) según describe los diccionarios jurídicos alemanes (Münchener Rechts-Textikon⁵³ y Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte⁵⁴).

Obsérvese que en el sistema jurídico alemán la aparición del principio de subsidiariedad tiene sus raíces históricas en dos aspectos teóricos antiguos sobre la concepción de subsidiariedad, conceptos estos también importados a otros sistemas jurídicos europeos, a saber:

i) El primero concepto, adviene de la doctrina católica que remonta a la filosofía neo-escolástica social del ‘universalismo’, basado según la doctrina tomista (Thomasius) de división de las tareas entre los miembros de la comunidad visando al *bonum commune*.

Sin embargo, el énfasis de su formulación referida por muchos autores, es más reciente pues fue inspirada precisamente en la *Encíclica Cuadragésimo Año* (párrafo

⁵² Vide. Münchener Rechts-Textikon. (Redaktor) Horst Tilch. München. C.H.Beck. 1987. Vol. III/ R-Z.P. 537.

⁵³ Vide. Münchener Rechts-Textikon. (Redaktor) Horst Tilch. München. *Op. cit.* p. 537

⁵⁴ Vide. ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard; SCHMIDT-WIEGAND, Ruth. Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG. (Redaktion Dieter Werkmüller). Berlin: Erich Schmidt. 1998, vol. V P. 69.

79) del Pontífice Pio XI, en 1931, que trató de la relevancia de la restauración humanitaria para una orden social pos-crisis de 1929.

Este es un principio general volcado para un modelo social donde se estructuran las atribuciones de responsabilidades públicas para entidades distintas⁵⁵. Es decir, también, que se trata de un principio vinculante del orden social que ordena las estructuras y las responsabilidades del Estado y de la sociedad, además de considerar también el Estado y la Comunidad Internacional.⁵⁶

ii) En el segundo concepto, la subsidiariedad es considerada para los germánicos la “base espiritual del federalismo” (“die geistige Grundlage des – Föderalismus”) ⁵⁷.

Según la cual se destina esencialmente en garantizar que lo ente superior de una comunidad solo debe actuar como responsable en una tarea o función pública, cuando lo ente local no tiene las mismas condiciones o poderes para actuar en una determinada situación con independencia. En este supuesto, se puede presentar la antítesis del concepto de *soberanía*.

En síntesis, el principio de subsidiariedad ofrece un reto para la buena distribución de competencias, creando una relación jerárquica de las instancias del poder estatal, donde la función pública debe ser realizada principalmente por las entidades de grado inferior utilizándose sus esfuerzos (_mismo que dotadas de soberanía restringida), de modo que las unidades superiores solo actúan, interviniendo en grupos de trabajo cuando las oportunidades excedieren la capacidad de las unidades más pequeñas o éstas fueran insuficientes⁵⁸.

Por lo que se refiere a la definición constitucional, el *principio de subsidiariedad* solo aparece formalmente en la Constitución alemán⁵⁹ después de la

⁵⁵ Ibidem. P. 69.

⁵⁶ Vide. Münchener Rechts-Textikon. Op.cit. p.537

⁵⁷ Vide. Münchener Rechts-Textikon. Op. Cit. p. 537.

⁵⁸ Vide. ERLER, A; KAUFMANN, E.; SCHMIDT-WIEGAND, R. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG. Op.cit. p.69*

⁵⁹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania vigente desde 1949.

reforma de 1992 incluido en el artículo 23⁶⁰, y se concreta en los años noventa en un importante instrumento jurídico para el Derecho Europeo donde proliferaron múltiples análisis de este principio⁶¹.

Sin embargo, después del fin de la segunda gran guerra los debates constitucionales en Alemania dedicaban mayor interés en la materia⁶², tanto lo referente a los derechos de la economía pública, como a los dominios de la administración local (“Gemeindevverwaltung”) y especialmente sobre las relevantes cuestiones del federalismo, con vistas “a superar la incongruencia entre la esencia y la realidad del Estadofederal alemán”⁶³, e incluso hallar un criterio constitucional al principio de subsidiariedad⁶⁴.

Por ello, anteriormente al marco del Tratado de Maastricht se encuentran innúmeros trabajos en el derecho alemán del II pos gran guerra sobre el tema del

⁶⁰ “Artículo 23 [Unión Europea – protección de los derechos fundamentales – principio de subsidiariedad] (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

(1 a) El Bundestag y el Bundesrat tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad, El Bundestag está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros. Por ley, que necesita el acuerdo del Bundesrat, pueden admitirse excepciones del artículo 42, apartado 2,

frase 1, y del artículo 52, apartado 3, frase 1, para el ejercicio de los derechos que les son reconocidos al Bundestag y al Bundesrat en los Tratados básicos de la Unión Europea.

⁶¹ Un catálogo amplio de trabajos publicados en los años noventa fue referido por STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea*. Madrid: REP, n° 90, 1995, pp. 69-84. [en nota de pie n° 3]

⁶² En las referencias del profesor Kluth se citan: Josef ISENSEE. *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*. 1968. p.143; R. HERZOG. *Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung*”, *Der Staat*, n° 2, Band, 1963, págs. 399; Ernst-Wolfgang, BÖCKENFÖRDE. *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*. 1973. Vide KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 249.

⁶³ Vide HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*. Traducido por Miguel Azpitarte. En: *Direito Público*. Brasília: IDP/Síntese. Vol. 1, N° 50. 2013. P. 12. [en línea] <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1433/1211>> [Consultado en 14 mai 2013]. (El texto original K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, editado por P. Häberle y A Hollerbach, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, pero la fecha de su primera publicación fue 1962).

⁶⁴ Cfr. KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. *Op.cit.* P. 247-248.

federalismo, planteando entre otras cuestiones sobre “la esencia, tarea y significado del principio federal en el orden constitucional de la Ley Fundamental”⁶⁵ y poniendo de manifiesto también, el interrogante sobre la clave del ‘principio de subsidiariedad’ en la teoría general del derecho público centrado en la distinción entre Estado y sociedad⁶⁶, desde su primero núcleo en la Ciencia Política y después al Derecho Constitucional.

A eso respecto, la teoría constitucional del siglo XX consagra un lugar al principio de subsidiariedad, sea cómo una garantía a la libertad personal⁶⁷ (estudios de E-W Böckenförd⁶⁸) o vinculado a la definición del ‘principio de libertad’ (afirmado en la tesis de Carl Schmitt)⁶⁹. En suma, los poderes y funciones del Estado no solo son limitados⁷⁰, pero también tienen que ser justificados, mientras que los ciudadanos, siempre y cuando no violen los límites del sistema jurídico determinado pueden, sin el deber de justificar, actuar según lo que ellos crean conveniente⁷¹. Aquí se trata de la libertad de acción y de la persona.

Bajo estos supuestos, hay dos vertientes respecto al enclave del principio de subsidiariedad en el derecho constitucional alemán⁷²:

⁶⁵ Conforme afirmaba el maestro alemán Konrad Hesse: “Una teoría del Estado federal debe hacer comprensible el conjunto. Por eso, en el círculo de todas las voces, solo tienen un significado fundamental aquellas que emprenden una fundamentación y un desarrollo unitario del ordenamiento del Estado federal. Éstas se limitan hoy a los intentos ligados a la teoría social y estatal del federalismo, y a los principios de subsidiariedad y solidaridad a ella íntimamente ligados.” (El texto original K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, fue editado por P. Häberle y A Hollerbach, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, pero la fecha de su primera publicación fue 1962). Extraído de HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*. Traducido por Miguel Azpitarte. En: *Direito Público*. Brasília: IDP/Síntese. Vol. 1, Nº 50. 2013. P. 11.

⁶⁶ Cfr. KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. *Op.cit.* P. 249.

⁶⁷ Vide KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 247-270.

⁶⁸ *Apud* KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. [nota de pie (6)] p. 249.

⁶⁹ *Ibidem*, [nota de pie (7)] p. 249

⁷⁰ Cfr. KLUTH, Winfried. *République Fédérale d’Allemagne*. *Op.cit.* P. 249.

⁷¹ Vide Art. 2 apartados 1 y 2 de la Ley Fundamental alemán.

⁷² Véase los comentarios de Winfried Kluth (Universidad Martin Luther de Halle-Wittenberg) en *République Fédérale d’Allemagne*. *Op.cit.* P. 247-249.

i) La primera, en conformidad con las tesis dominante, de qué el principio de subsidiariedad no está anclado como tal en la ‘Ley Fundamental’, pero eso no significa que no tiene ninguna consecuencia para el derecho constitucional⁷³.

ii) La segunda, presenta el principio de la subsidiariedad como un *principio general del derecho* en la ‘Ley Fundamental’ con numerosas disposiciones en las que se subdividen específicamente dos grupos: (a) _ de una parte, las garantías de las libertades fundamentales; y de otra (b) _ las disposiciones en que se fundan el principio del Estado federal⁷⁴. Sobre esta segunda vertiente la comentaremos un poco más.

a) Las *garantías de las libertades fundamentales* significa que la ‘libertad individual’ ocupa una posición privilegiada en relación con el poder y frente a la regulación del espacio de los estados (‘Länder’), donde la prioridad es conferir a cada uno el derecho a organizar su vida privada como desee respetados los límites del orden constitucional y de la ley moral (artículos 1º y 2º), según la voluntad de formar una familia, con el deber de asumir la protección de los hijos y elegir la forma de la educación privada o pública (art. 6), de organizar y participar de las asociaciones o como interlocutores sociales (art. 9), así también, tomar parte en las comunidades religiosas (artículos 4º y 140) entre otros.

b) En el segundo grupo de normas basadas en el principio del Estado federal se citan un rol de artículos de la Ley Fundamental que guardan estrecha relación con el principio de subsidiariedad, el cual se manifiesta de manera implícita.

Tales dispositivos comprenden las normas y regulaciones del ejercicio de las competencias y el cumplimiento de las funciones estatales que afectan la Federación y los Länder, incluso sobre la garantía de la autonomía de los municipios, los cuáles que se enumeran a seguir: Art. 30⁷⁵ (Competencia de los Länder, y la garantía de la

⁷³ En este aspecto parece concordar el profesor W.KLUTH. *République Fédérale d’Allemagne. Op.cit.* P. 247-249.

⁷⁴ Vide KLUTH, W. *République Fédérale d’Allemagne. Op.cit.* P. 247-270.

⁷⁵ “Artículo 30 [Competencia de los Länder]

El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario”.

autonomía de los municipios); Art.72 (Legislación concurrente de la Federación, concepto); Art. 73 (Legislación exclusiva de la Federación), Art. 74 (Legislación concurrente de la Federación); Art. 83 (Ejecución de las leyes federales por los Lander), Art. 84 (Ejecución como asunto propio de los Lander, control federal), Art. 85 (Ejecución por delegación de la Federación), Art. 86 (Administración propia de la Federación), Art. 87 (Materias de la administración propia de la Federación); Art. 92 (Organización judicial), Art. 93 (Competencia de la Corte Constitucional Federal).

Se agrega, también, que el principio de subsidiariedad mantiene intrínseca conformidad al principio no escrito de la ‘lealtad federal’ o ‘principio de confianza federal’, este también ha padecido de duras críticas por parte de los constitucionalistas bajo el argumento de que la verdadera esencia del ordenamiento debería ser las provenientes únicamente de las disposiciones constitucionales⁷⁶. Sin embargo, el principio de “confianza federal” fue una construcción de la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán que la tenía aclarada en los términos que siguen:

“de este principio se pueden derivar a partir de las obligaciones expresamente regladas en la Constitución, tanto concretas obligaciones adicionales de los Lander con la Federación, como de la Federación con los Lander, así como límites concretos en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Constitución a la Federación y los Länd”⁷⁷. (Subrayamos).

⁷⁶ Para el constitucionalista Konrad Hesse el ‘principio de la lealtad’ o ‘principio de la confianza legítima’, es considerado obscuro e indeterminado. Lo ha criticado afirmando que: “una observación más atenta, muestra que no es necesario añadir este principio constitucional no escrito a la Constitución escrita. Aquí radica la objeción decisiva, pues las disposiciones constitucionales deberían ser la verdadera esencia de este ordenamiento”. Y más adelante puntualiza: “La aplicación de este principio por el Tribunal Constitucional Federal apenas se muestra como necesaria en la vida del Estado federal, lo que constata que tal principio no es un fundamento de la actual actuación federal y que su introducción es difícilmente adecuada para iluminar el ordenamiento. Esto se ve claramente con una ojeada a los pilares del contenido y la eficacia de este principio constitucional no escrito en el marco de la Ley Fundamental”. E completando su opinión respecto a lo mismo, también, señaló que: “Los conflictos entre la Federación y los Länder, hoy, por regla general, no son verdaderos conflictos federales, sino conflictos entre distintas direcciones políticas dentro del Estado, pese a que hagan suyo el ropaje de una disputa constitucional federal. Al tomar como parámetro de la resolución un principio como el de confianza legítima, que no es claro ni en sus fundamentos ni en su contenido, entonces damos con una solución de medios inadecuados. Ocurre igual que si a la oposición frente al Gobierno, o a éste frente a la oposición, se le reclamase “lealtad” o “relaciones amicales”, precisamente donde la disputa entre distintas posiciones jurídicas dentro del marco constitucional es admitida e incluso reclamada por la propia Constitución; la obligación de lealtad se vestiría con el disfraz de una obligación jurídica; obligación jurídica que se basa en un principio jurídico nebuloso e indeterminado”. Vide HESSE, K. *El Estado Federal Unitario*. Op.cit. p.15-17. [Subrayamos].

⁷⁷ Vide BVerfGE 12, 2005, 225. Apud HESSE, K. *El Estado Federal Unitario*. Op.cit. p.15.

Por fin, otras dos observaciones más que se hacen en este aspecto de las funciones estatales al compás del principio federal es que:

i) _ la primera, en el artículo 93 de la Ley Fundamental se fijan las competencias de la Corte Constitucional⁷⁸ alemán para decidir sobre la interpretación de Ley Federal, dirimir controversias o dudas formuladas a la petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un ‘Land’ o de la Asamblea Legislativa de uno de los ‘Länder’ y otras hipótesis; en particular se destaca que el apartado (1) 2a dispone que compite a la Corte apreciar materia sobre la “cláusula de subsidiariedad”, y a la vez remite al artículo 72 apartado 2 de la Ley Fundamental, cabiendo por tanto a aquel Tribunal decir si la competencia fue cumplida según los requisitos de este último dispositivo⁷⁹.

ii) la segunda, se infiere del artículo 28 apartado 2 de la Ley Fundamental⁸⁰ que define la ‘garantía de autonomía de los municipios’ de la cual emerge la esencia de la administración funcional descentralizada, y esta sirve de arquetipo a la categoría de la *subsidiariedad funcional*.

⁷⁸ “Artículo 93. La Corte Constitucional Federal decide:

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;
2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un cuarto de los miembros del Bundestag;

2 a. en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land; [...].” (subrayamos)

Artículo 72 [Legislación concurrente de la Federación, concepto]

(1) En el ámbito de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

(2) En las materias del artículo 74, apartados 1 nos 4, 7, 11, 13, 15, 19 a, 20, 22, 25 y 26, la Federación tiene la competencia legislativa, si y en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica.” (subrayamos).

⁷⁹ Cfr. W. Kluth. *République Fédérale d’Allemagne. Op.cit.* P. 250.

⁸⁰ “Artículo 28. [Garantía federal de las Constituciones de los Länder, garantía de la autonomía municipal]

1. *omissis*.

2. Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

De otro modo, se debe tener en cuenta también, que en el ámbito de la administración pública, surgen nuevos organismos inspirados en el principio de la ‘autogestión de categorías profesionales’ o de la ‘representación orgánica’ que pasaron a actuar con responsabilidades propias derivadas de algunas funciones públicas, en general son entidades organizadas sectorizadas en cámaras de comercio y de la industria, colegio de profesionales, organismos que sirven de apoyo a los intereses de los asociados y de los ciudadanos. Éstas son formas de descentralización administrativa concurrente que delimitarán, poco a poco, los contornos la *subsidiariedad horizontal*.

Respecto a estas dos categorías jurídicas de la función de subsidiariedad serán comentadas oportunamente en este estudio.

Siguiese ahora, con el análisis comparativo de la definición de subsidiariedad en el derecho italiano.

1.3. El derecho italiano

El Nuovo Dizionario Giuridico⁸¹ italiano presenta tres significados distintos del término *subsidiariedad* (“sussidiarietà”): primer, derivado del derecho de la Comunidad Europea, al lado de otra definición centrada en el derecho público interno, y una tercera designación, relativa al derecho penal, que, de momento, no se reportará este estudio.

De partida, en Italia, el principio de subsidiariedad no fue mencionado en la Constitución, y ni los artículos 41 y 42⁸² que trataban del tema de la función pública y de

⁸¹ GIUDICE, Federico del. *Nuovo Dizionario Giuridico*. Napoli: Edizioni Simone. 1998. 581/1 vol. pp. 1217-1218.

⁸² Vide. Constitución italiana: “Art. 41. Será libre la iniciativa económica privada. No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales. Art. 42. La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares. La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización. La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos. La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia”.

la iniciativa privada hacían referencia sobre la función de subsidiariedad⁸³. Señalase también, que en el sistema jurídico italiano el principio de subsidiariedad ha sido implementado, por primera vez, a través de la Ley 59/97⁸⁴, art. 1º apartado 1 y art. 4º apartado 3, una primera aparición configurada por una división de competencias administrativas y política.

Imparte la Ley nº 59 de 1997, en el marco del derecho comunitario que establece de forma clara en el artículo 3B del Tratado CE⁸⁵ el supuesto según lo cual la Comunidad Europea apenas puede intervenir en determinados sectores y aplicar medidas cuyos objetivos convienen una mejor actuación en ámbito comunitario o cuando, tampoco, posan efectivamente ser cumplidos por los Estados miembros.

Así, la precitada ley italiana pasó a establecer dos dimensiones de subsidiariedad: una “*vertical*” (refiere sobre la repartición de competencias entre los distintos niveles de acción administrativa o política) y otra “*funcional o horizontal*” (es decir sobre la aplicación de la subsidiariedad bajo la perspectiva de la eficacia, atrayendo la competencia general cuando las “comunas” no dispusiesen de condiciones para una acción eficaz, por tanto, la subsidiariedad atañe también las relaciones entre poder público

⁸³ Vide. de GOZI, Sandro. S. *Le principe de subsidiarité fonctionnelle en Italie*. P. 455-458. En AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRIÉ, Francis. Bruxelles: LGDJ /Bruylant. (XXXVI) 2002.

⁸⁴ Vide. Parlamento Italiano. *Legge 15 marzo 1997, n. 59. Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*. Roma: 1997. [en línea] <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1997;59>>. [Consultado en 17.07.2009]: “La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato; IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA PROMULGA la siguiente legge: Art. 1. 1. [...]; 2. Sono conferite alle regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 4, comma 3, lettera a), della presente legge, anche ai sensi dell'articolo 3 della legge 8 giugno 1990, n. 142, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonchè tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici”. (subrayado). “Art. 4. 1. [...]; 2. [...]; 3. I conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati;[...]”. (Subrayado)

⁸⁵ Vide. GIUDICE, Federico del. *Nuovo Dizionario Giuridico*. *Op.cit.* p. 1218: “Diritto delle Comunità europee art. 3 B Trattato CE 25-3-1957. Principio secondo il quale la Comunità europea può intervenire in alcuni settori soltanto se gli obiettivi da raggiungere non possono essere efficacemente realizzati dagli Stati membri o possono comunque essere meglio realizzati a livello comunitario. (...)”

local, regional y sociedad civil, _comunidades, provincias y comunidades de montañas, seguida de asociaciones territoriales y organizativas de tales colectividades).

Debe ponerse de relieve que tales medidas o políticas, a las que se refiere el legislador comunitario, son aquellas que no son de exclusiva competencia de la Unión, como, por ejemplo, los sectores de la educación, de la cultura, de sanidad pública, de protección del consumidor, de política industrial o de las políticas de instrucción y capacitación profesional, además de las áreas de redes *transeuropeas*.

Por consiguiente, este principio no es aplicable a las políticas agrícolas⁸⁶ y aquellas que son de responsabilidad exclusiva de la Unión.

En síntesis, la responsabilidad de las autoridades públicas se prioriza en el gobierno más cercano a los ciudadanos en cuestión, conforme establecido en la Carta Europea de Autonomía Local (adaptado a la Ley 12.30.1989, n. 439), lo que les permite el control más eficaz en el trabajo de las tareas administrativas asignadas a los municipios, provincias y comunidades de montaña⁸⁷.

Tras la reforma constitucional italiana de 2001, fue introducido el principio de subsidiariedad en el artículo 118 el en texto de la Carta Política⁸⁸:

“Art. 118. Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los **principios de subsidiariedad**, de diferenciación y de adecuación. Los Municipios, las Provincias y las Ciudades metropolitanas serán titulares de funciones administrativas propias y de las que se les confieran mediante ley estatal o regional, según las competencias respectivas. Se regularán por ley estatal formas determinadas de coordinación entre Estado y Regiones en las materias a que se refieren las letras b) y h) del segundo párrafo del artículo 117, así como modalidades de acuerdo y de coordinación en orden a la protección de los bienes culturales. El Estado, las Regiones, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y Municipios fomentarán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al **principio de subsidiariedad**.” (Destacado nuestro)

1.4. El derecho francés

⁸⁶ Vide. GIUDICE, Federico del. *Nuovo Dizionario Giuridico*. Op.cit. p. 1217.

⁸⁷ Id. Ibidem.

⁸⁸ Consultado en línea 20 abr 2011: < <http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>>

La etimología del vocablo “Subsidiare” tiene origen en tres épocas distintas, según señalado en el dictionnaire Le Grand Robert de la langue française⁸⁹. Primero, en el año 1.355 el término *subsidiarius* aparece en sentido ‘*de réserve*’ (*sic*), que sirve para designar “los caballeros de la reserva” (en lengua francesa lo mismo que “relatif à la réserve d'une armée” (*sic*)).

Posteriormente, en el siglo XVI el juez y filósofo Montaigne escribió la obra *Ensayos*⁹⁰ (1580) versando sobre la naturaleza del hombre, donde el uso del vocablo ‘subsidiare’ (*sic*) fue empleado en los Libros I y II, por diversas veces, para referirse a algo que esté en segundo lugar ante otro que sea el principal. Da una idea de algo “secundario” o “accesorio”.

Al final del siglo XVII (1694) en el tema del derecho procesal surgen las denominadas ‘conclusions subsidiaires’ (*sic*) aquellas decisiones que tomadas por sentencia a la postre del proceso, cuando el juez desestimando la pretensión principal, decide en favor de una de las peticiones formuladas *subsidiariamente*⁹¹. Normalmente, refiriesen a las medidas de garantías del objeto de la demanda (dicho en idioma francés le *moyen subsidiaire*); es decir, son las medidas alternativamente aplicables cuando lo pedido principal fue denegado (*hypothèque, caution subsidiaire* etc.).

Señalase también que, en el derecho administrativo francés este mismo sentido fue acotado al proceso contencioso tanto en materia de una “acción subsidiare” o

⁸⁹ ROBERT, Paul. *Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire*. 12ª ed. Paris : Le Robert. 1985. Tome VIII. p. 1005.

⁹⁰ Vide MONTAIGNE, Michel M. *Les Essais*. Paris: Chez Firmin Didot Frères et Cia. / Institute de France. *Les prières*. Livre I, Chapitre LVI. P. 162. *Apologie de Raimond de Sebonde*. Liv II, Chapitre 12. P.222<en línea]<<http://books.google.fr/books?id=hTiyYmXZNdgC&pg=PA162&lpg=PA162&dq=montaigne+et+essais>>[Consulta: en 22 de febrero 2011].

⁹¹ Véase que en materia procesal esta creación jurídica se mantiene hacia nuestros días v.g., la Ley de Francia en vigor, Code de Procédure Civile que refiere sobre el objeto la demanda (Artículos 4, 5). También el Code de Procédure Civile Suisse du 19 décembre de 2008, mantiene este contenido, conforme se transcribe abajo subrayado. “Titre 7. Valeur litigieuse. [...] Art.91 La valeur du litige est déterminée par les conclusions. Les intérêts et les frais de la procédure en cours ou d’une éventuelle publication de la décision et, le cas échéant, la valeur résultant des *conclusions subsidiaires* ne sont pas pris en compte. Véase que en la Ley española del Enjuiciamiento Civil, tal dispositivo está contemplado en el Art. 399 apartado 5, conforme el texto transcrito adelante: “Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.[...] TÍTULO II. DEL JUICIO ORDINARIO. CAPÍTULO I. DE LAS ALEGACIONES INICIALES. SECCIÓN I. DE LA DEMANDA Y SU OBJETO. Artículo 399. La demanda y su contenido. 1. [...]; 2. [...]; 3. [...]; 4. [...]; 5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las *peticiones formuladas subsidiariamente* para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”.

de “conclusiones subsidiarias”. De igual modo, la autoridad pública asume la responsabilidad subsidiaria por el incumplimiento de obligaciones, si no hizo posible el cobro de la responsabilidad principal al co-contratante.

En ese paso, conforme se extrae del Dictionnaire Juridique (Merlin Walch)⁹² el sentido del vocablo “subsidaire” está estrechamente dirigido a una doble comprensión de “garantía” (*garantie subsidiaire*) o de “responsabilidad” (*responsabilité subsidiaire*).

A los dos significados ya referidos, se añade un tercero que según el Vocabulaire Juridique (Cornú, G.)⁹³ el término “subsidaire” es un adjetivo derivado de otro vocablo: “subsidiaria” (palabra femenina) derivada del latín jurídico “subsidium” que significa “segundo”. Aquí, finalmente, coinciden los dos sentidos más comunes de la palabra:

i) Un que tiene la vocación de venir en “segundo lugar”. Algo que es complementar, supletorio (o suplementar) o residual a otra cosa.

ii) Y, otro dicho de algo en su extensión, que sirve para “auxiliar” al título de refuerzo, por eso ocupa una posición secundaria (o accesorio).

Sin embargo, todos estos términos examinados, siguen en los países europeos e incluso en otros sistemas jurídicos, un cambio de significado cuando se aporta la idea de *principio*. El concepto de “subsidiarité” en Francia, p.ej., palabra que hasta los años noventa poco aparece en los diccionarios semánticos⁹⁴, adquiere el estándar de “principio de subsidiarité”.

Ahora bien, hay que señalar el sentido político de la definición de “subsidiarité cómo un límite a los poderes de la Unión Europea ante a los Estados

⁹² MERLIN WALCH, Olivier. *Dictionnaire Juridique. Français/Espagnol*. 5ª ed. Paris: LGDF-Montchrestien. 2006. p. 621.

⁹³ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 8ª ed. Paris: QUADRIGE/PUF. 2007. P. 890-91

⁹⁴ Véase los comentarios de D'ONORIO, Jean-Benoît. *La subsidiarité analyse d'un concept*. En: AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*. Paris: TÉQUI. 1993. P. 11-40.

miembros y regiones, conforme también se inscribe en el Dictionnaire le nouveau petit Robert”⁹⁵

Por lo tanto, varios diccionarios lingüísticos desbordan el significado de *principio de la subsidiariedad* desde el punto de vista oriundo del Derecho Europeo, donde se profundizó un amplísimo conjunto de interpretaciones por la teoría científica en lo que respecta a su enfoque jurídico.

Pero, al lado de esa comprensión semántica, observase que las raíces que corresponden al principio de subsidiariedad son oriundas del derecho canónico y del derecho público alemán, además de otras matizaciones políticas.

1.5. El derecho belga.

En Bélgica, la inscripción del principio de subsidiariedad no se encuentra de modo expreso en la ‘Constitution coordonnée’ (*sic*, adelante CC), sin embargo, este principio tiene una relevante articulación como el ‘principio de protección de la autonomía local’⁹⁶ previsto en el artículo 41 de la CC, y tal protección igualmente se refiere al ‘principio de la competencia general de los municipios y provincias’, pero el texto constitucional no tiene un catálogo explícito de las materias que sean atribuidas a las diversas colectividades políticas locales. Por tanto, esta competencia local será reglada por normas de los Consejos municipales o Asambleas provinciales, según dispone el mencionado artículo⁹⁷.

⁹⁵ Véase la definición: “POLIT. *Principe de Subsidiarité*, qui limite les pouvoirs de la Communauté européenne considérés comme subsidiaires (1°) par rapport à ceux États membres et des régions ». En : ROBERT, Paul. *Le nouveau petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. (Dir. REY-DEBOVE, Josette et REY, Alain). Paris:Le Robert. 2010, p.2447.

⁹⁶ Vide NIHOUL, Pierre et LOMBAERT, Bruno. *La subsidiarité territoriale*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 50.

⁹⁷ Vide Constitución de Bélgica: “Art. 41. *Les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux, d’après les principes établis par la Constitution.*” [en línea]<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1994021730> [Consultado en 11 abril 2012].

Así, el poder legislativo sería libre para decidir cómo lo sea conveniente sobre la naturaleza y el alcance de interés local de determinados asuntos que debiese ser objeto de actuación por la vía de la subsidiariedad.

En la doctrina belga el constitucionalista Francis Delperée define la ‘subsidiariedad cómo una línea de conducta’⁹⁸ que sugiere o impone a determinada autoridad pública que le lleva a ejercer las funciones o facultades otorgadas en segunda orden, en el caso en que se había constatado que otra autoridad pública o una persona privada no era capaz de realizar de forma adecuada esa obligación, o se la había renunciado; en consecuencia, la autoridad llamada en segunda orden asume tal incumbencia⁹⁹.

Por tanto, una importante contribución del derecho belga, se diseña a partir de esta definición en que son ponderados dos ideas, que al mismo tiempo se contraponen, pero que se revelan de significativo matiz entorno del elemento de subsidiariedad, son ellas:

i) la ‘idea de carencia’, según la cual la intervención de uno organismo o autoridad se produce solo a defecto de intervención de la otra autoridad o entidad privada incapaz de hacer cumplir su obligación o esta le haber renunciado.

ii) la ‘idea de eficacia’, significa que “cada persona debe emprender lo que tiene la costumbre de cumplir mejor que otros”.¹⁰⁰

Por tanto, ante el estado de ‘carencia’ de una determinada situación en que hace surgir la necesidad de un organismo o autoridad superior prestar ‘asistencia’ ante un problema de interés local, pero en ese contexto debe ser ponderada, también, el ‘principio de la libertad’ para hacer llegar a buen término en las decisiones tomadas en la ‘proximidad’, con vista a satisfacer tales dificultades; pero cabrá también, considerar el según criterio

⁹⁸ Cfr. respecto esta idea otros autores: ERNEUX, Pierre-Yves. *La subsidiarité et le notariat “principe fondateur, ligne de conduite?”*. En AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op.cit.* P. 297-306; NIHOUL, Pierre et LOMBAERT, Bruno. *La subsidiarité territoriale*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 42.

⁹⁹ Vide DELPÉRÉE, Francis. *La subsidiarité*. Canadá: Horizons (36). 2000. P. 19-23; DELPÉRÉE, F. *Avant-propos*. AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, F. *Op.cit.* P. 11.

¹⁰⁰ DELPÉRÉE, F. *La subsidiarité*. *Op.cit.* P. 19.

de la ‘eficacia’, que es realizar o practicar la función dicha subsidiaria sin perder de vista el valor fundamental de la dignidad humana.

Por fin, se resalta que el referido constitucionalista actuando como miembro del Senado belga, en la legislatura del año 2010, había presentado una proposición de ‘declaración de revisión del Título IV (Relaciones Internacionales) de la Constitución’ con vistas a incluir un nuevo artículo 168 (“Art.168-bis”) tratando del control por las Cámaras Federales y parlamentos de las tres regiones y sus respectivas provincias con respecto al principio de subsidiariedad de la Unión Europea; esta proposición después de sometida al debate, fue retirada en 2014¹⁰¹.

1.6. El derecho anglosajón.

Traducido al idioma inglés el término “subsidiary” presenta múltiples significados¹⁰², lo cual semejante a los demás idiomas tiende a expresar una idea de algo que esté en “segundo plano” o una condición que indica: *auxiliar, supplementary, accesory, ancillary, residual, secondary, subordinate, tangential*. A menudo, su empleo aparece en la rama del ‘derecho societario’ para designar una corporación o empresa que tiene actividades secundarias a otra. Pero, será en el contexto político y jurídico que se centran las explicaciones más adaptadas al *principle of subsidiarity* con el reparto de competencias de las potestades administrativas y ante la actuación de los particulares.

Pasemos a análisis de algunos de estos conceptos:

¹⁰¹ El texto original presentado decía: “Les Chambres déclarent qu'il y a lieu à révision du titre IV de la Constitution en vue d'y insérer un article 168bis relatif au contrôle, par les Chambres fédérales et les parlements de communauté et de région, du respect du principe de subsidiarité par l'Union européenne. 7 septembre 2010”. Vide Document Legislatif n° 5-346/1. PROPOSITION DE DÉCLARATION DE RÉVISION DE LA CONSTITUTION. Sección de 14 oct 2010, Senado de Bélgica. [En línea] <<http://www.senate.be/www/?MIval=/dossier&LEG=5&NR=346&LANG=fr>> [Consultado en 14 jun 2014].

¹⁰² Vide. *Dahl's Law dictionary*. Compiled. DAHL, Henry Saint. 3ª ed. Buffalo, N.Y.: W.S. Hein. 1999. P. 465; *Noronha's legal dictionary*. Coord. GOYOS JR., Durval de Noronha. 2ª ed. S. Paulo: Observador Legal ed. 1994. p. 248.

El *Concise Oxford Dictionary of Politics*¹⁰³ hace una definición muy precisa y objetiva del vocablo “subsidiariedad” atribuyéndole genéricamente el sentido de que es “la inversión de la autoridad en el nivel más bajo posible de una jerarquía institucional”.

En particular observase que este diccionario ha destacado dos ideas centrales, también ya examinadas en el derecho alemán. De todas las maneras, conviene hacer dos referencias más sobre estos distintos significados.

i. La primera, concerniente a aparición del principio de subsidiariedad que tiende a ser un ‘legado’ de la teoría social católica (*Catholic Social Theory*) a través del cual postulaba limitar el poder del Estado (soberano), mientras valoraba las funciones complementarias de otras instituciones privadas y de la propia Iglesia.

En consecuencia, desarrollase la comprensión de una sociedad organizada en jerarquía de órganos con atribuciones en las tareas sociales, reivindicando la finalidad de la Iglesia y de las instituciones privadas¹⁰⁴ en actuaren mejor cuando están más próximas de afrontar tales cuestiones.

ii. En otro aspecto, aliada a la noción de subsidiariedad, destacase el concepto de índole constitucional de repartición de competencias entre niveles de gobiernos jerarquizados en los sistemas políticos de países del Estado federal alemán y suizo. Agregándose a los entes locales las decisiones de los intereses más cercanos, excepto, aquellos los cuales no se puede realizar, oportunidad en que actuará la autoridad de mayor grado. Ese es el concepto que tipifica la UE, pero es bastante controvertido.

¹⁰³ Véase en el texto original: “Subsidiarity. In broad terms, the investment of authority at the lowest possible level of an institutional hierarchy”. En: Subsidiarity. *The Concise Oxford Dictionary of Politics*. Iain McLean and Alistair Millar Ed. Oxford University Press 2009. Oxford Reference Online. 2009. [en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t86.e1342>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 16 Marzo 2012].

¹⁰⁴ Vide. también: Subsidiarity. *Brewer's Dictionary of Modern Phrase & Fable*. Edited by John Ayto and Ian Crofton. London. Chambers Harrap Publishers Ltd. 2010. [en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t339.e7658>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 1 julio 2011];

Otros diccionarios anglo-jurídicos¹⁰⁵ (The New Oxford Companion to law, Brewer's Dictionary of Modern Phrase & Fable, Dictionary of law y Dictionary of Law enforcement) e incluso los diccionarios de *Social Sciences*¹⁰⁶ y Dictionary of human resource management¹⁰⁷ destacan el significado de la subsidiariedad dimensionando, precisamente el principio político¹⁰⁸ insertado en el artículo 3 del Tratado de Maastricht, el cuál evoca la función limitadora de la UE de solo actuar en materias cuya competencia no siendo exclusiva de la Unión, esta intervendrá cuando los objetivos no pueden ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros.

El concepto del *Dictionary of human resource management* define también que este principio abre una clave de flexibilidad en la legislación europea, pues salvaguardó a los Estados miembros aplicar en el nivel nacional la legislación interna, los reglamentos y demás normas administrativas que más convienen a las circunstancias y las necesidades de las políticas locales. Por lo tanto, la inclusión del principio evitó preceptos en la regulación de la CE con grado intervencionista que dificultase el proceso de la integración europea.

¹⁰⁵ Vide. ANGUS, Johnston. Subsidiarity. *The New Oxford Companion to Law*. by Peter Cane and Joanne Conaghan. Oxford University Press Inc. Oxford Reference Online. OUP. [en línea]<<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t287.e2129>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011];

- Subsidiarity. *Brewer's Dictionary of Modern Phrase & Fable*. Edited by John Ayto and Ian Crofton. London: Chambers Harrap Publishers Ltd. 2010. [en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t339.e7658>> [Consulta Universitat de Barcelona: 01 julio 2011];

- "Subsidiarity n." *A Dictionary of Law*. by Jonathan Law and Elizabeth A. Martin. Oxford University Press. 2009. Oxford Reference Online. OUP. [en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t49.e3836>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011];

- Subsidiarity En: *The Oxford Dictionary of Law Enforcement*. Michael Kennedy. Oxford University Press, 2007. Oxford Reference Online. OUP. [en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t239.e2939>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011].

¹⁰⁶ Vide. Subsidiarity. *Dictionary of the Social Sciences*. Craig Calhoun, ed. Oxford University Press 2002. Oxford Reference Online. OUP.[en línea] <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t104.e1620>> [Consulta en Universitat de Barcelona. 01 julio 2012].

¹⁰⁷ Vide. Subsidiarity. *A Dictionary of Human Resource Management*. Edmund Heery and Mike Noon. Oxford University Press, 2008. Oxford Reference Online. OUP. [en línea] <http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t162.e1238>[Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011]

¹⁰⁸ El *dictionary of human resour management* se refiere a “principio constitucional”.

Por fin, el diccionario Oxford Companion to Australian Politics¹⁰⁹ subraya que en Australia la subsidiariedad es un marco del Estado federal y de los consejos ministeriales, sin embargo, hay muchas controversias sobre la distribución de funciones entre las autoridades gubernamentales y las responsabilidades en materia de cuestiones sociales (salud y educación) y de la política ambiental en se definir cuál nivel debe alcanzar los mejores resultados.

1.7. El derecho catalán.

En el derecho catalán el término “subsidiario” según el *Vocabulari Jurídic Català*¹¹⁰ se encuentra en el sentido de “responsabilidad secundaria”, que así contempla la siguiente definición: “*subsidiari (ll.subsidiarius). Responsabilitat, pretensió o acció que enrobusteix o es posa després d’una altra principal.*|| C. Subsidiario.”

En sentido similar, a partir de los diccionarios lingüísticos recogiese algunas definiciones del término “subsidiari” o “subsidiària”, que denotan el adjetivo de “ayuda” o de “responsabilitat”. Así, en el *Diccionari de la llengua catalana*¹¹¹ se puede extraer los dos sentidos, a ver:

“subsidiari –ària. Adj 1 a Que constitueix un subsidi. B. Que ve a ajudar, a reforçar, quelcom més important. C. Auxiliar, tributari. 2 dr Dit de la responsabilitat, la pretensió o l’acció que hom disposa per a substituir-ne una altra de principal en el cas que aquesta falli.”.

En esto léxico encuentra se también el término “*subsidiarietat*” cuyo el significado es el calificativo de subsidiari. (“*f. Qualitat de subsidiari*”).

¹⁰⁹ Vide. LONGO, Michael. *Subsidiarity*. The Oxford Companion to Australian Politics. Ed Brian Galligan and Winsome Roberts. Oxford University Press. 2008. Oxford Reference Online. OUP. [en línea] <<<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t250.e356>>>[Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011]

¹¹⁰ Vide. *Vocabulari Jurídic Català*. Org. Rapael Folch i Capdevila i Lluís G. Serrallonga i Guasch. Barcelona: CAB. 1934. P. 226.

¹¹¹ Vide. *Diccionari de la llengua catalana*. 10ª ed. Barcelona: Enciclopedia Catalana. 1990.

Asimismo, el significado de los vocablos “subsidiari” o “subsidiària” en el *Diccionari Català-Valencià-Balear*¹¹² presenta la siguiente definición: “*Subsidiari, - Ària. adj. Que constitueix un subsidi; que ve a ajudar, a reforçar quelcom més important; auxiliar, tributari; cast. Subsidiario. (...).*”

1.8. El derecho portugués.

En el derecho portugués el diccionario *Verbo* destaca el Principio de Subsidiariedad (PS) cómo un principio que surge de la Filosofía Social, destacado por el Pontífice Pio XI en la Encíclica *Cuadragésimo Año*. Tiene su significado, en otras palabras, en algo que “expone la naturaleza de la persona y de la sociedad, la anterioridad y el primado de la persona y la múltiple dimensión social de la misma.”¹¹³

Señala también que, la principal especificidad del *principio* reside en la función de la sociedad, _ lo que significa que no es solo la obligación del Estado de *suplir* las dificultades des afrontadas por a sus miembros, sean estos individuos o el colectivo. En suma, describe que: “toda la actividad social es, por tanto, de naturaleza subsidiaria”, i.e., visa la ayuda, la promoción de los miembros, está pues al servicio delos, en el postulado: “*Civitas propter cives, non cives propter civitatem*”.¹¹⁴

El otro elemento que se pone de relieve en este análisis, es que, al valorar la persona en su individualidad, no se está subestimando el valor de la sociedad o relegando a la condición de valor secundario o accesorio. La idea central es poner una organización de las instituciones sociales y políticas, de modo a actúen de la base hacia arriba, materializadas en las competencias que se deben compartir a través de los diversos órganos llevándose en cuenta la prioridad de los escalonamientos más próximos de los ciudadanos.

¹¹² Vide. *Diccionari Català-Valencià-Balear*. Org. Antoni M^a Alcover. Francesc de B.Moll amb col’laboració de Manuel Sanchis Guarnier i ana Moll Marquès. Tom X (Son-ZU). Palma de Malloca. 1962. P. 54

¹¹³ Vide. POLIS Enciclopèdia VERBO da Sociedade e do Estado. Antropologia. Direito. Economia. Ciência Política. Lisboa: Editorial Verbo. Vol. 5. P.1014.

¹¹⁴ Id íbidem.

Una última consideración refiere que en atención a ese carácter *supletorio* del principio de la subsidiariedad ésta representa la función-límite entre la “sociedad global” y las personas consideradas en su individualidad, a través de los diversos ‘grupos sociales intermedios’ que ejercen la función de sustituir *excepcionalmente* en las tareas, hacia promover las soluciones de los problemas que afecten el grupo o un cuerpo social determinado; asimismo, en la estructura del Estado los ‘órganos intermedios’ deben actuar hacia agotar las posibilidades de intervención del ámbito local y regional hacia atender a los objetivos originariamente propuestos.

En síntesis, este es un principio general ‘constitucionalizado’ (en el derecho portugués y en otros países integrados por la UE, posteriormente al Tratado de Maastricht) de carácter válido para cualquier sociedad, ya que se convierte también en un instrumento de armonización de las tensiones existentes entre los intereses privados y público.

Sobre el referido principio se resalta aun más, que fue insertado de forma explícita en la Constitución de Portugal (adelante CRP) en los artículos 6º.1. y 7º.6 con distintos significados y aplicaciones, a saber:

Primer, la revisión constitucional de 1992 había introducido en el artículo 7º el “apartado 6” por consecuencia de la construcción del tratado de la Unión Europea, lo cual el principio de subsidiariedad presenta el sentido de instituir una aproximación convergente a las instituciones de la Unión Europea, de los poderes necesarios a la construcción y aprofundamiento del bloque. Segundo, con intuito de promover la cohesión de los valores de libertad, seguridad, justicia a través del ‘principio de orden económico y social y territorial’, así también, definir y ejecutar la defensa y cooperación de la política externa. Véase lo dispositivo comentado:

“Artigo 7.º (Relações internacionais)

[*omissis*]

6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo **princípio da subsidiariedade** e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia”.

Segundo, en una nueva revisión de la Constitución lusitana en el año de 1997 el principio de subsidiariedad fue introducido en el ‘capítulo de la organización del Estado’ para delimitar en el seno de la soberanía estatal los objetivos de la autonomía de los entes locales y, por tanto, de la descentralización administrativa. Véase el dispositivo en comentario:

“Artigo 6º (Estado unitário)

1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os **princípios da subsidiariedade**, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.
- 2.[*omissis*].

Una última consideración, referida por los constitucionalistas portugueses JJ. Gomes Canotilho¹¹⁵ y Jorge Miranda¹¹⁶, confrontando el principio de subsidiariedad al principio de *socialidade*¹¹⁷ del Estado (principio del *bienestar*) subrayan que ambos los principios son de sentidos paradójicamente contrarios bajo la perspectiva del orden económico e social del Estado, esto porque el ‘principio de bienestar’ está relacionado al concepto de ‘Estado socialmente vinculado’, cuyas intervenciones públicas de este último deben ser socialmente constitutivas; al revés, del principio de subsidiariedad que en el ámbito de la economía estatal representa una mera “acción facultativa del Estado” (basado en las ideas del Estado Liberal), esto porque las actividades estatales, según esta tradición del sistema capitalista, tienen la característica de ser supletoria o meramente complementar.¹¹⁸

Sin embargo, en la opinión de G. Canotilho la idea de ‘*subsidiariedad horizontal o social*’¹¹⁹ (aquellas acciones que imparten de los grupos sociales y de los ciudadanos) no puede sobreponerse en la relación entre los poderes públicos y privados, al considerar que el Estado tiene el deber de mantener y desempeñar una función social relevante en la efectividad de las políticas de implementación de los derechos sociales.

¹¹⁵ Vide. JJ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. P. 333-364.

¹¹⁶ Vide. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed. (Tomo III). P. 180-83.

¹¹⁷ Este principio de la “socialidade” traducido en la doctrina alemán es el principio del Estado de bienestar. Vide. GOMES CANOTILHO, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op.cit.* P. 341.

¹¹⁸ Vide. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. *Op.cit.*P. 180-83.

¹¹⁹ Vide. GOMES CANOTILHO, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op.cit.* P. 341.

Por tanto, la ‘subsidiariedad horizontal’ no debe solapar la responsabilidad del Estado de poner en marcha los derechos sociales garantizados por la Constitución, aunque permanezca el principio de la auto-responsabilidad de los individuos y grupos para actuar en pro del desarrollo de sus capacidades, con el fin de obtener una vida digna para sí, el grupo familiar, la comunidad de vecinos etc.

1.9. El derecho brasileño.

El significado del vocablo ‘Subsidiário’ hallase en el *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*¹²⁰, edición brasileña, en sentido amplio: “*Diz-se de um elemento secundario que reforça outro de maior importancia ou para este converge (...)*”

Otro significado del mismo vocablo registrado en el *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*¹²¹, también editado en Brasil, refiere el sentido jurídico: “*Diz-se da ação ou responsabilidade que confirma ou robustece outra principal*”. Pero, precisamente, para la subsidiariedad no había una definición precisa.

Asimismo, el *Vocabulário Jurídico de Plácido Silva*¹²² lo define genéricamente:

“Subsidiario. Do latim subsidiarius (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem vulgar designa o que vem em segundo lugar, isto é, é secundario, auxiliar, ou supletivo. Nesta razão, o que se mostra subsidiario, como secundario, revela, ou pressupõe, o principal, a que vem, conforme às circunstancias, auxiliar, apoiar ou reforçar. [...]”

Señalase aun más otros diccionarios jurídicos brasileños donde el principio de subsidiariedad, propiamente dicho, se hallaba poco definido, citándose entre estos el *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*, *Dicionario Jurídico de tecnologia jurídica* y el *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*¹²³.

¹²⁰ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. Sao Paulo: ed. Nova Fronteira. P. 1622

¹²¹ Vide. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos. 1998. P. 1984.

¹²² DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulario Jurídico*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense. 1993. P. 278.

¹²³ Consultados los diccionarios NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM ed. 1987. NUNES, Pedro. *Dicionario Jurídico de tecnologia*

No obstante, en fecha más reciente fue editado el *Dicionário de Principios Jurídicos*¹²⁴ el que presenta un análisis más detallado de este principio aplicado en las ramas del derecho penal y del derecho público. De lo cual se desprende el principio de subsidiariedad centrado al Derecho público matizado en cinco aspectos: definición, contenido, fundamento y naturaleza, e interpretación, según los rasgos del derecho público contemporáneo. Revisémoslos por partes en breve síntesis:

Refiere que, respecto a su definición resurge en el siglo XX sustituyendo el Estado del Bienestar por el Estado Subsidiario. Este valora “a relação coordenada e integrada das instancias pública e privada e exige que se atribuem as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas aos cidadãos, coibindo a atribuição à autoridade centralizada de tarefas que a entidade menor pode realizar por si mesma”.¹²⁵

En cuanto al contenido del principio estriba en que “uma entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder suplí-los por si mesma de maneira mais eficaz”¹²⁶. Surge entonces, como un ‘criterio de distribución de competencias’ entre individuos, grupos sociales y el Estado.

En torno a la naturaleza y fundamento jurídico, el diccionario da énfasis al principio de subsidiariedad como un principio del derecho natural y de ética política, que trasciende a una posición de ‘principio de estructura y gradación social’ que tiene por naturaleza jurídica la división de competencias atribuyendo derechos y deberes. El fundamento precipuo será la garantía y tutela de los derechos esenciales de la persona y una vinculación al pluralismo social.

Por último, en el contexto del derecho público contemporáneo¹²⁷ la subsidiariedad tiene la dimensión de conferir nuevos parámetros para la distribución de competencias administrativas y de los poderes a los distintos niveles de autoridades

jurídica. 12ª ed. (3ª tiragem) Rio de Janeiro: Liv.Freitas Bastos. 1994. *IBEC. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. Coor. Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva. 2012.

¹²⁴ Vide. *Dicionário de Principios Jurídicos*. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka *et al.* Rio de Janeiro. Campos/Elsevier. 2011. Pags. 1292-1296.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 1292.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 1293.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1293-95.

públicas, bien así, a las funciones conferidas a los entes privados de participación y cooperación, destacándose la capacidad de iniciativa, libertad, responsabilidad y confianza recíproca entre los miembros de la sociedad cómo un todo.

«Lo que denominamos parte, es meramente un padrón dentro de una inseparable red de relaciones. Por tanto, el cambio de las partes al todo puede también ser contemplado como el cambio de objetos a relaciones». (CAPRA, Fritjof. *La trama de la vida.*)

CAPÍTULO II

LA SUBSIDIARIEDAD CÓMO UN CONCEPTO JURÍDICO.

Sección I

Antecedentes y nuevos planteamientos.

1. De la acción al principio jurídico de Subsidiariedad.

La *Subsidiariedad* representaba un concepto multiforme¹²⁸ y ambiguo¹²⁹ para la mayoría de los estudiosos del tema de las ciencias jurídicas, pues tiene su origen en un concepto de ética-política¹³⁰, cuyo el término estaba relacionado al *poder político*, según un principio de la Filosofía Social¹³¹. En este aspecto, consistiría en una investigación continua de las decisiones en lo nivel más cercano posible de los ciudadanos¹³².

¹²⁸ Señala el profesor Valérie Michel que el concepto de Subsidiariedad tiene el carácter “*proteiforme*”, o sea una tendencia evolutiva, además que implique dos ideas _ una de complementariedad y otra suplementaria. VALÉRIE, Michel. *La Subsidiarité*. En: AAVV. *L’Influence du droit européen sur les catégories du Droit Public*. AUBY, Jean-Bernard. (Dir) Paris: Dalloz. 2010. p.613.

¹²⁹ Véase CASSESE, Sabino. *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*. En: AA.VV. *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*. Quaderni della Spisa. (Dir. MONACO, Fabio Roversi). Bologna: Maggioli ed. 1995. P. 75-79. DELCAMP, Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation*. AAVV. Revue française de droit Constitutionnel. Paris: PUF. (23).1995.P. 612 ; GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité spécialement en Europe*. En : AAVV. *Mélanges Paul Amselek*. Dir. COHEN-JONATHAN, Gérard et al. Bruxelles: Bruylant.2005. P.320-23; DELCAMP, Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation*. AAVV. Revue française de droit Constitutionnel. Paris: PUF. (23).1995.P. 612. BRUNET, Andrée. *La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité*. Paris: Gazette du Palais. 12 juin 2004. n° 164, P. 6

¹³⁰ Vide MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité*. 1° ed. Paris: PUF. 1993. p. 5 ; MILLON-DELSOL, Chantal. *L’Etat Subsidaire*. Paris : PUF/LÉVIATHAN 1993. p. 5 ;

¹³¹ Vide. GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité spécialement en Europe*. *Op.cit* .P.316;

¹³² Este concepto se encuentra en LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise. *Existe-t-il, un principe de subsidiarité?* En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉREÉ, Francis. Bruxelles : LGDJ/Bruylant. 2002. P. 22-23.

Sin embargo, la “subsidiariedad” como un *elemento jurídico*¹³³ propiamente dicho, era poco discutido, hasta ser aplicada en tema del *federalismo* alemán¹³⁴, y decenios después, va a convertirse en principio jurídico y forma de actuación de la Unión Europea. Por tanto, el pasaje del concepto filosófico al jurídico no encuentra una clara implementación en el derecho público. Eso se explica por razones históricas, ante las dificultades de regir la vida social en el Estado moderno, se llevando en cuenta las circunstancias de cada época y lugar, y también, los fines que se desarrollaban en cada Estado en relación con los intereses sociales¹³⁵.

Por ello, el concepto importado de la filosofía social al final del siglo XX adquiere múltiples denominaciones desde un genuino concepto filosófico-político¹³⁶ u teológico-social¹³⁷, hasta que fuera introducido en la doctrina del Derecho Público del constitucionalismo contemporáneo, y reconstruido en el Derecho Comunitario Europeo. Por tanto, cambió del vocabulario político a un significado jurídico más complejo donde se planteaba (¿) cuáles serían los valores sustanciales que este principio debería agregar (?)¹³⁸, especialmente cuando el debate del reparto de las competencias dentro de las estructuras del Estado Federal traspasó más profundamente a la integración de la Comunidad Europea¹³⁹.

En el siglo XIX la idea de *subsidiariedad* se pone de manifiesto como una forma de *actuación* de la autoridad pública que debe suplir las carencias de los individuos y de las comunidades, solo cuando estos se presentan sin condiciones de proveer sus propias necesidades fue agregada al binomio Estado y Derecho¹⁴⁰. Surge, así, la idea de

¹³³ Véase el trabajo de D'ONORIO, Joël-Benoît. *La Subsidiarité analyse d'un concept*. P.11-40. AAVV La Subsidiarité. De la théorie à la pratique. *Op. Cit.* P. 11.

¹³⁴ Vide. HIRSCH, Günter. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. P.56-63. En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. Bruxelles: Bruylant. (XXXVI) 2002.

¹³⁵ Cfr. LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise. *Existe-t-il, un principe de subsidiarité?* En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, F. rancis. *Op.cit.* p.27

¹³⁶ MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. *Op. cit.*

¹³⁷ La teoría social católica pregona que si la sociedad es formada de comunidades diversas en las cuáles los individuos se insertan, esta debe criar las condiciones que permitan a los mismos si auto desarrollarse.

¹³⁸ Véase los comentarios de LEURQUIN-DE VISSCHER: « Est-on prêt à remettre peu ou prou en cause la hiérarchie des valeurs existantes en procédant à une nouvelle lecture des actions juridiques à la lumière des fondements du principe de subsidiarité ». *Op. Cit.* P. 27

¹³⁹ A partir del Tratado de Maastricht en 1992, introducido en el artículo 3B.

¹⁴⁰ Vide. GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité spécialement en Europe*. *Op. cit.* P.319

un Estado Moderado¹⁴¹ o Estado Subsidiario¹⁴², que tiene por fin el bien común de los individuos y solo debe intervenir cuando el sistema social no puede por él mismo asegurar las necesidades y su cohesión social.¹⁴³

Se resalta más, que la idea de *principio del orden jurídico* encuentra varias definiciones, se aportando una definición referida en la doctrina francesa, en resume, que:

«El principio de subsidiariedad es un tipo de ley general que promueve una cierta orden. Reclama que para cada incapacidad se haga suplir, en forma de socorro, por la instancia inmediatamente superior, es decir más elaborada y por así más poderosa»¹⁴⁴.

En suma, se trata de un término polisémico¹⁴⁵ conforme se puede extraer de los más variados diccionarios de léxicos jurídicos ya mencionados en el capítulo precedente. Desde su significación etimológica más antigua, hasta un concepto jurídico propiamente novedoso, en el sentido de *principio fundamental de la Unión Europea* abstraído del *federalismo germánico*¹⁴⁶ presenta un rasgo de actuación comunitaria. Una de las cuestiones puesta de manifiesto es sobre la jerarquía de los valores existentes en el orden jurídico a través de nuevas directrices de las acciones administrativas en vista de los fundamentos del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad¹⁴⁷.

Por fin, añadiese que en materia del derecho administrativo la subsidiariedad aparece como una forma de actuación de las potestades administrativas (territorial y

¹⁴¹ Cfr. MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. Paris: PUF (Léviathan). P.13. Véase también, DUBOS, Olivier. *La Subsidiarité*. En: AAVV. *La Compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA/Nancy)*. Paris, Lexis. 2008. P.193.

¹⁴² Vide. MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. *Op. cit.* P. 191-208.

¹⁴³ Inspirado en el pensamiento Aristotélico según lo cual “le pouvoir tire sa légitimité de son rôle de suppléance”. Véase MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. Paris: PUF (Léviathan). P.13. Véase también, DUBOS, Olivier. *La Subsidiarité*. *Op. cit.* P. 193.

¹⁴⁴ MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. *Op. cit.* P. 129

¹⁴⁵ Conforme ya referido en Capítulo I, fls. , la etimología del léxico latino *subsidium* en sentido de algo que es “secundario”. Vide. CORNÚ, Gerard. *Vocabulaire juridique*. *Op. Cit.* P. 890.

¹⁴⁶ LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise. *Existe-t-il, un principe de subsidiarité?* En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. Bruxelles : LGDJ/Bruylant. 2002. P. 21-45.

¹⁴⁷ Videe el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Diario Oficial de la Unión Europea-ES de 30.3.2010 (C 83/1) [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0001.01.SPA#C_2010083ES.01020101>. [Consulta: 30 de junio de 2010].

funcional). De otra parte, presenta también, una faceta de obligación destacable entre los autores del Derecho Privado, Procesal etc.

Eso puesto, recordaremos más sobre esa doble comprensión de la subsidiariedad¹⁴⁸ desde concepto jurídico más genéricos: *acción subsidiaria, norma subsidiaria, cláusula subsidiaria*), y después, incorporado al derecho europeo con nuevo matiz.

1.1. Concepto genérico: acción subsidiaria.

En este aspecto, la *Subsidiariedad* es un término calificativo de “algo que es *supletorio*¹⁴⁹, que transmite la idea de “suplementario” o de “complementariedad” de una cosa a otra¹⁵⁰.

Tomando este significado de forma apriorística, él sirve a dos ideas sutilmente distintas, pero ni siempre dissociables: una que es la *acción de complementar* (parte accesoria) algo que ya existe cómo un supuesto predefinido. Y otra, que se pone en el sentido de *supletorio*, un supuesto que se aplica en determinada circunstancia de “suplir” algo (el adicional) que en ciertos casos se matiza en ‘la cuestión subsidiaria’¹⁵¹. Ésta no es una cuestión ‘secundaria’ en absoluto, ya que, al contrario, es ella quien permite designar un elemento para decidir entre dos supuestos. Es, por tanto, una idea de algo que se agrega entre dos hechos o dos situaciones que se afrontan.

¹⁴⁸ Haciendo una búsqueda en los más diversos trabajos jurídicos publicados, se nota que algunos autores tratan genéricamente sobre el tema “Subsidiariedad” y otros eligieron el abordaje del ‘principio de la subsidiariedad’. En el primero caso, véase, p. ej., los trabajos de: PONTIER, Jean-Marie; VALÉRIE, Michel; DUBOS, Michel; GAUDEMET, Yves, además, de obras colectivas dedicadas al asunto, tales como: L’Europe de la Subsidiarité (Dir.) VERDUSSEN, Marc.; La Subsidiarité _ de la théorie à la pratique. CJCF; Droit Administratif et Subsidiarité (Dir. ANDERSEN, R. et DÉOM, Diane); Cuanto al segundo título un abordaje del *principio de la subsidiariedad*, se encuentran las publicaciones de MILLON-DELSON, Chantal; CONSTANTINESCO, Vlad; DELCAMP, Alain; DRAGO, Guillaume; BAUDIN-CULLIERE, Frédéric. PAREJO ALFONSO, Luciano; TOSRTEN, Stein; y también, se cita la obra colectiva *Principe de Subsidiarité* (Dir.) DELPÉRÉE, Francis, sin embargo, hay innumerables estudios monográficos publicados.

¹⁴⁹ Hay opinión en la doctrina portuguesa, discrepando de que sea dado la misma interpretación entre los conceptos de “subsidiariedad” y “supletividad”, conforme puede verse en la tesis de MARTINS, MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O principio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Op. Cit. p.12-17.*

¹⁵⁰ Vide. VALLÉRIE, Michel. *La Subsidiarité. Op. Cit. p.613.*

¹⁵¹ Vide PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif. AAVV. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et al l’étranger. Op.cit. P. 1518.*

Según delimitado por Pontier en la ‘cuestión subsidiaria’ hay una idea de distinguir medios y órganos. Por lo tanto, la subsidiariedad implica un reparto entre dos categorías de atribuciones, de medios, de órganos, que se definen en un intercambio de unos con relación a otros.

En cuanto a la noción de subsidiariedad en el sentido ‘complementario’ está relacionada con la pluralidad de derechos que la organización estatal tiene que aplicar según una orden de ciertas exigencias y de reivindicaciones que ni siempre coinciden: de un lado, está el régimen público con todo lo aparato y cargos de las funciones de los poderes públicos; y del otro, las demás personas privadas que, en la democracia, se reconoce que pueden operar libremente en todas las áreas, respetadas aquellas condiciones legales que se impone con ciertas reservas.

Por ello, la subsidiariedad en este aspecto de elemento ‘complementario’ es aplicable a la dualidad del régimen jurídico, sin prejuzgar sobre cuál derecho es subsidiario del otro. En la teoría, cualquier estructura administrativa hay una complementariedad de ciertas estructuras sobre las demás. Asimismo, en una demanda, también se encuentra la idea de subsidiariedad en los argumentos, conclusiones y medios empleados, aplicables por el juez o tribunal.

En suma, para la doctrina francesa en cualquier estructura administrativa hay una ‘complementariedad’ de ciertas estructuras en relación con las demás. El análisis de la subsidiariedad consiste, por tanto, en trabajar con distintos niveles territoriales dentro de la misma estructura administrativa en la que se incluye una pluralidad de órganos, cuando algunos pueden ser llamado subsidiarios sobre otros¹⁵².

1.2. Norma subsidiaria.

La noción de subsidiariedad tuvo también una abstracción en el positivismo jurídico sirviendo de calificativo o definición en determinados contenidos de los diversos esquemas normativos, con importante aplicación en la teoría general del derecho, de

¹⁵² Ibidem, p. 1519.

modo que se traspasó al término ‘*norma subsidiaria*’ en materia de derecho procesal, penal¹⁵³, civil, etc. cuando no existiendo una norma específica para un supuesto en concreto, hacer posible la resolución del caso con la aplicación de otra norma dicha supletoria.

1.3. Cláusula subsidiaria.

En otra terminología, el derecho europeo, constitucional, administrativo, medio ambiental se refieren a una disposición legal de *cláusula subsidiaria*¹⁵⁴ el que se entiende cuando se relaciona los sujetos jurídicos en el ejercicio de las competencias de determinadas materias que no estén atribuidas a otras autoridades. Por lo tanto, este significado es lo más controvertido, en particular, cuando tratado en tema de la “autonomía nacional” en confronto con la “acción comunitaria”¹⁵⁵.

Sin embargo, como se ha afirmado hasta aquí, genéricamente el término subsidiariedad aparece en el Derecho derivado del adjetivo “subsidiario”, pero fue a través del pensador alemán Ketteler¹⁵⁶, uno de los defensores de la teoría social de la iglesia en el siglo XIX, donde se atribuye que por primera vez se utilizó la expresión “derecho subsidiario”, para decir que la ayuda suplementar del Estado debe ser un ‘derecho’ e igualmente un ‘deber’, al referir él al organismo estatal.

1.4. Concepto específico en el Derecho Europeo.

¹⁵³ Vide. JAKOBS, Günther. *¿Subsidiariedad de la punición pública?* En *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Cuello Contreras, J. y Serrano G. Murillo, J. L. 2ª ed. Madrid. Marcial Pons. 1997. p.61-61 ; HANS-HEINRICH, Jescheck ; WEIGEND, Thomas. *El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal* En :*Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción Olmedo Cardenete, Miguel. 5ª ed. Granada : Comares, p. 56-58 ; Véase también VAN DE KERCHOVE, Michel ; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *La subsidiariedad et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*. P. 153-160 ; VAN DE KERCHOVE, Michel ; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *La subsidiariedad et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*. p. 153-160; BEERNAERTS, Marie-Aude. *La subsidiariedad et le droit pénal*. p. 173-177, artículos publicados en AAVV. *Le principe de subsidiariedad*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op. Cit.*

¹⁵⁴ Vide. Carta Europea de Autonomía Local, de 15 octubre 1985, art. 4.2.

¹⁵⁵ Aquí se utilizando el término “acción comunitaria” originalmente del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea (UE).

¹⁵⁶ Vide. Kettlers, Schriften. *Les catholiques et le Reich*, II, p. 162. *Apud* MILLION-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. *Op. cit.* P. 130.

Como dicho anteriormente, en la opinión de muchos tratadistas, el concepto político de subsidiariedad fue incorporado al Derecho Europeo en dos acepciones¹⁵⁷:

i) Se refiere a noción del “reparto de competencia”¹⁵⁸ aportada del Estado Federal, una contribución del derecho germánico, centrada en acercar la Unión Europea de los ciudadanos europeos. En este aspecto, en concreto, es un mecanismo de adquisición de la confianza y participación de estos en la integración europea, más allá de garantizar las competencias de los Estados-miembros¹⁵⁹.

ii) La otra acepción, en el proceso de integración europea vincula la idea del *principio de subsidiariedad* como un *límite de actuación* entre las competencias de la Unión Europea y sus Estados miembros, priorizando a estos últimos la competencia para actuar más cerca de las cuestiones locales.

Por eso, la aparición, aunque incierta y poca aclarada, en el inicio, es una clave como *principio fundamental de la Unión Europea*¹⁶⁰ o *principio arquitectónico de un futuro orden federal en Europa*¹⁶¹. Fue largamente debatido en los más diversos aspectos e incluso interpretado por los Tribunales europeos¹⁶² hasta atingir la madurez de

¹⁵⁷ Vide a propósito WATHELET, Melchior. *La subsidiarité au sein de l'Union Européenne: le processus décisionnel*. En: AAVV. *L'Europe de Subsidiarité*. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.132-133.

¹⁵⁸ Cfr. GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe*. *Op.cit.* P. 318.

¹⁵⁹ Cfr. El Tratado de la Unión Europea e el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo.

¹⁶⁰ Véase l'expression «Un principio fundamental de l'organisation institutionnelle de la construction européenne.» In: GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité*. *Op.cit.* P. 321

¹⁶¹ Véase STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea*. *Op. cit.* P. 71. Este autor refiere la expresión empleada por KNEMEYER. *Subsidiarität-Föderalismus-Dezentralisation*. DVBL (1990), P.449. Apud STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea*. P. 71, nota de pie 6.

¹⁶² Respecto el control de aplicación y interpretación de los derechos fundamentales en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ver el estudio de CALLEWAERT, Johan. *La subsidiariedad dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle*. AAVV. *L'Europe de Subsidiarité*. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.13-61. Respecto la interpretación del principio de subsidiariedad por el Tribunal de las Comunidades europeas remetemos al trabajo de ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces/Universidad Carlos III. 2000. Vide también, HUICI SANCHO, Laura. *La interpretación del principio de subsidiariedad por el tribunal de justicia de las comunidades europeas*. AAVV. *La Incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas: seminarios*. (Dir.) OLESTI RAYO, Andreu. Barcelona : IEA/Generalitat. Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms (68). 2010. P. 58-91.

la construcción de un concepto jurídico propio, inscrito en ámbito del Derecho Europeo, objeto de nuevos planteamientos respecto las dimensiones *substancial y jurisdiccional*¹⁶³.

El concepto más comumente referido sobre subsidiariedad en el contexto del derecho europeo sostiene que las *decisiones deben tomarse a lo más apropiado nivel de gobierno y establece una presunción de que este nivel será el más bajo disponible*¹⁶⁴.

Esta primera noción imparte del Tratado de Maastricht.

Posteriormente, otra definición fue delimitada tras los cambios introducidos por el Tratado de Ámsterdam, a través del “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, anejo al Tratado, que según señalado se trata de “un mecanismo regulador del ejercicio de las competencias comunitarias”¹⁶⁵. Tiene una interpretación como un “instrumento neutro” orientado a *justificar y limitar la acción comunitaria* frente a competencias que no serían ejercidas por los propios Estados-miembros.

De una parte, este último concepto sufre críticas en la doctrina, por discrepar de qué no solo sería el “*telos*” del principio, sino que tal concepto presentaría unas claras “contradicciones con otras afirmaciones del propio protocolo”¹⁶⁶.

Así, p.ej., el autor Estella de Noriega hizo una neta delimitación de dos dimensiones en que se puede concebir el *principio de subsidiariedad* el cual llamó de “*definiciones que tratan de exponer algunos de los aspectos más relevantes de cada una de las caras del principio*”¹⁶⁷. Son ellas: *_ material y procedimental*:

¹⁶³ Véase a propósito VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques*. AAVV. *L'Europe de Subsidiarité*. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles : Bruylant. 2000. P. 254-265.

¹⁶⁴ Véase GOLUB, Jonathan. *Sovereignty and subsidiarity in EU Environmental Policy*. In: *Political Studies*. (XLIV). 1996. P. 687.

¹⁶⁵ Vide ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El dilema de Luxemburgo*. *Op.cit.* p.59.

¹⁶⁶ Las explicaciones de Estella Noriega señalan que: “esta conceptualización, además de tener poco sentido desde la perspectiva de las causas por las que el principio fue introducido en el ámbito comunitario y del propio *telos* del principio, contradice otras partes del propio protocolo en las que se resalta más claramente el aspecto negativo y por tanto limitador del principio, como por ejemplo el punto nº 5, en el que se reproduce casi de forma literal el texto del artículo 5 (2) en lo que se refiere a los tests de suficiencia y de valor añadido, tests al deber ser interpretados de forma coordinada, solo pueden entenderse en el sentido más limitativo en el que nosotros lo hemos hecho en una sección precedente de este estudio.” *Ibidem*, p. 59.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

i) subsidiariedad procedimental: trata de un proceso a través del cual se analiza el aspecto *sustancial* o *material* en la aplicación del principio, o sea, un procedimiento para corregir posible incumplimiento en la acción del Estado-miembro, o al revés para aclarar determinada acción de la Unión.

ii) material o substancial: es el propio contenido de aplicación del principio, serían las directrices que indican cómo y cuándo la Unión debe actuar (en qué momento o circunstancias, en qué materias legislativas, etc.).

También, se va incluir en ese contexto de aportación del *principio* incorporado en el seno del Derecho Europeo, el cambio de la concepción tradicional de verticalidad y horizontalidad, que se han enmarcados en dos nuevas dimensiones jurídicas contemporáneas con fuerte influencia del sistema constitucional de repartición de la competencia del Estado federal alemán. Es así, una nueva concepción de *subsidiariedad* construida, al socaire, del Tratado de Maastricht (1987), donde la interpretación en la doctrina pública europea señalaba de partida cómo algo impreciso¹⁶⁸ y difuso, un reto que poco a poco fuera se adecuando en la realidad del Derecho Comunitario aplicado a los Estados-miembro, afirmándose en una concepción del *transnacionalismo* al sistema nacional. Los ejes son: *subsidiariedad vertical*¹⁶⁹ y *subsidiariedad horizontal*.¹⁷⁰

iii) subsidiariedad vertical: heredera del federalismo alemán, el principio de subsidiariedad es subrayado, entre los autores alemanes, cómo un componente esencial de toda Constitución de estado federal que traduce una expresión de la *división vertical del poder en una comunidad construida en varios niveles*. Así, despliega su efecto en

¹⁶⁸ Sobre este abordaje véase el trabajo del profesor Alain Delcamp en tema del principio de subsidiariedad y descentralización. In: DELCAMP, Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif _ Principe de subsidiarité et décentralisation*. P. 610-615. También, confrontar el trabajo de GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe*. *Op. cit.* p.320-25

¹⁶⁹ Cfr.. VANDELLI, Luciano. *Droit Administratif et subsidiarité. Italie*. AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir. ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane). *Op. cit.* P 161-163.

¹⁷⁰ Cfr. STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Union Europea*. *Op. cit.* P. 71.

particular en la UE, cuando no sea posible la enumeración explícita y exhaustiva de las competencias de los distintos niveles estatales¹⁷¹.

Originariamente, esta concepción enuncia que las funciones o tareas a cargo de un *poder inferior* no pueden ser realizadas por otro poder o autoridad superior, mientras no agotadas la implementación de las tareas de suya competencia. Difiere, así este concepto de otro, en el sentido de *subsidiariedad horizontal*.

iv) subsidiariedad horizontal: esta forma comprende una delimitación de determinadas funciones las cuales una vez retiradas del ejercicio de los individuos son entregues al poder público para ejecución o a los grupos sociales no estatales. Éste enfoque fue mencionado en el Informe provisional de la Comisión institucional del Parlamento Europeo (conocido por “Informe de Giscard d’Estaing”) de 1990, subrayado por Stein en un estudio sobre el principio de la subsidiariedad en el marco del derecho europeo, publicado en 1995¹⁷².

El sentido de *horizontalidad* presente en diversos dispositivos de la orden jurídica de los Estados miembros de la UE, denota la dimensión social de las instituciones privadas (familia, asociaciones, cooperados y otros entes de la comunidad) proyectando una especie de redistribución de las tareas antes ejecutadas por el poder público. Es de fondo protagonizada por la teoría social cristiana que evoca la libertad del desarrollo de los ciudadanos (individuos) en asumir las funciones que les permitan conducir de *per se* los retos que les serán afrontados, y solo cuando no tiene capacidad de realizar, serán sustituidos por la comunidad o atribuidas al poder público.

Por último, otro matiz a subrayar será la relación que se pone de manifiesto del principio de subsidiariedad en tema de intervencionismo económico e social. A continuación, lo examinaremos.

¹⁷¹ Cfr. Schmidhuber, Peter/ Hitzler, Gerhard. *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Verfassung*, in: Ganger, Dieter - Jörg, Weigelt, Klaus, *Föderalismus in Deutschland und Europa*, Köln 1993. P. 70-9

¹⁷² Véase comentarios de STEIN, Torsten. *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea*. Op. Cit., p. 71 [nota de pie 9].

1.5. Principio de subsidiariedad en el intervencionismo económico y social del Estado.

Otras ideas, porque no decir más contemporáneas, señalaron un matiz no menos relevante del *principio de subsidiariedad dentro del intervencionismo económico e social del Estado*, proposiciones estas más destacadas en el Derecho Administrativo respecto a dos formas bien distintas de subsidiariedad, señalase _una *funcional* y otra la *territorial*¹⁷³:

i) funcional _ que es dicha también *económica*, en lo cual las relaciones entre los poderes públicos y los entes privados son discutibles en materia de límites de la intervención del Estado en la actividad del *mercado*.

ii) territorial_ésta centrada en la *organización territorial del Estado*¹⁷⁴, según el derecho interno, cuya la problemática del reparto de competencias entre los entes locales y el Estado fue objeto de amplia reflexión del derecho constitucional y administrativo, y después que fue introducido por el nuevo marco del Derecho Europeo.

En resumen, de los análisis antedichos, se halla entre los autores jurídicos opiniones muy distintas sobre la concepción de subsidiariedad por ser un neologismo jurídico¹⁷⁵ en que unos lo consideran *un concepto jurídico impreciso*¹⁷⁶, otros lo designan

¹⁷³ Véase los estudios de la XVII Journées Juridiques Jean Dabin, publicado en la obra completa sobre el tema en: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. p.249.

¹⁷⁴ Esta noción fue referida por varios juristas.

¹⁷⁵ Cfr. DELPÉRRE, Francis. *La subsidiarité*. Canadá: Horizons (36). 2000. P. 19.

¹⁷⁶ Cfr. D'Onorio en: « Mais ce thème peut aussi attirer car, depuis moins d'une décennie, le mot est apparu, dans l vocabulaire politique et, plus particulièrement, dans le débat européen sur l'avenir des institutions de la communauté des douze états (désormais quinze), sans qu'on sache trop pour autant *ce que la subsidiarité signifie au juste, ni ce à quoi elle engage précisément.*» Vide D'ONORIO, Jöel-Benoit. *La subsidiarité analyse d'un concept*. *Op. cit.* P.12.

un “calificativo”¹⁷⁷ o un “estándar”¹⁷⁸, dicho aún, un *principio rector* en la acepción de una teoría instrumentalizada¹⁷⁹.

Por último, se señala, que en los noventa, nuevas tendencias del tema de la subsidiariedad planteadas en el aspecto jurídico, fueron impartidas de los avances políticos de la organización estatal y de sus instituciones jurídicas, al menos en términos más generales, con referencia al análisis del derecho comparado e interdisciplinar. Se refería a la aplicación y estructuras de las instituciones jurídicas en aproximación al tema de la *descentralización administrativa*. Sin embargo, una dicotomía más evidenciada entre principio de subsidiariedad y descentralización¹⁸⁰ fue replanteada a partir del Derecho Administrativo Europeo, en vastísimo y controvertido contexto de opiniones, que será tratada más adelante.

¹⁷⁷ La opinión de J.M. Pontier refiere que: « La subsidiarité appartient-elle à cette catégorie, que l'on appelle les standards ? Si ces derniers sont « les concepts indéterminés, ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite, alors il ne gaut guère de doutes que la subsidiarité n'est pas un standard : elle ne renvoie pas, du moins directement à des valeurs, elle n'est pas un topique, bien au contraire : alors que les standards sont des évidences, ou d'apparentes évidences, la subsidiarité se caractérise par une certaine obscurité (...) par voie de conséquence, expriment une qualité, et c'est cette qualité qu'il convient d'analyser. ». Véase también, PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op. cit. P.1516.

¹⁷⁸ Cfr. Rials, S. *Le juge administratif français et la technique du standard*. LGDF, 1989, p. 47, Note 51 Apud PONTIER, J-M. *La subsidiarité en droit administratif*. Op. cit. P.1516.

¹⁷⁹ Vide GAUDEMET, Yves. *Libres propos sur la subsidiarité*. Op.cit. P. 316.

¹⁸⁰ Cfr. DELCAMP. Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation*. Op. Cit. P. 612-624.

Sección II

Subsidiariedad y las ramas del derecho público.

1. La aportación del principio de la Filosofía Social hacia el Derecho Público.

Un recorrido en la doctrina de la Ciencia Política, señala que en face de la Carta *Quadragesimo Anno*, del Papa Pío XI, en los años treinta, respecto a restauración del orden social y valoración del *principio de subsidiariedad*, en conformidad con la teología cristiana, principio este que fue duramente criticado en el periodo entre guerras, por el fascismo e ideologías políticas de los corporativismos. Por eso la subsidiariedad resurge modificada en un principio, ‘golpeado de indignidad’¹⁸¹. Asimismo, en los cincuenta, en Alemania el debate entorno de la cuestión jurídica fue intensificado en el derecho positivo.

Posteriormente, en las postrimerías del siglo XX, tres hechos destacables aportaron a una nueva valoración del principio de la subsidiariedad. Son ellos: i) la integración regional formadora de la Unión Europea¹⁸² como una entidad política propia; ii) la expresiva disminución del Estado Providencialista debido al empobrecimiento del sector público y la pérdida de los derechos de la ciudadanía; y iii) la disolución del Estado Soviético (URSS) en 1991 a partir de la caída del totalitarismo.¹⁸³

A pesar de que algunas de esas cuestiones, que suelen se matizar en la Ciencia Política, se suman de una gran relevancia a las nuevas reflexiones del Derecho Público y convirtiéndolo en un interrogante del Derecho Público contemporáneo¹⁸⁴, en tanto en cuanto

¹⁸¹ Tomandóse prestado la expresión de Millon-Delson. Una de las cuestiones planteadas en el estudio de MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité. Op. Cit.* P. 5, fue indagar: ¿Cual la mejor forma de conciliar y armonizar la exigencia legítima de la autonomía con la necesidades de autoridades, o de las autoridades políticas?

¹⁸² Una larga lista de tesis, artículo jurídicos y trabajos monográficos fueron publicados en ámbito de derecho europeo, desde la década de los noventa y los años siguientes, conforme se puede constatar de las obras referidas en este trabajo.

¹⁸³ Vide MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité. Op.cit.* p. 5.

¹⁸⁴ Vide el prólogo *Avant-propos* de DELPÉRÉE, Francis. *Le prince de la subsidiarité. Op. cit.* p. 9-12

porque abarcan cuestiones de los “límites de la competencia político-administrativa y de la distribución de potestades”, bien así, porque se reveló un instrumento de actuación de las organizaciones políticas entorno de la *función pública y de las responsabilidades*, a menudo en materia de los servicios públicos de las instituciones jurídicas.

Sin embargo, poco se conoce cuando la noción del principio de subsidiariedad, que tiene raíces en el federalismo alemán¹⁸⁵, pasó a ser empleado en el lenguaje del Derecho Constitucional (hicimos referencia al pensador alemán Ketteler en relación al pensamiento jurídico, pág. 87) y donde reposa aquí su más intrigante naturaleza, pues es considerado una antítesis a la idea de *soberanía*, dentro del proceso dialéctico de división del poder y sus límites¹⁸⁶.

Así, es probable que en la doctrina constitucionalista alemana se encuentre la primera aportación de la subsidiariedad, del mismo modo que se empleó por primera vez el término *Estado Federal*¹⁸⁷. Analizándose en obras del inicio del siglo XX unos autores clásicos del derecho público germánico y otros¹⁸⁸, no se ha encontrado referencia al

¹⁸⁵ Vide KLUTH, Winfried. *Republique Fédérale d’Allemagne*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. p.249. HIRSCH, Günther. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op. cit.* P.56

¹⁸⁶ Vide ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard; SCHMIDT-WIEGAND, Ruth. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG*. (Redaktion Dieter Werkmüller). *Op.cit.* . p. 70.

¹⁸⁷ Se pone de relieve los comentarios del autor constitucionalista español García Pelayo; “[...] Es, pues, en la literatura alemana donde surge la denominación Estado Federal con un contenido preciso y como contratase entre las Confederaciones y las nuevas formas de organización representadas, primero, por los Estados Unidos; más tarde, por Suiza (1848); después por Alemania del Norte y el II Reich (1867 y 1871). Pues como quiera que se estimaba en general que en estas organizaciones existía un nuevo sujeto jurídico-político independientemente de los Estados componentes afirmó la idea de que a ambas situaciones tenían que corresponder términos diferentes, y de aquí que se contrapusiese *Staatenbund* (Confederación, literalmente=Federación de Estados) a *Bundsstaat* (Estado Federal)”. García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza. 1999. p. 216.

¹⁸⁸ Vide obras relevantes en ediciones más actualizadas como GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. *Op.cit.*. MAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. (Dir.) MONEREO PÉREZ, José L. (Traducido por RUIZ DEL CASTILLO, Carlos). Granada: Comares. (45).2003; AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchatel: EIC. 1967; JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. 1ª ed.esp . México: FCE, 2000, p. 401-456. DÜGUIT. León. *Las transformaciones del derecho público*. Traducción Adolfo Posada y Ramon Jaen. 2.ª ed., Madrid: Francisco Beltran.1926; MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General*. Traducción: HEREDIA, Horacio H.; KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires: ed. De Palma. 1949; MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte especial*. Buenos Aires: ed. Arayú. (Tomo IV). 1954.

principio de la subsidiariedad en descripción explícito, excepto se por una limitación de esta investigación, tanto en cuanto relacionándole al tema del federalismo¹⁸⁹.

De otro modo, se refiere en la doctrina que la primera noción sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en el Estado alemán aparece de modo *implícito* en una Ley votada en 1922 en la República de Weimar¹⁹⁰, tratando de la ayuda del Estado en el incentivo al desarrollo de los jóvenes, y para tal fin el Estado podría intervenir, en último recurso, creando instituciones, promoviendo acciones donde la iniciativa privada demostrase que no satisfacía suficientemente. En el seno de la sociedad tal ayuda estatal encontraba un consenso, pues el objetivo sería garantizar la educación para todos los niños, una forma de seguridad más allá del agotamiento de los esfuerzos individuales, o para compensar las negligencias acaso ocurridas.

Sin embargo, durante el Tercero Reich la ley fue abrogada, y solo en 1953 fue otra vez introducido el debate del tema de la intervención del Estado en educación de los jóvenes, a través de otra Ley, cuyo informe hice referencia al objetivo del Estado en asegurar el *bien estar* de los jóvenes cuando las medidas de la iniciativa privada se revelasen ineficaces.

Este tema fue bastante vibrante porque introducía una importante cuestión cuanto al modelo del *Estado subsidiario* en confronto con el Estado Providencia predominante, e de otra parte, entre los partidarios políticos, según las opiniones favorables y en contra en determinar cuál sería el *modo de actuación* del Estado mínimo, unos decían que éste habría que intervenir dentro de *determinados límites*, tales cómo, en tema de la educación para no se convertir en un *riesgo para la 'tutela ideológica'*, indo más allá de la capacidad que tiene el Estado de actuar para el desarrollo de los individuos¹⁹¹. Otras opiniones decían, que en otras áreas de la vida social donde había la intervención del Estado para garantizar los servicios de la salud, de la asistencia social etc., se demandaba una actuación más neutra.

¹⁸⁹ Vide. HIRSCH, Günther. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. En : AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRIÉ, Francis. *Op. cit.* P.56.

¹⁹⁰ MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité*. *Op.cit.* p.214

¹⁹¹ En los años 50, Alemania vivía un cambio de organización política, después de la separación y en la RFA se iniciaba una recuperación institucional, política-administrativa, económica y social.

Por fin, aún se señala que desde que introducido por el vocablo “gegebenenfalls” transcrito en el informe de la Ley alemán de 1953 (idea que en idioma castellano expresa una condición “en caso necesario”¹⁹²), la cuestión jurídica fue puesta de relieve en el debate público sobre la *validad de la concepción jurídica de subsidiariedad* en el derecho positivo, y también, en especial, sobre el *problema jurídico de su aplicación*, el que se consideró un paradojo a ser resuelto entre “*el deber de intervenir y el deber de no intervenir*”.¹⁹³

2. Categorías jurídicas da la subsidiariedad y aplicaciones.

En los años noventa fueron notables los avances sobre el tema de la subsidiariedad en las ramas de las ciencias jurídicas, y hoy se destaca una profunda y diversificada doctrina jurídica del tema.

Revisando la literatura científica encuentran se algunas *categorías jurídicas* a respecto. Particularmente, la clasificación propuesta por F. Delpérée ¹⁹⁴ divide la subsidiariedad en tres perspectivas generales, siendo la espacial, material y otra relativa a la forma o procedimiento: *subsidiariedad territorial, funcional y procesal*. Esta tipología fue también aclarada por la doctrina belga, pero resaltada con otra nomenclatura, y está basada en los supuestos del *contenido*, muy adecuada al propósito de delimitación del campo de acción de este principio.

No obstante, hay otras categorías más específicas señaladas por otros teóricos, que también se suman de gran interés debido a las aportaciones que confieren al

¹⁹² Consultado el vocablo en el *diccionario Bab.la on line* en 24/07/2013 en la página web: < <http://es.bab.la/diccionario/aleman-espanol/gegebenenfalls>>

¹⁹³ Véase en el texto original: “Etant donné que le principe révèle un paradoxe _ entre le devoir de non-ingérence et le devoir d’ingérence _, son interprétation ne donnera-t-elle pas toujours lieu à querelles, qu’il sont ou non traduit juridiquement ? Le débat sur le mot *gegebenenfalls* signifiait aussi la nécessité d’exprimer clairement l’idée subsidiaire. Ces dernières années, la plupart des théoriciens du principe posent la question juridique. » MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiariedad*. *Op.cit.* p.213.

¹⁹⁴ Confrontar en el texto original sobre las definiciones y ejemplos referidos por autor en DELPÉRÉE, Francis. *Le principe de la subsidiariedad*. *Op. cit.* p. 11-12.

entendimiento de este principio, y las tomamos en consideración para el objetivo de fundamentar nuestra posición al final.

Así, cítanse las clasificaciones que compilamos en esta investigación con referencia en la doctrina francesa por Joël B. d'Onorio¹⁹⁵, Michel Valérie¹⁹⁶; en la doctrina belga delimitada por Marc Verdussen¹⁹⁷ y Elisabeth Willemart, Melchior Wathelet¹⁹⁸, Michel L. Struys y Leo Flynn¹⁹⁹; y en la doctrina española la clasificación propuesta por Estella de Noriega²⁰⁰. Hicimos una compilación y las comentaremos en una síntesis, a continuación:

Así, la primera categoría general, pusimos la definida por Delpérée en que hay tres especies de subsidiariedad²⁰¹:

- i) Subsidiariedad territorial: refiere al supuesto en que una autoridad administrativa o político puede actuar a través de una providencia o medida de segunda orden con respecto a otra autoridad pública, a condición de que sus capacidades son territorialmente más grandes que las de la autoridad, que incumple sus obligaciones. Cuando las autoridades locales no son capaces de controlar los 'desórdenes' que habían aparecido en el territorio comunal, la autoridad jerárquicamente superior tiene responsabilidades subsidiarias para intervenir (potestades de policía).
- ii) Subsidiariedad funcional: la autoridad del nivel más elevado no interviene en competencias administrativas o de gestión que, por vía de regla, deben ser ejecutadas o implementadas por la autoridad o persona privado del nivel más cercano, sino que la deficiencia de ellos ha sido comprobada respecto a esta autoridad pública o de persona privada. El autor destaca la hipótesis en la cual el Estado o región tiene competencia subsidiaria en materia económica y parece que las iniciativas privadas o de la autoridad local en este ámbito no

¹⁹⁵ Vide D'ONORIO, Joël-Benoît. *La Subsidiarité analyse d'un concept. Op. Cit.* P. 27.

¹⁹⁶ Vide VALÉRIE, Michel. *La subsidiarité. Op. Cit.* P. 613.

¹⁹⁷ Vide VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques. AAVV. L'Europe de Subsidiarité.* Op.cit.. P. 254-265.

¹⁹⁸ Vide WATHELET, Melchior. *La subsidiarité au sein de l'Union Européenne: le processus décisionnel. Op. cit.,* P.131-199

¹⁹⁹ Vide STRUYS, Michel L. et FLYNN, Leo. *La subsidiarité au sein de l'Union Européenne: la dimension juridictionnelle.* En: AAVV. *L'Europe de Subsidiarité.* (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.202-250.

²⁰⁰ Vide ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El Dilema de Luxemburgo. Op.cit.* P.38.

²⁰¹ Vide DELPÉRÉE, Francis. *Le principe de la subsidiarité. Op. cit. p. 11-12*

son suficientes o no permiten alcanzar los objetivos políticos definidos de antemano.

iii) Subsidiariedad procesal: es toda acción propia de una autoridad estatal que solo debe intervenir con respecto a otra autoridad pública, si resulta que está ha fallado en la potestad sancionadora, o que aquella que lo es superior ofrece más garantías para acceder con el pedido al ciudadano (demandante). Por ej., es el supuesto típico que ocurre en la Asamblea General del Consejo de Estado que deberá, en los casos de uso indebido de las responsabilidades de competencias, se asume que, si la Cámara (o Sala) no podía dar satisfacción al demandante mediante el examen del abuso de poder, tal medida o recurso adoptado será consentida mediante la intervención subsidiaria.

Vale resaltar que en la teoría institucional del derecho europeo hay autores que hacen una diferenciación meramente entre la dualidad de subsidiariedad *territorial* y *funcional*²⁰² (que ya referimos antes), porque la primera categoría imparte de la idea de que existe un reglamento entre los poderes supranacional, central, regional, local conforme se esté tratando de un bloque político (UE) o de un Estado federal; en cuanto a la segunda categoría, esta valora la relación entre “poder y libertad”, tratando de la injerencia del Estado frente a las tareas acometidas a los ciudadanos y al cuerpo social.

Otra clasificación de relieve, fue propuesta por el autor Joël Benoît d’Onorio el cual refiere que en la teoría del derecho público distinguiese dos sentidos de la subsidiariedad, según el *grado de actuación* de la potestad, en:

iv) Subsidiariedad ascendente o positiva. En este aspecto la potestad jerárquicamente superior interviene en sustitución de la autoridad inferior cuando esta no dispone de condiciones para actuar por no tener competencia o faltar le las condiciones necesarias. Por lo tanto, es dicha “positiva” porque es la autoridad superior quien asume la función.

v) Subsidiariedad descendente o negativa. Al revés, la función subsidiaria es dicha “negativa” en el sentido que ella contiene una limitación de la intervención de la autoridad superior, que, de regla, no se le permite actuar cuando otro ente local lo debe hacer. En este aspecto el poder superior transfiere las atribuciones necesarias a los poderes de grado inferior, ocurre

²⁰² Véase VALÉRIE, Michel. *La subsidiarité. Op. Cit.* P. 613.

así que en esta hipótesis la potestad es ejercida por las autoridades inferiores o subordinadas.

Sin embargo, el autor advierte que el empleo del término “*poder*” ora calificado en los niveles *superior*, *inferior* (o de *subordinación*) es propio del orden institucionalizado del Estado, por tanto, se refiere a las unidades político-administrativas tales como: región autonómica, provincia, municipios, alcaldías²⁰³ etc., organizadas según una sujeción jerarquizada con funciones y responsabilidades dirigidas al bien común. Al revés, cuando se trata de los entes sociales: tal cual la familia u otras colectividades locales no se puede igualmente dimensionar en categoría relacional.

De otra parte, según puntualiza la doctrina belga la “*subsidiariedad es un instrumento de articulación de órdenes jurídicas*”²⁰⁴:

Primer, existe un “orden jurídica comunitaria”, constantemente reafirmada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo²⁰⁵;

Segundo, está el “Consejo de Europa que constituye una orden jurídica propia de las libertades públicas”;

Tercer, es el orden jurídico exclusivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (adelante TEDH) cómo el legítimo intérprete del Convenio Europeo de los derechos humanos (adelante CEDH) y juez supremo de las normas convencionales y de las prácticas internas.

²⁰³ En el Estado francés refiere el autor a la estructuras internas: la commune, le département, la région.

²⁰⁴ Vide. VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d’articulation des ordres juridiques*. AAVV. L’Europe de Subsidiarité. *Op.cit.*. p.252.

²⁰⁵ Vide. VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Ibidem*. p.252: “Assurément, il existe un ordre juridique communautaire, ce que la Cour de justice de Luxembourg rappelle régulièrement: la Communauté européenne: “constitue un nouvel ordre juridique de droit international”. La Cour elle-même a d’ailleurs “joué un rôle moteur dans la construction d’un ordre juridique communautaire autonome”. Il nous paraît que le Conseil de l’Europe est, lui aussi, porteur d’un ordre juridique particulier. Un “ordre européenne des libertés publiques” selon l’expression de Gérard Cohen-Jonathan.[...] La Cour Européene des droits de l’homme est un élément déterminant de la reconnaissance de cet ordre spécifique, puisqu’il lui revient d’être “l’interprète authentique de la Convention” et “le juge ultimo de la conventionnalité des normes et pratiques internes”.

Por último, añádiese que a estos tres sistemas normativos de la comunidad europea coexisten los ordenamientos internos de los Estados miembros, formando un *pluralismo de “informes de los sistemas”*²⁰⁶.

Estos sistemas informados proceden de dos lógicas distintas: uno de la integración, y otro de la armonización, donde cada uno de ellos se mueve en una *autonomía relativa y funcional*²⁰⁷. Por ello, la doctrina belga divide esta articulación de la subsidiariedad en dos niveles, a saber: el vertical y el horizontal. Estas ya fueron comentadas en el apartado 1.4., pero las explicaremos en otro sesgo, con más detalle:

vi) subsidiariedad vertical: en el nivel vertical la subsidiariedad es aplicada entre las relaciones de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Miembros y cada uno de los ordenamientos jurídicos europeos (p.ej., Consejo de Europa, Tribunal de Luxembourg y TEDH).

Las cuestiones deben ser consideradas en dos niveles, que corresponden a las dos principales aplicaciones de la subsidiariedad en el continente europeo. En efecto, la subsidiariedad es aplicable en las relaciones que envuelven los sistemas jurídicos nacionales, por un lado, y cada uno de los ordenamientos jurídicos europeos, por otra parte. Por lo tanto, la articulación vertical entre los sistemas legales ayuda a asegurar cuales son los supuestos cometidos a cada uno, por tanto, se subdividen en *sustancial* y *jurisdiccional*.

a) Sustancial o material: se dice también de *subsidiariedad real o normativa*, cuando está prevista sobre el contenido normativo de los sistemas jurídicos²⁰⁸. Uno de los modos de aplicación de la subsidiariedad sustancial descansa en la Convención Europea de los derechos humanos que orienta una función de complementar e incluso de corregir las normas de derechos fundamentales de los sistemas constitucionales nacionales.

Sin embargo, la lógica de la subsidiariedad, según la doctrina, sostiene que los derechos fundamentales reconocidos por cada sistema interno del

²⁰⁶ La expresión “rapports de systèmes” referida por François Rigaux, profesor emérito de la Universidad de Louvain en la obra *La Loi des juges*. P. 19. *Apud.* VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d’articulation des ordres juridiques*. *Op.cit.*, p.253 [nota de pie 9].

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 253

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 254.

ordenamiento jurídico de los Estados miembros deben ser invocados con prioridad, ante los derechos convencionales, aún que ambos presenten lo mismo contenido²⁰⁹. Por eso, los derechos del Tratado representan un estándar mínimo en una función de “complementariedad”, que cada Estado, dentro de su margen de apreciación, puede considerar y enriquecer su catálogo de los derechos fundamentales con las normas del Convenio.

Así, los Estados ejercen una autonomía discrecional *relativa* porque deben primero «someterse a una decisión constituyente»²¹⁰ del caso reclamado, teniendo en cuenta los aspectos locales, según el *principio de subsidiariedad* que permite que las decisiones sean tomadas más próximas de los ciudadanos. Pero, si se trata de un hecho que fue reclamado ante el TEDH, la sentencia llevada a cabo en contra el Estado reclamado, corresponderá a este elegir los medios para implementar la ejecución por el mismo de la sentencia. En suma, la actividad subsidiaria del TEDH en la apreciación e interpretación de las normas para asegurar los derechos que fueron reclamados, por la vía jurisdiccional, produce efecto cuando somete las sentencias aplicadas en contra los Estados que pueden modificar su legislación o implementar formas efectivas de los derechos reclamados.

En consecuencia, algunos autores señalan que en la subsidiariedad sustancial se incluye también los límites de la *subsidiariedad jurisdiccional*²¹¹ de que será tratada adelante.

Por fin, antes de pasar a la otra categoría (*jurisdiccional*), otro punto importante se revela sobre la subsidiariedad sustancial (o normativa) de que trata el autor Melchior Wathelet²¹² sobre la actividad normativa de las instituciones de la Unión Europea que se distingue en *normas primarias* y *derivadas*, siendo que las primeras son las que delimitan las competencias comunitarias y las últimas, corresponden a implementación de las atribuciones comunitarias.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 255.

²¹⁰ Vide. LUCIANI, M. *Supra constitutionnalité et droit européen*. P. 368. *Apud* VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Ibidem*, p. 255.

²¹¹ Citan se CALLEWAERT, J. *Quel avenir pour la marge d'appréciation?* *Apud* Verdussen y Willemart. *Ibidem*, p.257.

²¹² WATHELET, Melchior. *La subsidiarité au sein de l'Union Européenne: le processus décisionnel*. *Op. cit.*, P.131-199.

De ese modo, el autor explica que la subsidiariedad no representa el mismo sentido en esos dos supuestos, la hizo matizar en dos significados distintos:

_ normas *primarias*, en cuanto se trata de las normas que la subsidiariedad orienta un valor de carácter explicativo, que permite aclarar y justificar el significado de tales atribuciones, es un mero “factor de inteligibilidad”, pues aquí no representa un principio operacional. De otra suerte;

_ normas *derivadas*, en cuanto se trata de las normas que son propiamente la aplicación de las competencias comunitarias, en que la subsidiariedad tiene un valor reglamentario. Las *normas derivadas* (derecho derivado²¹³) son normas de derecho positivo, que organizan el ejercicio de la competencia de la Comunidad _ las que competen_ en la determinación de las condiciones para desencadenar acciones sobre la base de esas habilidades.²¹⁴

b) Jurisdiccional: en el marco del derecho europeo la subsidiariedad jurisdiccional aparece relacionada con las garantías judiciales y procesales de las órdenes jurídicas comunitarias²¹⁵. Así, en el Convenio Europeo de los derechos humanos esta noción se revela en una triple envergadura cuando refiere a la *protección de los derechos*, a la *sanción de su violación* o la *reparación* de los daños que resultan en la “arquitectura del juicio contencioso”²¹⁶

En otro aspecto, se dice también que es la *subsidiariedad decisional*²¹⁷ relativa a las funciones que el juez nacional y el juez internacional ejercen con todas sus potencialidades. En efecto, normas procesales importantes se han establecido en este sentido, ya que los tribunales nacionales son los primeros que deben actuar en la tutela de los derechos fundamentales, con anterioridad a la intervención de los tribunales europeos, dichas normas son, por tanto, una especie de “filtro” anterior e posterior a la aplicación de las medidas en ámbito de los Estados por los juicios nacionales. A estos, a la vez, afirma el autor Renucci que:

²¹³ Se resalta, p.ej., que la Directiva marco del agua, es una norma derivada del Tratado (norma primaria).

²¹⁴ Vide. VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Ibidem*, p. 257-58.

²¹⁵ Vide. VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Op.cit.*, p. 261.

²¹⁶ Refieren aquí los autores Verdussen et Willemart al término usado por Labayle en el texto *Droit fondamentaux et droit européen*, AJDA. P. 87. *Apud* VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Op.cit.*, p. 261. [Nota de pie 33].

²¹⁷ Vide también STRUYS, Michel L. et FLYNN, Leo. *La subsidiariedad au sein de l'Union Européenne: la dimension juridictionnelle*. En: AAVV. *L'Europe de Subsidiarité*. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.202-250.

“particularmente las autoridades judiciales, a las cuales es confiado en primero lugar la tarea de aplicar el Convenio _ deben verse ofrecer la posibilidad de poner fin a la violación que les es reclamada, o si la violación ya fue consumada, de repararla; al revés, ellos deben garantizar a la víctima de una violación los recursos suficientemente accesibles, y propio a remediar la queja de violación del Convenio”²¹⁸.

vii) Subsidiariedad horizontal. De otra parte, cuando la articulación es horizontal significa que la subsidiariedad es aplicada entre dos sistemas jurídicos europeos que no son ni subordinados entre sí, ni las relaciones institucionales entre los mismos son jerárquicamente sometidas a una superposición de norma, tal cual ocurre con el Tratado de la Unión Europea (adelante TUE) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En ese caso, puede existir una concurrencia de competencias entre los dos sistemas jurídicos, por eso, a veces, un hecho o situación de hechos análogos puede llevar a una cuestión de competencia de uno u otro organismo europeo, es decir esté prevista tanto en una norma del CEDH como en otra del TUE.

Otra forma de competencia concurrente, señalada por la doctrina, que puede también ocurrir cuando una determinada materia de un determinado conflicto de intereses que se presenta, p. ej., en un Estado-miembro relativo a ciudadanos u organismos internos e instituciones que estén en conflicto internamente o con otro Estado-miembro, los distintos tribunales pueden dar interpretaciones distintas sobre el caso, no existiendo una relación de coordinación entre TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²¹⁹.

Por último, encuentra se la clasificación delimitada por Antonio Noriega²²⁰ basada en el *Protocolo sobre la subsidiariedad* del Derecho Europeo²²¹, que se divide en dos categorías:

²¹⁸ RENUCCI. *Droit européen des droits de l'homme*. Paris: LGDJ. 1999. P. 430. Apud VERDUSSEN, Marc et WILLEMART, Elisabeth. *Op.cit.*, p. 262.

²¹⁹ Vide a ese respecto los comentarios de Verdussen y Willemart. *Ibidem*, p.266-7.

²²⁰ Vide. ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El Dilema de Luxemburgo*. *Op.cit.* P.38.

²²¹ Vide. Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Diario Oficial de la Unión Europea-ES de 30.3.2010 (C 83/1) [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0001.01.SPA#C_2010083ES.01020101>. [Consulta: 30 de junio de 2010].

viii) subsidiariedad material: resumidamente, constituye un conjunto de criterios *substantivos* que son puestos por el legislador comunitario a las instituciones comunitarias con competencia decisional para que puedan dar repuestas sobre la integración del principio de subsidiariedad (vid. el Protocolo, punto nº 5). Son, por lo tanto, las directrices apuntadas en el Protocolo delineando entre el ejercicio de la actuación comunitaria y a de los estados-miembros.²²²

ix) subsidiariedad procedimental: son las condiciones de carácter procedimental que las instituciones comunitarias deben respetar para que se entienda que se está realizando una actuación conforme al principio. Es el proceso que se formaliza con vistas a dar una decisión justificando la necesidad de la actuación de la Unión de forma pública y transparente.²²³

²²² Vide. J. GOLUB. *Sovereignty and subsidiarity in UE Environmental policy*. Apud. ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *El Dilema de Luxemburgo*. Op.cit. P.61-62.

²²³ Ibidem, p. 60

Sección III

Los avances de instrumentación del principio de subsidiariedad.

1. Entre principio y función.

En los capítulos siguientes se repasarán algunos puntos más relevantes de la Subsidiariedad y las ramas de derecho público que repercutirán a los presupuestos teóricos del objeto de la investigación.

Obsérvese que la tarea de dimensionar la subsidiariedad en el derecho público no resultó fácil, lo que se hizo en el primero capítulo fue buscar una primera aproximación, verificando los motivos y se indagando porqué había una cierta imprecisión del término, o, porqué hasta pocas décadas inexistía una previsión normativa explícita del principio en los sistemas constitucionales, incluso del Estado federal; o simplemente porque aparecer cómo principio en la estructura organizativa de la Unión Europea no tenía una formulación jurídica concreta de sus funciones más específicas²²⁴.

No obstante, entre los publicistas contemporáneos, encontramos diversos estudios sobre *la subsidiariedad* con innúmeras definiciones²²⁵, particularmente relacionándola a una idea de *principio* en el tema del *federalismo*, cómo un elemento delimitador *de la repartición de competencias* y de una aproximación con la descentralización administrativa²²⁶.

²²⁴ DELCAMP, Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation. Op.cit.* p.612.

²²⁵ Véase H. Kalkbrenner en *Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzip*. P. 518 Apud en MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité. Op.cit.* P. 194 [nota de pie 1].

²²⁶ A ejemplo dentre otros MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiarité. Op.cit.* p.38-43; DELCAMP, Alain. *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation. Op.cit.* p.611-623 ; DRAGO, Guillaume. *Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel*. AAVV. RIDC (2).1994. P. 583-591 ; LEMOYNE de FORGES, Doyen Jean-Michel. *La subsidiarité dans le fonctionnement de l'État*. En: AAVV. ACTES DU XII COLLOQUE NATIONAL DE LA CONFÉDÉRATION DES JURISTES CATHOLIQUES DE FRANCE. *La subsidiarité. De la théorie à la pratique. Op.cit.* P. 61-79.

De otra parte, es también definido como un *principio formal del orden, de organización de una base estructural de la sociedad estratificada* que permite a los individuos el desarrollo de sus propias actividades valorando la libertad y dignidad de la persona y de los grupos por una auto-determinación. Presenta así, un contenido de la atribución de competencia vinculado con el ideal del Derecho Natural.²²⁷

En el Derecho Constitucional este principio abarca la repartición de competencias del Estado Federal por excelencia, en el sistema político de división de los poderes en dos realidades del derecho de regulación y del derecho de organización²²⁸. Primero en el marco del Derecho Constitucional alemán y suizo, empieza con la noción más amplia de *subsidiariedad* relativa a la actuación económica y social del Estado²²⁹.

Más allá de ser un principio constitucional, será en la vertiente del Derecho Administrativo que la subsidiariedad ejerce una fuerte influencia porque se instrumentaliza cómo ejercicio de una ‘función o técnica’ aplicada en ámbito de relaciones administrativas entre los entes (verticalmente) o entre la sociedad en relación al Estado (horizontalidad).

Aparece, por tanto, cómo un instrumento o criterio de discernimiento de decisión entre normas administrativas que serán aplicadas por ente local y ente estatal, o de tareas a ser ejecutadas, delante de los hechos jurídicos que pone de relieve la colisión del interés entre las partes, o de potestades regulatorias, recordándose aquí que el tema de las *relaciones interadministrativas*²³⁰ entre Administración Central y Local.

²²⁷ MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiariedad*. *Op.cit.* P. 194

²²⁸ Véase respecto al tema el abordaje la constitutionnalisation de la subsidiarité. En : Guademet, Y. *Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe*. *Op.cit.* p. 316-320.

²²⁹ LEMOYNE de FORGES, Doyen Jean-Michel. *La subsidiarité dans le fonctionnement de l'État*. En: AAVV. ACTES DU XII COLLOQUE NATIONAL DE LA CONFÉDÉRATION DES JURISTES CATHOLIQUES DE FRANCE. *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*. *Op.cit.* P. 61-79.

²³⁰ Recordáse en este aspecto el estudio de las “Relaciones interadministrativas” del catedrático Rafael Entrena Cuesta. En: ENTRENA CUESTA, Rafael. *Las relaciones interadministrativas*. Autonomies: RCDP. nº 5. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya/Institut d'Estudis Autònoms, 1986. Págs. 71-80.

Hace muchas décadas, en tema de la descentralización administrativa ya se aclaraba entre las formas de *subordinación, coordinación, cooperación y colisión*²³¹, que fue objeto de importantes consideraciones de la doctrina administrativista española clásica, observándose que evidentemente, no se hizo cualquier referencia directa al principio de subsidiariedad entre los principios constitucionales o cómo función administrativa, hasta porque no era previsible en la sistemática legislativa del Estado Unitario, y ni específica del Estado Autnómico (la Constitución española de 1978, Ley 7/1985, de 2 de abril _Ley de bases del régimen local).

No obstante, el estudio de la subsidiariedad, hoy en día, en el marco de la ordenación territorial, en especial, de la Ley de Aguas²³² se convierte en clave de interpretación en la toma de decisiones, a partir de las interconexiones con el Derecho Administrativo, del Derecho Europeo dentro de un criterio de ‘transnacional’ o ‘de corrección de desequilibrios del mercado’, o en otros sistemas del federalismo con nueva configuración de autonomía entre los entes²³³.

1.1. Subsidiariedad y principio de información.

En aras de una elaboración más concreta de las nuevas formas de interpretación del principio de la subsidiariedad y de aplicación por el Derecho Administrativo nacional²³⁴, se planteó que la subsidiariedad tiene una función de *información a una buena descentralización administrativa, cómo principio de interpretación y principio de información administrativa es una directriz*²³⁵.

²³¹ Categorías jurídicas propuestas por Entrena Cuesta. Cfr. *Las relaciones interadministrativas. Op. cit.*. Págs. 71-80.

²³² Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. <en línea> <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-14276-consolidado.pdf>> [Consultada en 20 ene 2014]

²³³ Véase MELLADO RUIZ, Lorenzo. *Aguas y ordenación el el contexto de la reforma estatutaria*. Granada: Comares. 2010.

²³⁴ Véase PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif. Op. cit.* P. 1515-1537 ; AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert ; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000

²³⁵ Cfr. VALÉRIE, Michel. *La Subsidiarité*. En: AAVV. *L’Influence du droit européen sur les catégories du Droit Public. Op.cit.* p.614-613.

Por eso, se puede añadir que un complejo esquema de normas de competencias local, regional, nacional y transnacional, por ej., en tema del agua son regidos directamente por la subsidiariedad y reflejan en el contenido de las relaciones jurídico-administrativas sobrepuestas, aspectos esos que se proyecta en materia del derecho de aguas y de dirección de la política europea de integración de los recursos hídricos.

En un supuesto en concreto, se menciona el derecho de los destinatarios (usuarios) que sean *informados* de los datos en materia del agua, consonante prevé el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas²³⁶:

“Artículo 15. Derecho a la información.

Todas las personas físicas o jurídicas tienen derecho a acceder a la información en materia de aguas en los términos previstos en la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho a la información en materia de medio ambiente y, en particular, a la información sobre vertidos y calidad de las aguas”.

Observase aún, conforme ya fue enfatizado otras veces, que una gran aportación del principio de subsidiariedad adviene del Derecho Europeo²³⁷, en el seno de la Comunidad europea a partir de informes sobre las competencias nacionales y comunitarias, los cuáles culminaron en una primera disposición del principio expresamente en el texto del Tratado de Maastricht (art. 3 B).

1.2. Función de subsidiariedad aplicada al derecho del medio ambiente.

En esa perspectiva, se señala que un nuevo derecho del medio ambiente fue evolucionando proclive al principio de subsidiariedad de tal modo que se suele añadir en esta temática, de estudios más actuales, referencias relevantes relacionándole a los

²³⁶ Véase URL <en línea> <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-14276-consolidado.pdf>> [Consultada en 20 ene 2014].

²³⁷ CONSTANTINESCO, Vlad. *Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union Européenne ?* En : AAVV. *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*. Paris: Dalloz, 1991. p. 35-45 ;

esquemas administrativos, distinguiéndose, cómo ya afirmado antes, en *subsidiariedad funcional* e *institucional*²³⁸, rasgos del derecho ambiental transversal.

La *subsidiariedad funcional*, concretamente en materia de medio ambiente pone de relieve dos pilares en la regulación medio ambiental que son relativos a prevención de los daños y la reparación o recuperación del daño²³⁹.

En otro matiz, la *subsidiariedad institucional* se reporta a las disposiciones clásicas de las competencias repartidas, prevista en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (con las modificaciones refundidas del texto del Tratado de Lisboa)²⁴⁰

Por fin, señalase que ahora no se abordará las ramas del derecho procesal y penal, los cuáles a pesar de que sean ramas del derecho público, no reportan un particular interés a este estudio, sino cuando se tratar de un supuesto respecto al tema. La cuestión de subsidiariedad se centrará más específicamente aplicada en el derecho de agua, donde

²³⁸ BRUNET, Andrée. *La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité*. Paris: Gazette du Palais. 12 juin 2004. n° 164, P. 6-.

²³⁹ Vide. BRUNET, Andrée. *La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité*. En: AAVV. Gazette du Palais (164) Paris: Lextension editions. 2004. [en línea] <<http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=GP20040612002>>[Consultado: 30 septiembre 2011]; PÁQUES, Michel. *Le principe de subsidiarité. La police administrative générale et la police de l'aménagement du territoire et de l'environnement*. En: AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op. Cit.*. P. 223-233; NEURAY, Jean-François. *Le principe de subsidiarité en droit européen de l'environnement : auberge espagnole ou boîte de pandore ?* AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op. Cit.* P. 235-240; BORN, Charles-Hubert. *Subsidiarité, efficacité et conservation de la biodiversité l'exemple de la politique agricole commune (PAC)*. AAVV. *Le principe de subsidiarité*. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. *Op. Cit.* P.241-250.

²⁴⁰ Véase “Artículo 5. 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”. En URL <en línea> <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_es.htm> [Consultada en 20-01-2014].

se lo ha insertado cómo un instrumento jurídico muy complejo desde el punto de vista de la hermenéutica administrativa y medio ambiental.

Un recorrido del principio de subsidiariedad presenta importante función en otras ramas del derecho, estableciendo fines distintos de aplicación en algunas de estas materias: derecho privado, procesal, penal, derecho del medio-ambiente, derecho fiscal, de derechos fundamentales y o en la intervención de la actividad económica etc., que también se prescinde detallar, en los concretos objetivos de esta investigación.

Por último, se añade que volverá al tema de función y principio de subsidiariedad en el Capítulo IV, sección IV.

1.3. Subsidiariedad: un elemento pluridimensional.

Sin embargo, estas formas de interpretación revisadas arriba y de las categorías descritas en el apartado 2, Sección II fueron planteadas en la centralidad del derecho europeo, y otra parte del Estado Federal, pero se observa que todas ellas sirven para destacar algunas características típicas de la subsidiariedad que no se adecuan solo al contexto de la organización jurídica de la Unión Europea, bajo diferentes encuadres, sino a un contexto más amplio de la ciencia del Derecho.

Por supuesto, algunos de estos conceptos presentan calificativos propios identificando cómo *dimensiones* de las estructuras europeas, tal cual fue la propuesta de la doctrina belga respecto la *articulación de órdenes jurídicas*.

Además, las otras categorías de subsidiariedad analizadas en el sentido vertical u horizontal, o de las perspectivas de espacio, alcance y contenido, *cada* uno de ellos derivaron de reflexiones criteriosamente establecidas por un abanico de juristas en torno del tema.

Ahora bien, ponemos de relieve sobre estos varios rasgos de *sentidos o formas de articulaciones del objeto subsidiariedad*, y de otros elementos que aún serán analizados respecto al enclave jurídico en esta tesis, en el derecho administrativo, y de

manera singular con el derecho de agua, que ponderamos provisoriamente afirmar que el objeto de la subsidiariedad es un fenómeno jurídico *pluridimensional*.

Veamos algunos argumentos que se despliega de esta tesis basada al que llamaremos de *elementos para una teoría general de la subsidiariedad*, ya que son pocos los criterios que se va utilizar aquí, razón porque no será una teoría jurídica de subsidiariedad en su verdadero sentido académico, sino una contribución centrada al Derecho Administrativo, más específicamente del Derecho de Agua y de la gestión del agua.

En efecto, la investigación no se propone a resolver esa problemática en la centralidad de una teoría general del derecho, por ello, conviene aclarar aún que solo puntualizaremos algunas de esas posiciones.

Si el Derecho es un sistema construido de proposiciones, que se ratifican o cambian en el tiempo y espacio, variando de una cultura a otra, durante largo tiempo la noción de subsidiariedad quedó reservada al dogma de ‘complementariedad’ o de algo ‘supletorio’. Un poco más allá, fue comprendida en una relación de repartición de competencias de las funciones de regulación y organización. Y, sucede que, ahora tiene muchas vertientes intentando explicar ese fenómeno en el Derecho.

Por ello, se puntualiza unos calificativos al elemento subsidiariedad tales como: indeterminado, ambiguo, dialéctico, ‘proteiforme’²⁴¹, o se analizado en otro sentido del contenido, vinculado a una aplicación al Derecho (administrativo, europeo, constitucional, ambiental, derecho del agua) va desplegar otros matices, tales como: principio, función, acción, estándar, índice subsidiario, línea de conducta, técnica entre otros (véase el Capítulo IV, Sección IV).

De ahí, que ante muchos ‘neologismos’ sobre este elemento de subsidiariedad, se propone considerar hacer una síntesis, teniendo en cuenta la necesidad de en la segunda parte del trabajo comprender el ‘modelo subsidiario’ del derecho de agua a partir de ese objeto. Así, para delimitar nuestra posición vamos a considerar:

²⁴¹ En francés, que cambia de forma.

Primer, en lo que concierne a noción de «pluridimensional» se dice de algo «que tiene varias dimensiones o aspectos»²⁴². Ello, lleva a aducir la coexistencia de elementos, o cosas.

Segundo, la ‘subsidiariedad’ tiene una existencia comprobada en el Derecho, tal cual se pone de relieve, por lo tanto, es un ‘fenómeno jurídico’.

A conclusión, considerando que la subsidiariedad no tiene un significado unívoco, no tiene solo una categoría jurídica y no se da a una única aplicación, sino que se mezcla con otros elementos (soberanía, descentralización, autonomía y cooperación), tiene un enlace con otros principios y atiende a varias finalidades, por lo tanto, sí que es un objeto *pluridimensional*.

²⁴² Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario del Estudiante*. Colaboración Fundación Rafael del Pino. Barcelona: Santillana Ed. 2005. P.1.306.Pág.1087.

«Cada vez que un jurista se enfrenta con un concepto peculiar a la Ciencia que cultiva, se ve obligado, por virtud de una tradición varias veces secular, a tomar posición en ese espinoso problema de la naturaleza jurídica.» (*Lois Estévez*)

CAPÍTULO III

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBSIDIARIEDAD²⁴³

Sección I

Derecho Público y principio de subsidiariedad: rasgos constitucionalistas.

¿Qué es, en verdad, la subsidiariedad? Se preguntan los juristas hace mucho tiempo, acerca de tal concepto jurídico, lo que se intentó comprender en los capítulos anteriores, y ahora es casi un consuetudinario lógico verificar la naturaleza jurídica del mismo.

Ante todo, nos parece relevante identificar el punto de partida desde la Teoría General del Estado hacia el Derecho Público, y su delimitación en el Constitucionalismo y el Derecho Administrativo, en particular, para verificar si hoy en día, la naturaleza jurídica del principio de subsidiariedad o de la función de subsidiariedad, en estas dos vertientes, en la Ciencia del Derecho, es resultante de la antítesis al concepto de soberanía²⁴⁴, cómo una forma de valor primitiva del derecho natural derivada de la autonomía social, o es el hilo conductor de otro concepto el de ‘la descentralización’, y asimismo, implicación o consecuencia de esta.

²⁴³ «La naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la *intelección genética*; es decir la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es *sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva*.». LOIS ESTÉVEZ, José. *Sobre el concepto de naturaleza jurídica. Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos/CSIC/Ministerio de Justicia. (4), 1956. P. 178-179.

²⁴⁴ Véase Jellinek. G. *Teoría general del estado. Op. Cit.* P. 447

Igualmente, es interés de este análisis seguir confrontando las dos especies: _ principio y función de subsidiariedad, conforme ya se hizo una primera aproximación el en capítulo anterior (Sección III), hasta al punto de verificar, también, si están basada en los mismos supuestos de una misma naturaleza jurídica, lo que *à priori*, parece que no.

Conforme se tiene señalado fue en el Derecho Constitucional que el *principio de subsidiariedad* tuvo una primera aportación en la teoría jurídica originada de la noción de *repartición de competencias*, entre distintos niveles de la organización del poder público del Estado Federal.

No obstante, para llegar a esta concepción, ahora más centrada en un principio del Derecho Constitucional contemporáneo, fue necesario un largo recorrido desde su evolución histórica y de una gradación del valor de la subsidiariedad cómo función dentro de la organización política del Estado.

En general, las investigaciones académicas de este elemento jurídico presentan un ‘guion’ según las raíces de un principio de la ética política en los escritos de Aristóteles, pasando por la teoría social cristiana de Santo Tomás d’Aquino²⁴⁵ en el estado medieval sobre la concepción organicista de la sociedad, tesis esta que resurgiera en el siglo XX en la doctrina social de la iglesia a través del Pontífice Pio XI (1931), hasta desarrollarse en el dominio de las *competencias concurrentes* de la teoría jurídica del federalismo, protagonizada sobre todo por publicistas alemanes²⁴⁶.

En Europa, los países que más se ocuparon de cuestiones del tema del *federalismo* fueron Alemana y Suiza, pues se trataba de una preocupación muy discutida en el ámbito de teoría del estado y de derecho²⁴⁷ en fines del siglo XIX sobre el apareamiento de las sociedades de estados y de la organización de competencias de estos, respectivamente, fundada en la idea de delimitar los conceptos de la *autonomía social* y

²⁴⁵ Vide. D’Aquino, Sant Tomàs. 1225-1274. *Summa Theològica*. Taurini : Marietti, 1948-1950. Vols. 1-4.

²⁴⁶ Cfr. CONSTANTINESCO, Vlad. *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union Européenne?* Op. cit. P. 35-45. DRAGO, Guillaume. *Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel*. Op. cit. P. 583-585

²⁴⁷ JELLINEK. Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1978. págs.327-367.

de la *soberanía*²⁴⁸, particularmente en los *Lander* y *cantones* respecto a la organización en corporaciones, punto que se abordará adelante en el este capítulo.

Asimismo, a lo largo del siglo XX, pese que la *subsidiariedad* encontró en la teoría de los Estados federados un razonamiento jurídico en el tema de la organización y del reparto de las competencias en los distintos niveles estatales _ central y territorial_, sin embargo, entre los juristas del derecho público se mantuvo durante varias décadas cómo una mera *institución limítrofe* al derecho positivo.

Además, el controvertido tema de la distribución de competencias se desbordaba en nuevas cuestiones en torno de otras categorías o instituciones jurídicas, lo que preocupaba más a los juristas era replantear la esencia de la soberanía, el concepto de poder público en el derecho, individualizar conceptos lógicos-jurídicos de competencia, descentralización, autonomía, función pública etc., y distinguir tales especies, por tanto, la omisión normativa en los ordenamientos constitucionales no favorecía al debate de la subsidiariedad.

Se verifica, incluso, que la subsidiariedad no fue expresa en la Ley Fundamental alemana de 1922 ('Constitución de Weimar'), y según refiere el jurista Winfried Kluth²⁴⁹ la previsión del principio de subsidiariedad formalmente expreso en el texto actual tras la reforma constitucional de 1992, en el artículo 23, no fue exento de antagonismos ideológicos entre los expertos, puesto que una parte de la comisión no aceptaba la proposición de un principio general de subsidiariedad.

Por tanto, en los último veinte años, desde su ordenación constitucional en el sistema alemán, no estaba muy claro en qué dimensiones se aplicaría el principio de subsidiariedad, cuestión que no fue de inmediato aclarada por el Tribunal Constitucional Federal. De una parte, la tesis en defensa de un principio que consagra a las garantías de

²⁴⁸ Vide JELLINEK. Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1978. págs.327-367. AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchatel: EIC. 1967.

²⁴⁹ Profesor da la Universidad de Halle. KLUTH, Winfried. *Republique Fédérale d'Alemagne*. En: AAVV. *Droit Administratif et subsidiarité*. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. *Op. cit.* p.247-9.

las libertades de los derechos fundamentales y a la organización del Estado²⁵⁰. De otro, los defensores de un principio general bajo el cual se fundamenta varias disposiciones de la Ley Fundamental.

De otra parte, según opiniones discrepantes²⁵¹, la teoría constitucional del siglo XX consagra un lugar al principio de subsidiariedad, consonante explica el profesor Winfried Klut²⁵² sea cómo una garantía a la libertad personal (estudios de E-W Böckenförd²⁵³) o según vinculado a la definición del ‘principio de libertad’ (afirmado en la tesis de Carl Schmitt)²⁵⁴, consonante ya nos referimos en este estudio en el Cap. I (1.2. El derecho alemán).

En suma, el principio de subsidiariedad no fue descrito en la teoría constitucionalista de modo claro, en tanto cuanto un principio del derecho explícito del Estado Federal, y ni mismo es cierto que sea considerado un “principio del derecho”, a ejemplo de los comentarios del magistrado Günther Hirsch²⁵⁵, lo cual tiene afirmado que *la cuestión de savoir si le principe de subsidiarité doit être considéré comme un principe de droit en Allemagne es controversée*²⁵⁶.

Hechas estas consideraciones previas, se añade también, de antemano que no se tratará aquí exhaustivamente de referencias histórico-políticas del tema de la subsidiariedad, aportadas de la Ciencia Política o de la Filosofía Social hasta llegar en la

²⁵⁰ “En el seno del Consejo Parlementaire que elaboró la versión definitiva de la Ley Fundamental, la cuestión no fue mais controvertida. No lo dejamos por menos, durante los veinte años siguiente la entrada en vigor de la ley fundamental, de discutir sobre la eventualidad del carácter constitucional del principio de subsidiariedad. Por su anclaje constitucional se alega que la Ley fundamental había, en la práctica, incorporado gradativamente el sistema social basado en el principio subsidiariedad relativas a las disposiciones de los derechos fundamentales y de la organización del Estado. Algunos replicó, sin embargo, que estas disposiciones de la ley fundaméntale fueron solo superficialmente relacionados con el principio de subsidiariedad y advirtió contra la tentación de interpretar la ley fundamental en el horizonte de un sistema ideológico particular.” Véase KLUTH, Winfried. République Fédérale d’Allemagne. En: *Op. cit.* p.248-9.

²⁵¹ Ibidem, p. 249-50.

²⁵² Ibidem, p. 249.

²⁵³ Ibidem, [nota de pie (6)] p. 249

²⁵⁴ Ibidem, [nota de pie (7)] p. 249

²⁵⁵ Presidente da la Corte General de Justicia de Alemania en los años 2000-2008.

²⁵⁶ Vide. HIRSCH GÜNTHER. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. En: AAVV. (Dir) DELPÉREÉ, Francis. *Le principe de la subsidiarité*. *Op. cit.* P. 47-62.

teoría del Derecho Público y al Constitucional, porque se desviaría del foco de nuestro objeto de investigación, y además, por hacerla más extensa que el necesario.

No obstante, es de gran interés la lectura de algunos trabajos en este aspecto, para no quedarse un vacío indeseable²⁵⁷. De todo modo, se hace un esfuerzo en matizar una rápida síntesis de unos tantos referenciales teóricos relevantes a modo de profundizar esta investigación y también de los conceptos jurídicos más conectados a este principio.

1. Primera aproximación de los conceptos de soberanía, descentralización, autonomía y subsidiariedad.

A comienzo del siglo XX, el jurista G. Jellinek²⁵⁸ hizo una importante reflexión sobre este tema al que llamó de la “doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado” confrontando con la “doctrina del poder limitado del Estado”, donde mismo no empleando el término “subsidiariedad”, encuentra se allí las primeras ideas de este principio en el derecho público²⁵⁹.

Ambas las corrientes tienen en común una cuestión antigua y confusa entre dos conceptos de la Teoría General del Estado, en torno del *poder del Estado* y de la *soberanía*, que na óptica del publicista alemán el problema se sitúa en considerar si el *poder del Estado* es *contenido de la soberanía*, y por consecuencia determinar si es ésta divisible o no²⁶⁰.

²⁵⁷ Véase los estudios ya citados en esta investigación de MILLON-DELSO, CHANTAL. *L'Etat Subsidaire*. Paris:PUF, 1993; MILLON-DELSO, CHANTAL. *El Principe de Subsidaire*. PARIS: PUF/Collection Encyclopédique “*Que sais-je?*”. En portugués véase MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *O principio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra ed. 2003.

²⁵⁸ Vide El Prólogo del traductor. En: JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción Fernando de los Ríos. 1ª ed. española. México: FCE, 2000. P.13. Señaló el traductor que la segunda parte de la *Teoría especial, particular, del Estado* (Libro II) fue publicada tras la muerte del autor y no llegó a ser incluida en la edición española.

²⁵⁹ Véase para una mejor comprensión en Jellinek, G. *Ibidem* P. 450-54.

²⁶⁰ Según explica Jellinek: “Del concepto de soberanía que es de naturaleza puramente formal, no puede deducirse en modo alguno nada respecto del contenido del poder del Estado. La situación de éste cambia con la historia, y todo contenido positivo del poder del mismo, solo, puede fijarse en cada época y para cada Estado mediante una investigación histórica, aun cuando en cada plano de cultura sea bastante aproximada y caiga dentro del mismo tipo.” *Ibidem*. P. 440-441

Así, al considerar que la cuestión planteada sobre la soberanía ya parezca superada²⁶¹, o que de poco interés para se centrar en el Derecho Administrativo, por ser tema más de la Ciencia Política o del Derecho Constitucional, la entendemos cómo un concepto en permanente transformación. Por tanto, relevante para delimitar con otros conceptos más específicos en el ramo de la actuación de la Administración Pública, incluso donde si sitúan entre ellos los conceptos de *autonomía*, *subsidiariedad* y *competencia* en las funciones del Estado capaces de introducir nuevos cambios respecto a estos.

Hasta cierto punto, volver a la cuestión de la ‘soberanía’, aparentemente sería una discusión innecesaria, comparada al propósito y límites del plan de esta investigación direccionada a la teoría de la subsidiariedad planteada al derecho de agua, _ y que por hora se aparta del foco central de nuestro problema, a tratarse aquí_; empero, a nuestro modo de reflexionar, toda la problemática planteada, en el pasado y en el presente, relativo a la teoría del estado y del derecho público, durante un largo periodo, consistía en “separar los medios de los fines del Estado”, tema que se pone de relieve al estudio del elemento de subsidiariedad, tanto cómo principio o cómo función jurídica.

Con una cierta discrepancia de ideas, se entendía que los ‘fines’ equivaldrían a los *objetivos*, y los ‘medios’ serían las *condiciones materiales, de personal, económicas y la forma organizativa del sistema estatal*. Esta era una cuestión que, de fondo, hace mucho tiempo, circundaba el tema de la subsidiariedad, pero hasta mediados del siglo XX, no se había concretado en la Ciencia del Derecho Público un lugar de destaque al tema.

Sin embargo, la relación entre soberanía, descentralización, autonomía y subsidiariedad, en el Estado moderno, a pesar de delimitados los tres primeros elementos por la teoría del derecho público, se llevó mucho tiempo ignorando este último en la teoría jurídica, _el componente de la ‘subsidiariedad’_, que solo fue definido tras mediados del

²⁶¹ Es necesaria una reformulación y una nueva concepción instrumental de la soberanía y en el marco de una pluralidad de ordenamientos interdependientes del Estado contemporáneo, en lo cual han de ser planteados nuevos contextos social y histórico de la función. Cfr. las reflexiones del constitucionalista Wyduckel que hace referencia también a los estudios de Sthepan Hobe, *Der offene Verfassungstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*. (...). Berlín, 1998. *Apud*. Wyduckel, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. Trad. Aláez Corral, B. y Presno Linera, Miguel Ángel. En: AAVV. Coord. PÚNSET, Ramón. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución*. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998, págs. 192.

siglo XX, cómo un principio de la organización estatal (*institucional*), ora entendido en tema de la función administrativa de la acción (*funcional*)²⁶² alcanzando notoriedad cómo objeto de gran reflexión en la teoría del derecho europeo en los años noventa.

Mientras, parece haberse concentrado en la teoría y práctica del derecho administrativo gran parte de las polémicas entorno al principio de subsidiariedad, se afirmando el razonamiento de qué un recto entendimiento del principio de subsidiariedad hará que la Administración pública se abstenga de reclamar para sí la entera responsabilidad de nuevas tareas y acuciantes necesidades²⁶³, aún queda algo a se reflexionar al tema, sea para replantear antiguas y nuevas cuestiones y proponer nuevos resultados respecto algunas cuestiones administrativas.

1.1. Nuevos interrogantes entorno de la subsidiariedad.

Pese se haber afirmado una fuerte doctrina europea sobre las cuestiones cruciales respecto a delimitación del contenido del principio de subsidiariedad y de su aplicación práctica en la Comunidad europea, al analizarse la complejidad de las estructuras orgánicas del Estado tal cual se presentan hoy, en el aparato contemporáneo, todavía aún es posible indagarse:

– (¿) Si la subsidiariedad, tal cual se presenta en la actualidad, sobrellevada a una categoría de principio²⁶⁴ fue siempre así, a considerar su evolución histórica impartida de las teorías de los fines del Estado (?), _ lo que nos parece que no.

²⁶² Vide BRUNET, Andrée. La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité. Paris: Gazette du Palais. 12 juin 2004. n° 164, P. 6.

²⁶³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN. E. Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Trad. Javier Barnés, Mariano Bacigalupo et al. Madrid: INAP/M.Pons. 2003. P. 150.

²⁶⁴ Tal cual se encuentra, por ejemplo, en el Tratado de la Unión Europea artículo 3.B: «*Artículo 3 B. 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 sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*». Vide. Tratado de la Unión Europea (92/C 191/01). [en línea] [Consultado: 10 enero 2010]. <<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>.

– (i) Si la subsidiariedad además de un principio, en la época actual, es también la propia acción del Estado “*en suppléance*”²⁶⁵ a otras acciones a las cuales los ciudadanos y asociaciones no las pudiera concretar (?).

– (i) Si al se distinguir con exactitud los fines de los medios²⁶⁶ en materia de la política del agua, a tomar en consideración la trama organizativa que se agregó en el complejo proceso de regulación y de las funciones administrativas sectoriales del Estado, se está atendiendo, a través de la subsidiariedad, legítimamente a la finalidad de aquellos²⁶⁷(?).

– (i) Si las competencias del Estado en ámbito de la política del agua, en la actualidad, del modo cómo se encuentran estructuradas en una compleja red de componentes territorial, económico, jurídico y social, corresponden a los *finés concurrentes* o son también medios alternativos en la concreta política de protección del agua y de gestión de los recursos hídricos en los diversos sistemas (?).

A rigor, si se puede extraer algo de nuevo de tales cuestiones, tenemos que volver al principio, examinándose unos puntos relevantes sobre los orígenes y el concepto

²⁶⁵ Tomandose de prestado el término empleado en la doctrina francesa, originalmente definido por la Filosofía política: “*L’idée de suppléance n’a pu naître que dans une société organisée en groupes vivants _ c’est-à-dire agissant et maîtres de leurs actions. On se demandera d’ailleurs plus loin s’il n’y a pas là une corrélation imperative et permanente, s’il peut y avoir jamais une suppléance de l’Etat pour une société exsangue. La suppléance suppose que les deux instances en contact _ celle que donne et celle que reçoit _ ne soient pas trop éloignées l’une de l’autre relativement à leurs fins et à leur mode d’être. Un géant ne supplée pas aux carence d’un lilliputien: s’il ne l’écrase, il le porte, mais ne saurait participer à ses tâches minuscules. Il peut l’entretenir entièrement, mais nos pas lui prêter main-forte là seulement où il en a besoin. Il n’a pas la vue assez perçante pour distinguer la mesure de ses insuffisances, pour trier entre ses capacités et ses insuffisances. C’est pourquoi l’idée de suppléance apparaît entre des groupes frères, à peine distancés les uns des autres, entre hiérarchies voisines, et en un lieu où il n’y a pas encore véritablement d’État.*”. Cfr. Chantal M.D. *L’état subsidiaire, op cit.*, p.44-5.

²⁶⁶ La cuestión de fines y medios del Estado es antigua en la teoría general del Estado. Así resumidamente, encontramos en Jellinek una explicación de este problema extraído de las varias teorías filosóficas que se dividen en opiniones, a saber: “entre *finés superiores*, de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos. Sin embargo, los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los *finés intermedios*; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin. Por eso es exacta la afirmación de que todo Estado tiene en cada momento *finés particulares* para sí y para sus miembros, que pugnan por realizar, pero esto no empece para que se reconozca en estos *finés particulares* un *fin general*.” En Jellinek, *Teoría General del Estado. Op. Cit.* P.238. (destacamos en *italico*)

²⁶⁷ Ya decía Jellinek que “toda modificación en la organización y legislación de los Estados necesita legitimarse atendiendo a las finalidades de las mismas.” *Ibidem*, p. 239.

evolutivo de soberanía, relacionándola a otros componentes del Estado (descentralización y autonomía).

La noción de soberanía relacionada al poder tiene un concepto variable, es donde convergen los conceptos de autonomía, descentralización competencia y subsidiariedad, puesto que teóricamente ni siempre se había comprendido la noción de Estado cómo un aparato estructurado en un conjunto estático de normas jurídicas, organizado políticamente y administrativamente en poderes, que cumplen funciones distintas, sino que la soberanía estaba en la base de las transformaciones y del modo de comprender las múltiples relaciones políticas y sociales del Estado fundado en el derecho, en cada época y lugar²⁶⁸.

Por ello, recordémonos que no son pocos los teóricos que vuelven a esa cuestión, a propósito de evaluar las perspectivas y contradicciones del tema en fines del siglo XX²⁶⁹, una reflexión del concepto de soberanía que hallase cada vez distante de su significado tradicional, subrayando un contenido más *impreciso*²⁷⁰, cuyo el sentido de identidad se convierte en una cuestión abierta.

La soberanía en el Estado constitucional amoldase a una *categoría directora*²⁷¹ que rige las distintas formas de competencias²⁷² (propias, delegadas,

²⁶⁸ Vide “Cuestiones particulares: a) el problema del derecho público”. En Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado. Op. cit.*, p. 319-44.

²⁶⁹ A título de ilustrarlo, véase la edición exclusiva del tema soberanía y constitución en la revista *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*. JGPA, nº 1. 1998

²⁷⁰ Cfr. Wyduckel, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. Trad. Aláez Corral, B. y Presno Linera, Miguel Ángel. En: AAVV. Coord. Púnset, Ramón. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución*. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998, págs. 203-294. En la opinión del constitucionalista de la Universidad de Dresden: “*La soberanía depende de la aceptación social, que solo es posible se existe una convivencia humana provechosa a partir del establecimiento de un poder de dominación centralizado que ordena y dirige la vida social frente a sus potenciales amenazas. Entretanto, resulta reiteradamente quebrada la confianza en la capacidad de actuación del Estado. A la vez, el término y el concepto de soberanía se convierten en una entidad imprecisa de la que resulta difícil extraer un contenido identificable*” (p. 245). Disponible en: <http://www.jgpa.es/recursos/descargas/413424822_1532011203341.pdf>. [Consultada en 16 febrero 2011].

²⁷¹ El término empleado por Wyduckel hizo referencia al estudio de Peter Saladin en: *Wozu noch Staaten. (...) Welt*, Berna, 1995, p. 28-ss. *Apud* Wyduckel, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. *Ibidem*, p. 246, [nota de pie 337].

²⁷² Una delimitación actualizada de competencia extraída de la teoría constitucionalista española la define como un “poder tasado” distinto de la noción de soberanía. Señala Solozábal Echavarría (catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid) que: “*Los órganos del Estado no disponen de soberanía, sino de competencias, esto es, poderes tasados, en el sentido de limitados y preestablecidos: pero la justificación*

impropias, común, concurrentes etc.), según cada modelo de Estado existente (Federal, Autonómico, Unitario etc.) con formas de organización política y modos de actuación diferenciados.

Tal descentralización asume la forma *política* o *administrativa* del estado²⁷³, que genera la autonomía de los entes territoriales en estas dos vertientes.

Por tanto, en la organización político-administrativa se distinguen variados niveles de la administración estatal cambiando de un estado a otro (central, regional, departamental, comunal; cantón, provincial, *lander*, estado-miembro, municipal, entidad local, etc.), que fueran se estructurando en el interior (plano nacional) e en exterior (plano supranacional) durante los tres últimos siglos.

En función de la proximidad territorial, de las tradiciones, costumbres, de la lengua y religión, e sobre todo por el dominio de otros pueblos (imperio romano, sacro imperio romano-germánico, imperio carolingio, imperio austrohúngaro, etc.) las naciones se reunían formando sociedades paradójicamente complejas, organizadas territorialmente, con vistas a cumplir las exigencias de subordinación a una autoridad superior (del gobernante) y atender a las necesidades y capacidades del cuerpo social, en un proceso histórico, dinámico y continuo, que se va cambiando en cada época y lugar hasta surgir la personificación del estado moderno.

Por tanto, en el estado moderno aparecen dos géneros de administración y repartición de las competencias del poder político²⁷⁴:

de los mismos, afectando a su fundamentación y a la base en virtud de la que obedecen sus mandatos, sí que remete a la soberanía” (p. 366). Vide. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *El problema de la soberanía en el Estado autonómico*. En: AAVV. Coord. PÚNSET, Ramón. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución*. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998, págs. 345-379.

²⁷³ Vide MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed. (Tomo III). P.175-ss.

²⁷⁴ Cfr. DRAGO, Guillaume. *Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel*. *Op.cit.*. P.584

a) de un lado, la administración ‘desconcentrada’ con múltiples órganos administrativos encargados de las funciones internas y de los servicios del Estado;

b) de otro, la administración de las ‘colectividades territoriales’ descentralizadas o autónomas (esta dos se diferencian en grado y con características distintas); y se añade que las colectividades territoriales presentan a veces ‘competencias concurrentes’, además de se organizar internamente en entes locales, dando margen a la “competencia administrativa local”.

En este orden de entes superiores o inferiores conexos en la estructura del Estado es donde se sitúa la noción del ‘principio de subsidiariedad’, en el derecho constitucional, relacionado con el reparto de competencia entre los poderes, considerada la actuación subsidiaria un límite y un marco de la organización infra-estatal²⁷⁵.

Por tanto, según este razonamiento el principio de subsidiariedad hallado al principio de reparto de competencia fue se matizando, de manera que hoy, en la noción configurada por la doctrina francesa, y con la cual concuerda innúmeros otros teóricos, se dice que “hay solo una diferencia de grado de aplicación del principio, pero no hay diferencia en la naturaleza”²⁷⁶.

1.2. ¿Por qué antes no se planteó un valor jurídico a la subsidiariedad?

Se buscamos en la realidad histórica el significado de la soberanía y de sus rasgos teóricos político-jurídicos, se habrá de constatar el hilo embrionario que la mantiene con la ‘subsidiariedad’, _ lo cual nunca fue negado por los teóricos del derecho, más por supuesto ignorado durante un largo período.

Este proceso es la clave de impulsión a influenciar, cambiar y contextualizar el significado y la esencia de determinados instrumentales jurídicos, tal cual el de

²⁷⁵ Ibidem, p. 585.

²⁷⁶ Ibidem, p.585.

soberanía que antecede en mucho al de subsidiariedad cómo principio jurídico, empero, históricamente correlacionados entre sí por las teorías políticas desde siempre.

Es decir que, se nadie había planteado un valor jurídico a la ‘subsidiariedad’ o formulado un concepto para este principio en el Derecho, en el pasado, tal vez se explique por el hecho de que entre la efervescencia de las teorías filosóficas del derecho y de la ciencia política hasta el apareamiento del constitucionalismo contemporáneo, pos Estado federal, dos otros conceptos fueron más planteados en la modernidad, y se destacaron a menudo en las reflexiones de los teóricos, a que nos detendremos en este punto un poco más detallado:

Primer, importa señalar que en el estado absolutista la idea de *autonomía social* (valorada en la antigüedad griega hacía el apogeo de la teoría del derecho natural del periodo medieval) pierde su centralidad.

Segundo, ante la construcción evolutiva del concepto *soberanía*, del estado monárquico hacia la república (pos revolución francesa) éste concepto, al contrario, pasó a determinar el objeto de preocupación de la teoría del derecho público por un largo período. Así, en nuestro modo de comprender, tal dualidad (autonomía social *versus* soberanía) no encontraba aún un dialogo de posición intermedia, que es donde se insertaría, un siglo después, el tema de la subsidiariedad, como un hilo entre los dos conceptos distintos (*soberanía versus autonomía*).

Por tanto, es necesario se recordar aquí, que la relación planteada sobre todo por las teorías del derecho público y del liberalismo, al final del XIX, fue entre *autonomía social* y *soberanía*, pero este primero concepto (el de autonomía social), no fue reconocido propiamente cómo categoría o elemento del derecho positivo, pese que las teorías sociológicas del derecho ya defendían desde un punto de vista de las primeras concepciones de *prestaciones sociales*, un componente jurídico presente en el positivismo jurídico bajo el signo de la ‘solidaridad’.

De otra parte, pese el hecho del Racionalismo centrar el discurso de ‘los retos del derecho *en el* Estado’, quedaba por materializar, la construcción de un concepto jurídico de *soberanía* excluyente al de *autonomía social*, poco preocupando a los juristas

de aquello período formular la noción jurídica de subsidiariedad horizontal. Con raras excepciones, la teoría de Duguit se aproxima de esta tesis.

De hecho, no sin razón, la subsidiariedad hallase en una “relación intermedia” entre soberanía y autonomía social, la que fue más tarde identificada en la teoría de los fines relativos del Estado a partir de la idea de “fin concurrente” del Estado²⁷⁷.

Por ello, históricamente, entre los antiguos griegos, la subsidiariedad cómo es entendida hoy, no hacía parte de la noción política de soberanía, ésta tampoco encontraba sentido en la idea de poder del Estado, _ que de hecho Aristóteles considerada una de las cinco especies de realeza²⁷⁸, en la que formuló la concepción de *autarquía*²⁷⁹_, pues que el ideal que toca a la sociedad era “la libertad de actuar” _ es donde aparece también la noción de la *autonomía social*.

Posteriormente, en la doctrina tomista la autonomía social sufre una limitación, pues el estado es llamado a realizar el bien común en pro de la solidaridad social, de forma que fue valorado el sentido ético de la subsidiariedad.

Después, en Alemania del siglo XVI, la teoría de Althusius²⁸⁰ problematizó la relación de la soberanía en el poder del Estado frente a la autonomía social en constante

²⁷⁷ Vide las análisis de Jellinek sobre la teoría relativa de los fines del estado. El maestro señala en una de las conclusiones: “Estos fines se dividen en *exclusivos* del Estado y concurrentes; conforme a los cuales, las funciones que le corresponden en primer caso son exclusivas del Estado, y en el otro solo son compartidas por él.” Jellinek, *teoría general del Estado*, op.cit., p.261.

²⁷⁸ No hay una definición literal, pero la interpretación de los teóricos indican que sería la quinta especie descrita por Aristóteles: “Hay un quinto reinado, en el que un solo jefe dispone de todo, en la misma forma que en otros puntos dispone el cuerpo de la nación, el Estado, de la cosa pública. Este reinado tiene grandes relaciones con el poder doméstico, y así como la autoridad del padre es una especie de reinado en la familia, así el reinado de que aquí hablamos es una administración de familia, aplicada a una ciudad, a una o muchas naciones.”. Cfr. Aristóteles, *Política*, Libro IV, Cap. II. Disponible en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Aristoteles_LaPolitica/Aristoteles_LaPolitica_004.htm#C2> consulta> [consulta 02 jul 2012].

²⁷⁹ Del mismo no hay una definición literal, pero la interpretación de los teóricos indican que sería ideal de estado perfecto propuesto por Aristóteles: “el Estado más perfecto es evidentemente aquel en que cada ciudadano, sea el que sea, puede, merced a las leyes, practicar lo mejor posible la virtud y asegurar mejor su felicidad.” Vide. Aristóteles, *Política*, Libro IV, Cap. II. Disponible en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Aristoteles_LaPolitica/Aristoteles_LaPolitica_004.htm#C2> [consulta 02 jul 2012]

²⁸⁰ Referido cómo un dos precursores de las ideas del *federalismo alemán*.

conflicto a la causa de las cuestiones sobre los fines del Estado y su concreta realización²⁸¹ concerniente a la sociedad, el cual hubo de manifiesto la idea de subsidiariedad en la organización de la sociedad frente a las funciones del Estado.

El Estado moderno recibe así, las influencias de este pensamiento porque en la medida que se fortaleciera la soberanía del príncipe ancladas en las teorías del absolutismo²⁸², o donde el poder del Estado estaba segregado en corporaciones²⁸³, él mismo no cumplía en atender las necesidades del pueblo, sea porque el estado se despliega demasiado o no se despliega lo suficiente, afrontase el problema del Estado frente a la autonomía social, donde esta se subleva. Por tanto, “el estado invasivo ver se obligado a volver a definir su presencia”²⁸⁴, a poner de antemano las condiciones de su nacimiento o de o de su renacimiento.

Solo en el movimiento federalista, la subsidiariedad adquiere una evidencia jurídica, incluso modificada en su contenido para conformarse a la nueva realidad del Estado constitucional, y bien después al Derecho Administrativo y bien más recientemente introducido al Derecho Europeo de la unión europea.

Por lo tanto, la subsidiariedad fue atribuida por muchos de ser un “principio del federalismo”, por hallarse en el seno de la estructura orgánica de las competencias del Estado, _ y sí que lo es_, mientras tanto, todo este instrumental de competencias

²⁸¹ Las cuestiones religiosas afrontadas por la reforma protestante también, encienden el intento de sublevar las ideas de autonomía social en contra la ausencia del Estado.

²⁸² Fueron más de dos siglos de centralización del Estado en Inglaterra, Francia y España. Por otro lado, en Alemana e Italia la sociedad vivía políticamente desorganizada, y las tendencias de formar una corporación surgen allí. Jellinek, *teoría general del Estado, op.cit.*, p.409-17.

²⁸³ En Alemana e Italia la sociedad vivía políticamente desorganizada, y las tendencias de formar una corporación surgen allí (una forma de organización respetando las autonomías de las ciudades). En Italia los publicistas desarrollaron la doctrina de la corporación para designar las ciudades constituidas en “estados independientes”. En Alemania, Althusius defiende las primeras ideas de un orden compuesto y comunitario, considerando los múltiples niveles intermediarios de autoridades existentes entre los individuos _ la familia, las asociaciones, las ciudades_ y el Imperio Sacro-Romano Germánico. Anuncia también la idea central que sostiene la teoría de la subsidiariedad afirmando que los grupos son capaces de obrar eficazmente a los propios fines. En este aspecto se opone al individualismo pregonado por Locke en Inglaterra. La doctrina de corporación en Francia fue utilizada para designar los reinos que no reconocían subordinación al Imperio. Cfr. Jellinek, *teoría general del Estado, op.cit.*, p.409. y Chantal M.D.L'État *subsidaire, op.cit.*, p.47-60.

²⁸⁴ Vide. Chantal, M.D. *L'État subsidiaire, op.cit.*, p.62.

compartidas del Estado Federal, donde descansa el origen del primer concepto jurídico de la subsidiariedad, ha hecho hincapié con la ruina de la concepción jurídica tradicional del principio de la soberanía. Es decir, por haber cambiado el contenido de la soberanía, ante aquellos que la consideraban “nota esencial del poder de estado”, y por tanto ilimitada”, para un nuevo sentido de “limitación”, en que se le atribuye, incluso el calificativo de “competencia reglada”²⁸⁵.

Poderse percibir y hallar este cambio de contenido depende de se conocer en las raíces teóricas, la evolución y lo significado del elemento ‘soberanía’, y entonces comprenderse qué nuevos sentidos fueron introducidos a la teoría del derecho, de modo que ahora es posible, a menudo, reflexionar la relevante relación de conceptos y compararlos con las nuevas definiciones que sucedieron.

Desde aquí, trataremos de revisar los supuestos de la soberanía construida por teoría del estado y del derecho público históricamente hasta llegar a las raíces del concepto jurídico de subsidiariedad.

Por ello, ante lo incesante movimiento de las fuerzas sociales que afectan profundamente las normas jurídicas, que conforme se observa, resultan en el proceso natural y continuo de transformación de la relación del poder del Estado y del derecho, en concreto, tiene sido este el modo de valorar determinados fenómenos y a través de los cuales, en la perspectiva jurídica, se formulan nuevos conceptos, nuevos estándares, nuevas fórmulas de interpretación y de elaboración normativa, a influir en la toma de decisiones de los intereses públicos, sociales y privados.

2. Delimitación y orígenes del concepto de Soberanía.

²⁸⁵ Vide. Gonzales Posada, Adolfo. *Hacia un nuevo derecho político*. Madrid, 1993, p. 178-ss. *Apud.* González Casanova, José Antonio. *La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español*. En: AAVV. Coord. Púnset, Ramón. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución*. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998. p. 235. [nota de pie 3]

Volviéndose, en primer lugar, al *concepto de soberanía*, es posible determinar que ésta no es una categoría absoluta, pero *histórica*²⁸⁶, tomándose en referencia la proposición del publicista alemán Jellinek: “*la soberanía, la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo*”.²⁸⁷

De todo modo, señalaba que en la Antigüedad no se había llegado a un concepto teórico del Estado²⁸⁸, por la simple cuestión de faltar una “conciencia del concepto de la soberanía”, vez que éste concepto fue formulado posteriormente ante la idea de “*oposición del poder del Estado a otros poderes*”²⁸⁹.

Por tanto, el concepto de soberanía es *polémico* (primer surge de matice “defensivo”, después “ofensivo”)²⁹⁰, a considerar que se supone que surge de una lucha entre el Estado contra tres poderes²⁹¹ en el transcurso de la Edad Media; no obstante, en ese periodo faltaba a los teóricos el conocimiento de que “el poder es un elemento esencial del Estado”²⁹², y ni mismo se hacía cualquier referencia de tal concepto según la naturaleza jurídica.

Resumidamente, en el campo político las rivalidades afrontadas, las cuáles se permitieron señalar las tres más evidenciadas, fueran: *a) el poder de la Iglesia en subyugar el Estado a su servicio; b) el dominio del Imperio sacro-romano que negaba el reconocimiento a los Estados particulares, relegándolos al valor de “Provincias”; y finalmente, c) la autonomía de las corporaciones y señores feudales que se les autoproclamaban con poderes independientes frente al Estado*²⁹³.

²⁸⁶ Para mejor entendimiento de la construcción del concepto encuentra en el título “*Historia del concepto de soberanía*”. Cfr. Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.*, pags. 401-32. Señala el teórico alemán que: “La soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que solo más tarde se ha condesado en una de índole jurídica. [...] debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglo enteros.” (p. 432).

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 437-38.

²⁸⁸ El de Estado desde la concepción de soberanía moderna no encuentra cualquier similitud con la autarquía griega. Los comentarios de Jellinek respecto a eso lo explican bien: “El concepto de autarquía no nos enseña nada acerca de la libre determinación del Estado en su conducta, sobre su derecho y administración, sobre su política interior y exterior.” *Ibidem*, p.402.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 405.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 405.

²⁹¹ En el estado estamental citan se los poderes de oposición: la Iglesia, el Imperio sacro-romano y la nobleza del Feudalismo.

²⁹² *Ibidem*, p. 406.

²⁹³ *Ibidem*, p. 405.

Estos tres elementos caracterizaron momentos distintos, y sintetizaron primer el gran *confronto entre Estado e Iglesia*, debatiéndose si esta tiene similitud de poder con el Estado, o si éste le está sometido (al poder espiritual), o si aquél poder del Estado es superior al de la Iglesia, conforme se puso de manifiesto desde finales del siglo XIII, cuando la monarquía francesa ya oponía los primeros señales al dominio del poder espiritual y de la “*summa potestas*” pregonada por doctrina de la Iglesia.

De otro aspecto, en la Edad Media, el confronto entre los reyes cristianos frente al Imperio Romano no solo accediera espacio a nuevas formas de ciudades “libres”, más también las monarquías alcanzaron un significativo grado de independencia, donde el monarca recibía el título de “rey” conferido por derecho exclusivo del Emperador, empero, este último no perdía el poder de la *supremacía*, considerando que aquellos seguían dentro del Imperio.

Estas nuevas formas de ciudades, y así también, las propiedades feudales poco a poco adquirirán mayor independencia incluso en contra el poder del monarca²⁹⁴, lo cual también luchaba por mayor *plenitud potestad*.

Aunque el proceso histórico-evolutivo de formación de la unidad del Estado no sucede de igual modo en las distintas regiones del continente europeo (Alemania, Francia, Inglaterra, España, Italia, Portugal etc.) es posible apuntar que solo con la “soberanía del rey” convertida en un concepto “absoluto” por Jean Bodin²⁹⁵, en el siglo XVI, hallase en esta idea la primera aportación de la concepción de “unidad del Estado” con el empleo del término “soberanía” como “el poder absoluto y perpetuo de una república”²⁹⁶.

²⁹⁴ Ibidem, p. 410. Véase en Jellinek: “No solo se oponían la Iglesia y el imperio a la concepción sustantiva del Estado, sino que el feudalismo luchaba también en contra él. El señor feudal, y más tarde las ciudades libres, crean una situación que en algunos países (piénsese en la época del interregno) llega a la negación total del Estado.”

²⁹⁵ Vide. la definición clásica de Bodin: “*L’État est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce que leur es commun avec puissance souveraine*”. Apud. Jellinek. G. *Teoría general del Estado. Op.cit.* p.415.

²⁹⁶ En el texto original: “*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République, que les Latins appellent majestatem, les Grecs [en grec], et [en grec], et [en grec], les Italiens seignoria, duquel mot ils usent aussi envers les particuliers, et envers ceux-là qui manient toutes les affaires d’état d’une République: les Hébreux l’appellent [en hébreux], c’est-à-dire la plus grande puissance de commander. Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu’il n’y a ni jurisconsulte, ni philosophe*

Es decir, la definición de soberanía formulada por Bodin hace también en una importante consideración sobre el poder soberano del Estado, lo cual “hace consistir en un número determinado de derechos particulares”²⁹⁷ de una comunidad que es preexistente.

A partir de esa definición, durante el absolutismo francés se sostiene la idea de soberanía como un “un conjunto de poderes de que el rey es el titular”, reafirmadas por los juristas Pierre-Cardin Lebret y Charles Loyseau referidos en la obra de León Duguit²⁹⁸.

De otra manera, la concentración del poder del Estado en manos del “rey”, también reforzada por la doctrina italiana acerca de la “soberanía del príncipe”, se suma a la negación de que no hay otro poder sustantivo frente al mismo (postulado de la doctrina francesa), lo que hizo nacer la “doctrina del poder del rey”, cuya la aportación de eso concepto convierte se, posteriormente, en la “doctrina del poder cómo elemento constitutivo del Estado”²⁹⁹.

Aunque se afirme el dogma de la “soberanía del príncipe” en el absolutismo monárquico, resultaría en muchas controversias entre filósofos y juristas dando margen, un siglo después, a las ideas revolucionarias de aniquilar el poder del rey y poniendo de manifiesto el poder en la “nación”; empero, en el período que sucede pos revolución³⁰⁰, esta nueva concepción de ‘soberanía nacional’ designando “*soberanía del Estado teniendo por titular originario la nación personificada*”³⁰¹, guarda resquicios de la antigua formula de una “voluntad superior” que gobierna a todos, lo que sin perder de vista la noción vertebrada de un “derecho subjetivo” del titular del poder, acabó suplantando, en Francia, el dogma de la ‘soberanía del príncipe’.

politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République. Vide. Bodin. Jean. *Les sis livres de la République*. (un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583). édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française. (Liv. I, chapitre VIII). 1993. p.111.

²⁹⁷ Ibidem, p. 111.

²⁹⁸ Vide DÜGUIT. León. *Las transformaciones del derecho público*. Traducción Adolfo Posada; Ramon Jaen. 2.ª ed., Madrid: Francisco Beltran.1926. P.59.

²⁹⁹ Jellinek. G. *Teoría general del Estado*. *Op.cit.* p.415.

³⁰⁰ Aquí nos referimos a la revolución francesa de 1789.

³⁰¹ Vide DÜGUIT. León. *Las transformaciones del derecho público*. *Op.cit.* p. 41.

Sin embargo, el publicista León Düguit no compartía con la idea de que el objeto del derecho público del Estado francés se centrara en la “soberanía de la nación”, y predicó en la “Escuela de Burdeos” un cambio de pensamiento, planteando sobre las transformaciones del derecho público moderno, propuso un nuevo objeto a partir de la superación del concepto de ‘soberanía nacional’ como fundamento del derecho público, lo substituyendo por la noción de *servicio público*³⁰².

De tal manera, afirmaba que, si el ‘derecho del poder público’ no puede “apoyarse en una delegación divina” y tampoco se explica por una “delegación nacional”, la doctrina de la ‘voluntad nacional’ no sería más que una ficción³⁰³.

Además, Düguit analizó el problema del poder soberano del Estado en una doble vertiente: a) cómo un derecho subjetivo; b) cómo un poder imperialista o regalista³⁰⁴, con intento de fundamentar la superación de la “soberanía” como objeto del derecho público, basado entre otros supuestos, en afirmar el fin de “la relación de soberano y súbditos” y del “derecho subjetivo de soberanía de poder”³⁰⁵.

En síntesis, la contribución de la teoría francesa planteada por Düguit a un cambio del Derecho Público centrada en la doctrina de los servicios públicos, pone la clave al Estado del liberalismo económico en la obligación del Estado en organizar, gestionar y fiscalizar los servicios públicos³⁰⁶

Ahora bien, se pondera que la teoría de Düguit consagró un importante marco en el derecho público a los temas del Derecho Administrativo (de las funciones administrativas, de los servicios públicos, etc.); no obstante, es cierto que este cambio de paradigma no ha llevado al menoscabo el elemento de la soberanía; al contrario, desde la formulación de un concepto político hacia al constitucionalismo moderno, la soberanía

³⁰² Ibidem, P.85-95.

³⁰³ Ibidem, p. 46

³⁰⁴ Ibidem p. 44.

³⁰⁵ Ibidem p. 106

³⁰⁶ Cfr. en Düguit que señaló: “la voluntad del gobernante no tiene ninguna fuerza como tal; no tiene valor y fuerza más que en la medida en que persigue la organización y el funcionamiento de un servicio público. [omissis] El Estado no es un poder soberano que manda; es un grupo de individuos que tienen una fuerza que deben emplear en crear y dirigir los servicios públicos. Ibidem p. 48

suscitó nuevos matices y sigue de gran interés a las teorías del derecho público en su evolución, incluso, en la pos-modernidad. Adelante se abordará variados aspectos del mismo.

2.1. Características de la Soberanía.

En este breve esbozo sobre el tema de la soberanía, no se hará un análisis detenido de las distintas especies de soberanía³⁰⁷ elaboradas por los más diversos teóricos en el curso de la historia-política del Estado, pero considerando que la comprensión de la relación entre poder del Estado y soberanía se hizo necesaria a los avances de su evolución hasta llegar al concepto jurídico propiamente, importa examinar algunas de sus características ontológicas-sustanciales:

i) el sentido defensivo o negativo.

El primer concepto político formulado en torno de la “soberanía” fue esencialmente de naturaleza *negativa*, pues conforme hemos comentado arriba, la soberanía aparece como la negación de otros poderes que luchaban contra el estado monárquico. A eso respecto, la doctrina francesa del derecho público clásico³⁰⁸ distingue entre los dos aspectos de la soberanía: _ negativa y positiva, lo que en resumen decía, que el sentido negativo significaba que “el Estado soberano no tiene a nadie sobre sí” porque la soberanía es “el dominio de sí” o la “posesión de sí”³⁰⁹.

Por eso también, el concepto de soberanía revela un matiz *defensivo* de resguardar a quien detiene el poder de mando.

Otra valoración de la soberanía en sentido negativo comprende el atributo de poder del Estado contrario a toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder; Por ello, una síntesis de esta idea se encuentra en la teoría del derecho público

³⁰⁷ Véase a propósito el trabajo de Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*. Op. Cit. P.

³⁰⁸ Refiere a teoría formulada por Maurice Hauriou de la Escuela de Toulouse.

³⁰⁹ Cfr. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Op.cit. p. 195.

alemán pregonada por Jellinek: _ “Poder soberano de un Estado es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente”.³¹⁰

ii) el sentido ofensivo o positivo

Posteriormente, surge el sentido *ofensivo o positivo de la soberanía* centrado en las acciones concretas del Estado³¹¹ y de la persona del soberano³¹², en el marco del absolutismo inglés y francés. Este sentido estaba relacionado con las *funciones o facultades* que el rey debería ocuparse en cuanto el detentor del poder mayor del Estado, las cuales pasaron a ser consideradas como tales “derechos de soberanía”³¹³ e identificados, igualmente, como los poderes del Estado³¹⁴, _ lo que sería en la opinión de algunos teóricos³¹⁵ una situación equivocada, por confundir soberanía con el principio monárquico³¹⁶ e luego, intentando centralizar la idea de “soberanía del príncipe” con el “fin mismo del Estado”³¹⁷.

³¹⁰ Ibidem, p. 432.

³¹¹ Refiere este período aquí sobre todo al Estado Absolutista.

³¹² Los precursores de esta teoría en Francia son de la Escuela de Tolosa (Feerault, Guy Pape, Boyer, Montaigne), apoyados en las ideas de Bodin, que sin embargo no ofrecía un concepto positivo de soberanía, sino que de fuerte negación por concebir “un poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos”. Cfr. Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.*, p. 415-16 y 422.)

³¹³ Señala Bodin cuales son ellos: el derecho de legislar, el derecho sobre la paz y la guerra, el derecho a nombrar a los altos dignatarios, el derecho supremo de justicia, el derecho a la fidelidad y a la obediencia, el derecho de gracia, el derecho de moneda y el derecho a fijar impuestos. Cfr. Jellinek, G. *Ibidem*, p. 422-23.

³¹⁴ Por oportuna, véase con explicativa clareza en Jellinek la problemática que emerge de la tesis de los derechos del soberano: “Esto aparece ya en Bodin, que hace consistir el poder soberano en un número determinados de derechos particulares. Es verdad que estos derechos no se consideran derivados de la esencia misma de la soberanía, esto es, no se demuestra que no pudiesen ser derivado con igual razón de un poder no soberano, pero en lugar de la prueba, se usa de la afirmación. Es claro, pues, que en esta equivalencia entre función del Estado y derecho de soberanía, radica una *petitio principii*: del hecho de que el soberano ejercita un derecho, se concluye que se trata de una función del Estado, siendo así que debería probarse que constituye una función necesaria del Estado, la cual, por esta razón necesita pertenecer al soberano[...].” *Ibidem*, p.422

³¹⁵ Citan se en la doctrina alemán Albrecht, Gerber referidos por Jellinek, siendo oportuna la lectura de esta reflexión en su obra citada. *Ibidem*, p.431

³¹⁶ *Ibidem*, p. 431.

³¹⁷ Basada en la teoría de los fines objetivos del Estado, que se divide en dos supuestos: una corriente que defendía los fines universales y otra que defendía de los fines particulares. Ora esta última considera que el fin principal del Estado sería defender sus intereses privativos que solo a él corresponden. Un precursor de esta tesis tendría sido Montesquieu, lo cual defendió la doctrina del Absolutismo. *Ibidem*, p 235-36 [nota de pie 7].

Así, el hecho de que unos de estos derechos fuesen conferidos a los súbditos, no implicaba en limitación del poder del soberano, vez que aquellos solo serían transferidos a “título precario”, es decir que tales derechos podrían ser restablecidos en cualquier circunstancia al monarca, su legítimo titular³¹⁸. Este es la característica *ofensiva* de concepto de soberanía.³¹⁹

De otro modo, este concepto *afirmativo o positivo* de la soberanía está anclado en la teoría del derecho natural, que planteaba la origen del principio al monarca, cuyo el carácter de centralidad del Estado en posición de “unidad” en relación a los súbditos _ no importando que denominación le fuese atribuida se “soberanía nacional” o “soberanía del pueblo”_, acabó por apartar cualquier dominio de los poderes públicos en manos de una asociación dentro del Estado, al tiempo en que también simbolizó un cambio de identidad de la soberanía del príncipe convertida entonces en el “principio monárquico”³²⁰.

Así siendo, la soberanía afirmase y se fortalece también por ser el discurso de las teorías de la “voluntad general” oriunda del pueblo³²¹, por las cuales se refuerza el derecho del poder del monarca, con carácter de un principio³²².

El significado de soberanía *positiva* en la teoría de Maurice Hariou, por ej., afirmaba que es algo más complejo porque implicaría en la comprensión de que “hay poder que posee a otro”, lo que en otras palabras, era una consecuencia de la estructura del

³¹⁸ Esta tesis fue el eje central del Absolutismo Monárquico en Francia, pregonada por J. Bodin (Jellinek, *Teoría general del Estado op.cit.*, p. 423) y en el Reino Unido por Hobbes. *Leviatán, cap. XXII*, p. 210. *Apud* Jellinek, *Teoría general del Estado op. cit.*, p. 423, [nota de pie 57].

³¹⁹ *Ibidem*, p. 423.

³²⁰ De este modo, en Francia la ofensiva de la soberanía fundada en el principio monárquico se transforma en Absolutismo. *Ibidem*. P. 417.

³²¹ Éste apoyado el pensamiento de Rousseau del “poder inalienable del pueblo” e en las ideas de los ingleses Thomas Smith, Locke hasta desarrollar el constitucionalismo por Benjamín Constant.

³²² Véase en Jellinek la consecuencia en la práctica de esta doble concepción: “La transformación que sufre, pues, la doctrina de la soberanía del príncipe al transformarse el principio monárquico solo puede explicarse poniéndola en relación con la teoría de la soberanía popular, no como si se tratase de una derivación de ella, sino más bien como una oposición a la misma, pues la primera era considerada como doctrina enemiga del Estado. En la Política práctica debía ser, por consiguiente, el principio monárquico el punto firme desde el cual debía vencerse definitivamente la revolución.” Jellinek, *Teoría general del Estado. Op. cit.*, p. 430.

Estado, donde “es la soberanía la que posee el poder de gobierno”³²³, y, por tanto, lo controla.

2.2. La soberanía del ‘populus’ y ‘del príncipe’.

Señalase aún más, respecto a la evolución del contenido de la soberanía ofensiva o *positiva*, en la literatura, se hallan dos ideas distintas a saber: _una que deriva del *populus*³²⁴ y _otra originaria del *príncipe*.

La primera se deriva, a la vez, en dos vertientes: a) la teoría alemana del derecho de consideración del Estado cómo una *gran corporación*, alrededor del cual se apoyaban los orígenes del *poder general en sus miembros*; _ b) la teoría francesa de la *soberanía popular*, según la cual el fundamento del poder del rey reside en el poder del pueblo (apoyada en el contrato social)³²⁵.

La segunda concepción centrada en “los derechos exclusivos del *príncipe*”, del cual se admite la existencia de un “órgano supremo del Estado” corporificado en la persona del rey, desarrollase una tercera corriente con varios defensores³²⁶, consistió en:

_ a) la teoría del *poder del príncipe*, que defendía la idea de que el poder soberano del Estado y del titular de este poder, personificado en el rey, tiene en esto último reconocido el carácter de órgano situado fuera del Estado (sea ese poder total o parcialmente, según la forma de monarquía dominante), en el sentido de ser una *personalidad pre estatista*³²⁷, de modo que el derecho del monarca procede no solo del orden del Estado, pero de un acto que le precede³²⁸ (aquí reforzada por los defensores del *iusnaturalismo* según el postulado de que el poder del rey emana del espiritual, y no solo justificable en el material).

³²³ Cfr. HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. *Op.cit.* p. 195.

³²⁴ Significa “una suma de individuos previa al Estado y unificada por éste”. *Ibidem*, p. 418.

³²⁵ “El pueblo cede al rey todo el poder a título de precario, poder que en toda ocasión puede recobrar”. *Ibidem*, p. 420.

³²⁶ *Ibidem* p. 426, [nota de pie 61]: “Desenvolviendo la doctrina de Bodino, Hobbes y Puffendor, ha sostenido la escuela del derecho natural en Alemania, en el siglo XVIII, la teoría del de que el poder del Estado corresponde al jefe del mismo, y que a la cualidad de tal jefe supremo conviene todas las facultades como derechos exclusivos de la majestad, derechos que son necesarios conviene todas las facultades como derechos exclusivos de la majestad, derechos que son necesarios para que Estado alcance su fin; tratar de alcanzarlo es el deber del monarca.(...)”

³²⁷ *Ibidem*, p. 417-419.

³²⁸ Reaparece la doctrina teológica del Estado que hasta mediados del siglo XIX aún no había se extinguido.

Consecuentemente, las diversas concepciones de soberanía mantienen este concepto un tanto cuanto confuso en el siglo XIX, ora determinando que era un “atributo del poder del Estado” (teoría del derecho natural), ora destacándola como “el lugar jurídico del más alto órgano del Estado” (teoría orgánica) o simplemente la definiendo como el “poder del Estado en sí mismo”³²⁹. Algunos autores³³⁰ incluso relacionan a Grocio, la tesis de que él considerada la soberanía popular como el fundamento de la soberanía del príncipe.

Mientras tanto, la doctrina alemán del derecho político del siglo XIX, cuyo uno de sus representantes fue el jurista Gerber hizo una crítica contundente, para quien las expresiones “*soberanía del príncipe, soberanía del pueblo y soberanía de la nación*” no pasaban de términos utilizados por distintas teorías políticas³³¹, pues en suma, la soberanía él definiera ser “*un atributo del poder del Estado*”, *al revés de lo que decían los defensores del absolutismo, y después la teoría orgánica del Estado “no es el poder del Estado, sino un atributo en sí mismo”*³³².

En resumen, hecha previamente esta delimitación conceptual evolutiva de la soberanía y de sus características esenciales, conviene, por tanto, establecer algunos de los distintos postulados que encabezan las dos referencias teóricas subrayadas el en inicio de esta Sección respecto a las teorías de la indivisibilidad del poder del Estado y de la división del poder del Estado, verificando sus respectivos fundamentos teóricos.

2.3. Teoría de la indivisibilidad del poder del Estado.

De partida, no se abordará en este punto la historiografía de las teorías del estado y del derecho que plantearon el concepto de la soberanía desde la idea de ‘soberanía real’, como un precepto vinculado a la noción de derecho de propiedad del titular del poder (el rey), lo que después, cambió a las teorías contractualitas del período

³²⁹ Véase en la teoría alemana de Rehm, *Staatslere*, pp.57 ss. Apud Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.*, p. 431 [nota de pie 71].

³³⁰ Citan se Gierke, *Althusius*, y Rehm, *Geschichte*. Apud Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.* p. 421 [nota de pie 48].

³³¹ Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.*, p. 431.

³³² *Ibidem*, p.431.

revolucionario del estado francés, ni se tratará de la noción de ‘soberanía nacional’ cómo objeto de la teoría del derecho público³³³.

Los dos conceptos radican en la idea de indivisibilidad del poder, sea en la máxima del absolutismo monárquico, definido por Jean Bodin: «el poder absoluto y perpetuo de una república»³³⁴, sea en el principio consagrado en la Constitución francesa de 1791 de «la soberanía una, indivisible, inalienable e imprescriptible» personificada en la nación³³⁵.

Así, la “teoría de la indivisibilidad del poder del Estado” estaba embazada en el supuesto de que “la soberanía es la nota esencial del poder del Estado”³³⁶. Eso significaba que, si *el poder soberano del Estado es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; y es por consiguiente el poder supremo e independiente*³³⁷, luego, tal independencia solo era posible si se consideraba ésta en un carácter *jurídico ilimitado*³³⁸ (oriundo de la *ley*).

La concepción jurídica de la soberanía ilimitada pretendía así, justificar su fundamento de legitimidad del poder del Estado a través del derecho, donde las teorías del contrato social convencidas de que determinados fines políticos habían de ser alcanzados por el “contrato”, _ entre todos los individuos en favor de un deles con atribuciones de los representar_ ³³⁹, predicaba el dogma de que “por obra del contrato que

³³³ Consultar entre otras importantes obras de la doctrina clásica Düguít, L. *Las transformaciones del derecho público*. *Op.cit.*, P. 49-84

³³⁴ *Ibidem*, p. 59.

³³⁵ *Ibidem*, p. 71.

³³⁶ Jellinek, G. *Teoría general del Estado*. *Op.cit.*, p. 441-42.

³³⁷ *Ibidem*, p. 433.

³³⁸ Se recuerda que, la idea de ‘poder supremo’ fue primero objeto de afirmación por la Escuela del Derecho Natural que preconizaba el dogma religioso de un ‘poder divino y superior a todos’; Posteriormente la idea de supremacía del poder fue ampliada por Hobbes, Locke según la idea de una “voluntad general” entregue en manos de un soberano por un contrato (la ley); y un siglo después reafirmado por Rousseau, Montesquieu fundado en la noción de ley como expresión de la voluntad nacional.

³³⁹ Cfr. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro y M^a. Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 112. En el texto traducido: “... *dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração. É evidente que quem é tornado soberano não faz antecipadamente qualquer pacto com seus súditos, porque teria ou que celebrá-lo com a multidão, na qualidade de aprte do pacto, ou que celebrar diversos pactos, um com cada um deles.*”

sirve de fundamento al Estado, el poder jurídico ilimitado del soberano, somete los individuos a la autoridad ilimitada creadora del derecho”³⁴⁰.

No obstante, se puso de manifiesto muchas discrepancias a este postulado, y siglos después la concepción de *soberanía ilimitada del rey* fue duramente combatida por los opositores del Estado Absolutista, según las teorías revolucionarias basadas en un nuevo fundamento del poder de mando o soberanía, en lo cual *la nación es una persona titular del derecho subjetivo del poder público*.³⁴¹

Se resalta más, otros dos supuestos que ya no eran aceptos por los teóricos de la Escuela Histórica del Derecho, a saber:

a) primer, estos críticos consideraban que sostener jurídicamente la idea de soberanía ilimitada del gobernante, intrínsecamente, caracterizaría una posición de superioridad al propio derecho institucionalizado, a considerar que aquel gobernante en cualquier situación que le conviniera podría romper con las leyes en el interés del propio Estado _ lo que reforzaba el individualismo o derecho subjetivo del poder del soberano_, en detrimento del interés del pueblo (la nación);

b) en un segundo matiz, por entendieron que los resquicios del pensamiento de la Escuela del Derecho Natural aún seguían presentes en el dogma de considerar “la existencia de un derecho superior que antecede al Estado”, y por lo tanto hacer justificable los derechos del soberano, y así, poner sin mayores planteamientos la calificación de “jurídica” a la tesis de ‘soberanía omnipotente del gobernante’.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX, la teoría del derecho público se ocupó de plantear nuevos matices entorno de la cuestión de la soberanía por el hecho de afrontar los cambios de la organización económica del estado moderno, además

³⁴⁰ En esta cita se funden las ideas de Hobbes y Rousseau. *Apud* Jellinek, G. *Teoría general del Estado*. *Op.cit.*, p. 433.

³⁴¹ Vide Düguít, L. *Las transformaciones del derecho público*. *Op.cit.*, P. 62.

de defender no solo en ámbito nacional, pero también frente al internacional las cuestiones relacionadas a las nuevas formas de estados (confederados o descentralizados).

Al confrontarse nuevas ideas cuanto a la cuestión de la centralidad ilimitada de los poderes del Estado (en el interior e exterior) y bien así, la perspectiva del político en la teoría general del Estado, mezclándose incluso, al pensamiento jurídico protagonizado por las teorías jurídicas del Derecho Público en Francia y Alemania, se fue demarcando el pasaje de este concepto de soberanía cómo ‘derecho subjetivo de una persona’ (el gobernante) para se afirmar la existencia implícita de una cierta ‘limitación del poder del Estado’ sometido a un orden jurídica determinada que lo impida de suprimir este orden instituida³⁴², sin el cual podría generar hasta un Estado de anarquía.

En este punto la tesis del concepto de soberanía ilimitada se afronta con una gran dificultad ante el dogma de la soberanía ilimitada del estado, lo que era difícil explicar o dar una respuesta a la siguiente pregunta: (¿) cómo el poder público puede ser fraccionado, sea en nuevo modelo estatista _el federalismo, sin se descentralizar (?)³⁴³

En síntesis, el cambio de interpretación delimita nuevos matices del concepto de soberanía que deja de ser solo el calificativo de “poder ilimitado”, sino que la “autolimitación del poder del Estado”.³⁴⁴

Desde este nuevo punto de vista jurídico, el Estado pasó a ser sometido no solo a la fuerza de las leyes, pero a sujetarse a una noción de orden normativa, es decir, cada vez más se aceptada la idea de una corporación (ciudades estados cooperadas), entendido éste como un sujeto de derechos y obligaciones, tal cual los súbditos³⁴⁵.

Por ello, en la doctrina publicista alemán, la definición de *corporación* aparece propuesta por Gierkeen, el siglo XIX, el cual decía que: *la corporación es, ante todo, una persona colectiva (“gesamtperson”), es decir, una comunidad que supera en*

³⁴² Cfr. Jellinek, *Ibidem*, p. 437.

³⁴³ Cfr. Jellinek, *Ibidem* p. 437 y Düguít, *op.cit.* p.75.

³⁴⁴ Cfr. Jellinek, *Ibidem*, p. 437.

³⁴⁵ Sobre la influencia del pensamiento de Rudolf Von Ihering. *Zweck im Recht*, I, p. 358. *Apud* en Jellinek, G. *Ibidem*, p. 435.

un ámbito determinado “el ser para sí” de los individuos, sustituyéndoles por la asociación.³⁴⁶

Ora, ante las nuevas exigencias en el modo de pensar la relación estado y derecho, hubo notables avances en la forma de organización de las actividades y de las garantías de los órganos estatales en Alemania (la administración, los tribunales, el parlamento) frente a una *auto obligatoriedad del Estado respecto de sus leyes*³⁴⁷, habiéndose expandido la “doctrina del poder limitado del Estado”, sostenida por los retos del movimiento *federalista*. Éste será objeto de análisis más adelante.

2.4. Teoría del poder limitado del Estado o de la división de la soberanía.

En finales del siglo XIX, bajo el influjo de nuevas formas de Estados, la teoría del *federalismo* surge afirmando que el concepto de Estado reposa en la soberanía, de modo que, no obstante, una gran polémica se debatía entorno a la tesis de la “división de la soberanía en el Estado Confederado”.

Pese las tendencias de los defensores del constitucionalismo más favorables, sin embargo, otros pensadores discrepaban de tal idea, por el hecho de no reconocieren la repartición de la soberanía, lo que resultó en dos posiciones distintas: _ una que no reconocía al Estado miembro de una Confederación el carácter de “Estado”³⁴⁸; _otra que, simplemente no reconocía el Estado Confederado cómo un Estado soberano propiamente dicho³⁴⁹, considerándole una “sociedad de Estados” o una “corporación”³⁵⁰.

³⁴⁶ Esto concepto de corporación tiene origen en el jurista Beseler, y fue aportada por Gierke en su doctrina de la realidad de las personas jurídicas. Vide. PENDAS GARCIA, Benigno. *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke*. Madrid, AFDUA. 1992. P. 122-23. Disponible en: < <http://hdl.handle.net/10017/6031>> [Consulta en 02 jul 2012].

³⁴⁷ Sobre la introducción del pensamiento filosófico de Kant entorno de , la concepción ética del deber, aplicado a la doctrina del Derecho Público. *Ibidem*, p. 437.

³⁴⁸ Cfr. Meyer-Anschütz, *Lerbuç des deutschen Staatrechtes*, p. 42; Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitution*, p. 117-ss. *Apud*. García-Pelayo, M. *Ibidem*, p. 210.[notas de pie 4 y 5]

³⁴⁹ Citan se Laband, Jellinek, Rosin en comentarios de García-Pelayo, *Ibidem*, p. 211.

³⁵⁰ Sobre el tema véase García-Pelayo, *Ibidem*, p. 210-212.

Todo ese conflicto de opiniones, mientras tanto, se debía también a una cierta confusión en el proceso de definición sobre la naturaleza jurídica de estos dos entes nuevos _ la Confederación y el Estado Federal³⁵¹, entre los publicistas del siglo XIX.

Por tanto, para aquellos teóricos que consideraban la soberanía y el poder del Estado conceptos idénticos, _ una compleja problemática se afrontaba, cuando se trataba de aclarar tales conceptos en el marco del federalismo. Había que redimensionar la idea de soberanía o conformar la nueva realidad política de los Estados “confederados” o “federados” (_ según se solía denominar indistintamente a estas dos categorías en la dada a falta de una fundamentación teórica asentada entre los mismo_), al derecho público y al movimiento constitucionalista de la época.

De un lado, la *teoría subjetiva* del Estado no era favorable a una división del poder o de la soberanía del Estado miembro y del Estado Confederado, por afirmar que tal supuesto acabaría por reducir el “Estado Confederado”³⁵² en *dos poderes fragmentarios o imperfectos* (Unión y estados), lo que implicaría en limitación del poder del Estado miembro (*Land*), cuanto de la Confederación³⁵³.

El confronto de opiniones, lejos de armonizarse, tiene un rasgo de divergencia de conceptos en torno de la soberanía, casi inconciliables. De un lado, el postulado de la corriente subjetivista con el postulado: “*la nota esencial de un Estado es la existencia de*

³⁵¹ Importante de antemano los comentarios del constitucionalista García-Pelayo en torno de las aportaciones relativo a uniones de Estados en Confederación hasta el surgimiento del Estado Federal de la teoría general de Estado. Señaló el maestro que: “C. La denominación Estado Federal comienza a sonar por vez primera en los tiempos de la Confederación Renana, y ya en Zachariã, Von Berger, Klüber etc, se encuentra usada como término contrapuesto al de Confederación. Sin embargo, la denominación no penetra en el Derecho positivo, donde continúan usándose los términos Federación o Confederación, como equivalentes al Estado Federal. Así acaece por ejemplo, en el Tratado de Paris de 1814, en la Constitución Suiza de 1848 e incluso en la de este país en 1874. Es pues en la literatura alemana donde surge la denominación Estado Federal con un contenido preciso y como contraste entre las Confederaciones y las nuevas formas de organización representadas, primero, por los Estados Unidos; más tarde, por Suiza (1848); después por Alemania del Norte y el II Reich (1867 y 1871). Pues como quiera que se estimaba en general que en estas organizaciones exista un nuevo sujeto jurídico-político independiente de los Estados componentes, se afirmó la idea de que a ambas situaciones tenían que corresponder términos diferentes, y de aquí se contrapusiese *Staatenbund* (Confederación, literalmente = Federación de Estados) a *Bundesstaat* (Estado Federal).” En: García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Op. Cit. p. 216.

³⁵² Aquí entendido el Estado confederado cómo sinónimo de Estado Federal. Véase Jellinek, *Ibidem*, p. 454-455.

³⁵³ Esta posición defendida por Jellinek refleja su posición de jurista conservador a favor del poder superior del Imperio, donde la soberanía es uno de sus elementos. *Ibidem*, p. 455.

*un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho*³⁵⁴. De otro, la tesis de ‘duplicidad de poderes soberanos yuxtapuesto’ en una misma realidad del Estado (*Estado miembro y Unión*)³⁵⁵.

Recordase que la teoría subjetiva del Estado defendida en Alemania, por Jellinek en aquello período, hizo fuerte oposición à teoría francesa de Tocqueville y de sus seguidores en Alemania (Waitz, Haenel, Bornhak, O. Mayer, Gierke, Mode)³⁵⁶ por el modo como estos la habían formulado, en favor de la repartición de soberanía del estado federal en el plano político.

Por tanto, los teóricos del poder limitado del Estado o de la división de la soberanía defendían la *autonomía* de los Estados miembros y de las provincias, en nombre de la libertad (la democracia), pero sin proclamar la autosuficiencia; por tanto, la garantía de auto-conservación, incluyendo la defensa del Estado, era una competencia que solo por intermedio del gobierno central podrían acceder, ya que éste ejerce las funciones generales del Estado³⁵⁷.

³⁵⁴ A los defensores de esta tesis no se permitiera concebir dos poderes autónomos, tal cual pretendía justificar las nuevas corrientes del constitucionalismo y también la nueva forma del Estado Federal. Jellinek, *Teoría General del Estado. Op. Cit.*, p.444.

³⁵⁵ Esta última teoría opuesta a las ideas del maestro Jellinek fue defendida por Tocqueville en Francia. Vide. en la obra “Democracia en América” de Tocqueville: “(...) *Varias naciones forman una liga permanente y establecen una autoridad suprema, que, sin tener acción sobre los simples ciudadanos, como podría hacerlo un gobierno nacional tiene, sin embargo, acción sobre cada uno de los pueblos confederados, considerados como cuerpo. Ese gobierno, tan diferente de los demás, recibe el nombre de federal.* P. 169. Cfr. Tocqueville, Alexis. *Democracia en América.* p. 760. Disponible en <http://archivosociologico.files.wordpress.com/2009/08/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>>. [Consultado en 23 mar 2012].

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 455 [notas de pie 127 y 128].

³⁵⁷ Vide las reflexiones de Tocqueville que planteó la cuestión de la división de la soberanía en Norteamérica entre derecho común y derecho excepcional, a seguir transcrito: “*Una primera dificultad debió de presentarse al espíritu de los norteamericanos. Se trataba de compartir la soberanía de tal suerte que los diversos Estados que formaban la Unión continuasen gobernándose por sí mismos en todo lo que no concernía sino a su prosperidad interior, sin que la nación entera, representada por la Unión, dejara de formar un cuerpo y de proveer a sus necesidades generales. Cuestión compleja y difícil de resolver. Era imposible fijar de antemano, de una manera exacta y completa, la parte de poder que debía corresponder a cada uno de los dos gobiernos entre los que la soberanía iba a repartirse. ¿Quién podría prever con anticipación todos los detalles de la vida de un pueblo? Los deberes y los derechos del gobierno federal eran simples y bastante fáciles de definir, porque la Unión había sido formada con el fin de responder a algunas grandes necesidades generales. Los deberes y los derechos del gobierno de los Estados eran, al contrario, múltiples y complicados, porque ese gobierno penetraba en todos los detalles de la vida social. Se definieron, pues, cuidadosamente las atribuciones del gobierno federal y se declaró que todo lo que no estaba comprendido en la definición caía en las atribuciones del gobierno de los Estados. Así, el gobierno de los Estados siguió siendo el derecho común y el gobierno federal fue la excepción (6)*”. (...) p. 129.

En otro punto, el matiz sociológico de la teoría defendida por Tocqueville puso de manifiesto una relevante contribución al principio político de *subsidiariedad*, porque además de resaltar la diferencia entre centralización gubernamental y centralización administrativa, ha puesto en evidencia la noción de límite entra la acción legítima del estado en relación a las acciones de la sociedad³⁵⁸.

El confronto de opiniones sobre la “división del poder del Estado” se justificaba, en especial, cuanto al contenido intentando fundamentar la naturaleza jurídico-política del Estado Federal³⁵⁹. No obstante, la tesis defendida, por ejemplo, por Jellinek hallase en sentido opuesto, pues que para él solo podría existir dos clases de estados: los *soberanos* y los *no soberanos*, y una vez que él creía que la concepción jurídica del Estado reside en *la teoría de la indivisibilidad del poder*³⁶⁰, quedaba claro que se oponía a cualquier forma de *fragmentación de la soberanía en el Estado Federal*. Al revés, sus opositores entendían el concepto de ‘soberanía’ cómo siendo el mismo concepto de ‘poder del Estado’, sin diferenciación³⁶¹.

Vide. Tocqueville, Alexis. *Democracia en América*. p. 760. Disponible en <http://archivosociologico.files.wordpress.com/2009/08/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>>. [Consultado en 23 mar 2012].

³⁵⁸ Para este teórico francés el primer fin del legislador sería valorar el individuo en la sociedad y sostenerlo frente a ella, de modo a conservarle la poca independencia, fuerza, originalidad que se le quedan; levantarlo en costa de la sociedad y sostenerlo frente a ella. Cfr. Chantal, M.D. *L'État subsidiaire*. *Op.cit.*, p. 73. En “Democracia en América” sintetiza el referido pensador que: “*El mundo político cambia y es preciso, en adelante, buscar nuevos remedios a males nuevos. Fijar al poder social extensos límites, pero visibles e inmóviles; dar a los particulares ciertos derechos y garantizarles el goce tranquilo de ellos; conservar al individuo la poca independencia, fuerza y originalidad que le quedan; elevarlo al nivel de la sociedad, sosteniéndolo frente a ella; tal me parece ser el primer objeto del legislador en el siglo en que entramos*” Vid. Tocqueville, Alexis. *Democracia en América*. p. 760. Disponible en: <<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2009/08/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>>. [Consultado en 23 mar 2012].

³⁵⁹ Tocqueville hizo un comparativo del modelo de confederación entre Norteamérica y Europa, del cual se transcribe una sucinta parte: “*Los Estados Unidos de América no han dado el primero y único ejemplo de confederación. Sin hablar de la antigüedad, la Europa moderna ha suministrado varios. Suiza, el Imperio Germánico, la República de los Países Bajos, han sido o son todavía confederaciones. Cuando se estudian las constituciones de esos diferentes países, se observa con sorpresa que los poderes conferidos por ellas al gobierno federal son casi los mismos que los que concede la constitución norteamericana al gobierno de los Estados Unidos. Como esta última, dan al poder central el derecho de hacer la paz y la guerra, el derecho de reclutar hombres y dinero, de proveer a las necesidades generales, y regular los intereses comunes de la nación. Sin embargo, el gobierno federal, en esos diferentes pueblos, ha permanecido casi siempre débil e impotente, en tanto que el de la Unión conduce los negocios con vigor y facilidad*.” *Ibidem*, p.167-8.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 450

³⁶¹ *Ibidem*, p. 456. Impartiendo de eso punto de vista, Jellinek hizo una crítica Véase la conclusión del maestro: “Entre el Estado federal y el Estado miembro no se halla repartida ni la soberanía ni el poder del Estado. Están, sí, repartidos los objetos a que se dirige la actividad estatista, pero no la actividad subjetiva que a estos objetos se refiere. El Estado miembro no tiene tampoco un poder estatista fragmentario; más bien

En síntesis, el teórico alemán Jellinek dejó una gran contribución al Derecho Público, pues discrepando de la teoría política de división de la soberanía instituye el concepto de soberanía cómo una *categoría histórica*, comprendido que el poder del Estado cambia con la historia.³⁶²

También, intentó establecer una neta definición entre ‘poder del Estado’ y ‘soberanía’, ya subrayado en este capítulo, de que el carácter formal de la soberanía es su concepto jurídico,³⁶³ reposa en la idea de que “*la soberanía es la capacidad de determinarse de un modo autónomo jurídicamente.*”³⁶⁴ (Referido con anterioridad en el apartado 1.1., lo cual tiene sus orígenes en el Estado Moderno³⁶⁵).

Y, por último, respecto a la división de los poderes del Estado decía el maestro alemán que ni mismo el principio de tripartición de los poderes, concebido por Montesquieu, logró aclarar la relación de los tres poderes con la unidad del Estado, puesto que, en la opinión de Jellinek no se podría reconocer una división absoluta de poderes en sentido de fragmentación o ruptura de la unidad del Estado. En este aspecto, lo máximo que era posible establecer sería una “división de competencia entre órganos” del Estado.³⁶⁶ Por ello, admitía que, no obstante, la existencia de variados órganos en el Estado, todo él se constituya en una “unidad”, y por tanto en un solo poder del Estado.

los que están limitados son los objetos a que puede referirse su actividad, conforme a la Constitución. Un poder fragmentario del Estado existirá allí donde la función de autoridad no puede manifestarse completamente; por ejemplo, en el caso en que una asociación tuviese el derecho de legislar sobre determinadas cuestiones, y el gobierno, conforme a estas leyes, no perteneciese a sus propios órganos, sino a los de un Estado superior a ella. Los Estados miembros tienen todos los órganos necesarios de un Estado, y ejercen todas las funciones materiales del mismo. Si estuvieran limitados en este sentido, dejarían de ser Estados y adquirirían el carácter de meras asociaciones, cuyo poder no tiene el carácter de poder estatista.” *Ibíd.*, p. 456.

³⁶² Afirmó que: “una concepción de este género está en contradicción con la naturaleza del poder del Estado”, excepto si se pudiese admitir la soberanía cómo una categoría histórica, por el hecho de que el poder del Estado cambia con la historia. Véase respecto a la reflexión de Jellinek. *Teoría General del Estado. Op. Cit.*, p. 454-455.

³⁶³ Jellinek, G. *Ibíd.*, p. 433.

³⁶⁴ Véase Libro III-Cap. XIV. *Las propiedades del poder del Estado*. En: Jellinek, G. *Ibíd.*, p.449.

³⁶⁵ Se encuentra la siguiente delimitación desde luego afirmada por Jellinek sobre el Estado Moderno: “La cuestión consiste aquí en saber qué es lo que entiende por Estado moderno. Para Zorn lo era ya el Estado absoluto; para mí lo es el Estado constitucional. (...)”. *Ibíd.*, p. 427, nota de pie 63.

³⁶⁶ *Ibíd.*, p. 454:

Es cierto que la *teoría del poder limitado del Estado* del modo que planteó la cuestión de la soberanía, en inicio del siglo XX, fue causa de intensas contradicciones, por no existir una naturaleza jurídica uniforme del Estado a considerar el concepto tradicional de soberanía cómo equivalente al poder del Estado. Por tanto, esa fue una de las dificultades afrontadas por esta teoría como bien reflexionó Tocqueville: “una forma de sociedad en la cual varios pueblos se funden realmente en uno solo en relación con ciertos intereses comunes, y permanecen separados y solamente confederados para todo lo demás (...). Evidentemente, no es ya ese un gobierno federal; es un gobierno nacional incompleto”³⁶⁷.

Sin embargo, para comprenderse las razones por las cuales el concepto de soberanía fue tan discutido hasta llegar a una idea de vinculación jurídica limitativa del Estado Federal orientada hacia una estructura compuesta³⁶⁸, sería necesario volverse a uno de sus más profundos e interesantes estudios sobre “la doctrina de los fines del Estado”³⁶⁹, lo que no se tratará con en detalle por no ser el objetivo central de esta investigación.

Sin embargo, en este capítulo, el apartado 2.7., tratará en una visión general de la teoría de los fines del Estado, incluso porqué es donde surge la primera aportación en torno del tema de la *subsidiariedad*, no sin antes de se examinar, también, las justificativas del apareamiento de la noción de subsidiariedad y autonomía que se enlazaron al elemento de la soberanía, a partir de la tradición griega y de la teoría del derecho natural, hasta llegar a teoría política de los fines del estado y al derecho público.

³⁶⁷Vide. Tocqueville, Alexis. *Democracia en América*. *Op.cit.* p. 169-170.

³⁶⁸ En la actualidad este tema vuelve a ser discutido. Vide. Wyduckel, D. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. *Op.cit.*, p. 176

³⁶⁹ Advierte el constitucionalista alemán Wyduckel que en la “Teoría de los tres elementos” propuesta por Jellinek, el tema de los fines del Estado no ha servido de fundamentación a referida teoría jurídica, y en la opinión da aquel autor, el tema de los fines del estado hace parte de la teoría social del Estado. Vide. los siguientes comentarios: “La cuestión del fin del Estado y de su justificación, aunque es planteada por Jellinek, no tiene lugar ni en el marco de su "teoría de los tres elementos", ni mucho menos en su teoría jurídica del Estado, sino que es reenviada a la teoría social del Estado y, con ello, a su "otra" cara, sin efectos palpables sobre el estado y su poder (213).” Wyduckel. *Ibidem*, p. 176.

2.5. Idea de *subsidiariedad* en la tradición griega: el sentido de utilidad.

Desde la filosofía griega, asentada por Aristóteles en la obra “Política”, la *pólis griega* representó una sociedad volcada para la “exaltación del hombre en la especie”³⁷⁰; y porque los griegos no sabrían vivir de otro modo, consideraban que el poder era necesario para garantizar la libertad y la diversidad sociales³⁷¹.

Sin embargo, es importante observar que desde el inicio la idea de “subsidiariedad” entre los griegos no implicaba en una relación complementaria o secundaria por parte de la sociedad frente al Estado_ denominado éste también cómo sociedad política³⁷²_, al contrario, el que se podría comprender era que el poder de un soberano sí que lo ejercía en razón de una función de “utilidad”, en el sentido de *suplir* las tareas que la comunidad no las podría realizar, para satisfacer las propias exigencias de la sociedad³⁷³, en determinadas actuaciones, por ejemplo, de la seguridad, en la defensa del cuerpo social y otros.

En la Antigüedad, el poder del soberano (lo cual consistía en las funciones de defensa exterior y de policía, aseguramiento de la orden, de la Justicia, del control de las finanzas, de los cultos) consistió en responder solamente a las situaciones de insuficiencia de la sociedad para llegar a estos fines³⁷⁴. De modo que, el soberano había que respetar

³⁷⁰ Cfr. por Jellinek *apud* Ch.Murhard sobre el pensamiento de Karl Vollgraffs. Véase la nota de pie (7) en JELLINEK, G. *Op. Cit.* P. 236

³⁷¹ Cfr. Chantal MD. *L'État Subsidiaire. Op. Cit.* P.35.

³⁷² En la Antigüedad, no se había formalizado la concepción jurídica del Estado cómo ente autónomo. Así mismo, el concepto de Estado hallado en el “Tratado de la Política” de Aristóteles es lo siguiente: “*Todo o Estado é como sabemos, uma sociedade tendo como seu principio a esperança num bem, como sucede com qualquer associação, pois que todas as ações dos homens têm por finalidade o que elas consideram ser um bem. Todas as sociedades têm, portanto, como fim alguma vantagem, e aquela sociedade que é a principal e encerra em si todas as outras, propõe-se a maior vantagem possível. Chama-se Estado ou sociedade política*”. Aristóteles. *Tratado da Política. Trad. M de Campos. Lisboa: Europa-América. 1977, p.5.*

³⁷³ Cfr. los comentarios de Chantal Milon-Delson cuando analiza sobre la noción de utilidad del poder soberano: “La notion d'utilité apparaît chez Homère: le roi porte-sceptre, détenteur de ce que nous appellerions aujourd'hui la souveraineté face aux multiples rois secondaires, est hissé au pouvoir en vue de la guerre, même s'il possède encore certaines attributions du pouvoir théocratique des anciens âges. Il s'agit au départ de la seule tâche devant laquelle les sociétés demeurent impuissantes”. *Ibidem*, p. 23.

³⁷⁴ Esta noción imparte de la Antigüedad, mismo cuando no se había elaborado un concepto político de Estado, pero se encuentra entre los griegos la esencia de la “política”, según los comentarios del historiador Moses Finley reafirmados por Chantal Milon-Delson, adelante: “*La politique telle que nous l'entendons compte parmi les activités humaines les moins répandues dans le monde pré-moderne. Ce fut bien una invention*

las condiciones individuales y de los grupos en el sentido de que a éstos cabían desarrollaren sus actividades privadas, generar la producción, el comercio, etc., ante la necesidad de preservación de *la autonomía*, mismo que fuese esta una libertad limitada.

Ni era otra la finalidad esencial del poder soberano, sino que promover al “bien común de todos” para ser un gobierno justo, y no decaer en un poder despótico³⁷⁵. Esta concepción de Estado heredada del pensamiento de Aristóteles se traducía en la premisa “vigilar los contratos y asegurar el buen orden”³⁷⁶.

Por ello, es posible deducir que una primera idea de subsidiariedad surge relacionándola con la de “utilidad”, construida bajo la noción de que “el poder saca su legitimidad de la función de utilidad, frente a una sociedad incapaz de atender todas sus necesidades”. Consecuentemente, éstos dos conceptos en torno de “utilidad” y “incapacidad” son parciales y se complementan, según señala Milon-Delson, al se

grecque. Il faudrait dire aussi que la politique inventée par les Grecs suppose le respecte des sphères d'action des individus et des groupes, parce que le pouvoir vient seulement répondre à des insuffisances – sur le plan des fins, il n'a pas pour but l'égalisation sociale comme en Chine à la même époque; sur le plan des moyens, il ne possède pas l'ensemble des terres comme dans la plupart des pays que les Grecs appellent "barbares". FINLEY, M.I. *L'Invention de la politique*, trad. Flammarion, p. 89. *Apud*, Chantal Milon-Delson. *L'Etat Subsidiaire. Op. Cit.* P. 20.

³⁷⁵ Cfr. en el Libro III del Tratado de la Política de Aristóteles la siguiente noción: “O governo é o exercício do poder supremo no Estado. Este poder não poderia estar senão entre as mãos quer de um só, quer do menor número, quer do maior número de pessoas. Quando o monarca, o menor número ou o maior número não procuram, quer uns quer outros, senão a felicidade em geral, o governo é necessariamente justo. Mas se tem em vista o interesse particular do príncipe ou dos outros chefes, trata-se dum desvio. O interesse deve ser comum a todos ou se o não é, não são já cidadãos.” Aristóteles. *Tratado da Política. Trad. M de Campos. Op.cit.* p. 79.

³⁷⁶ Cfr. Chantal Milon-Delson en texto original: “*Pour Aristote, le rôle du pouvoir consiste finalement à accompagner l'action sociale pour la déployer au-delà de ses propres performances. Dans une société d'hommes libres, à assumer les tâches qui dépassent la capacité des individus et des petits groupes; dans une société d'esclaves, à administrer la totalité de la vie des sujets insuffisamment raisonnables. La différence entre la politique comme "art de gouverner des hommes libres" et l'économie-gestion et administration tient à la différence de capacité et de statut ontologique des sujets. L'esclave a besoin d'un tuteur, tandis que l'homme libre a ceci de particulier que'il s'appartient à lui-même. On ne peut donc sans injustice le déposséder de soi. Les tâches qu'Aristote attribue au pouvoir politique dans la société libre consistent en des tâches de défense extérieure, de police et de maintien de l'ordre, de justice, de finances communes et de culte. Toutes ces fonctions relèvent de la cité en general, et non des affaires des particuliers. En ce qui concerne celles-ci, le pouvoir doit impérativement "surveiller les contrats et assurer le bon ordre", ce qui diffère absolument des attributions dévolues au pouvoir despotique ou domestique, car celui-ci gère directement la production et le commerce de son domaine. Dans une cité libre, ou encore véritablement politique – car les deux mots pour l'auteur signifient la même chose, le gouvernement despotique ne participant pas de la politique à proprement parler – , le pouvoir n'administre donc pas toutes les affaires, mais en garantit la justice et le bon ordre. Par contre, le pouvoir despotique administre tout, comme dans le domaine économique: "maître absolu en tous les domaines".*” En: Chantal Milon-Delson. *L'Etat Subsidiaire. Op. Cit.* P. 17.

considerar que entre los antiguos que la sociedad es incapaz, porque solo consigue realizar con éxito parcialmente sus actividades sin llegar a todos los fines concretos, de modo que «si el poder es útil, es porque sirve cómo un beneficio adicional, puesto en segundo lugar, pero, no crea a la sociedad, solo la fortalece.»³⁷⁷, y ésta, a la vez, por no cumplir hasta al fin todas las necesidades de manera independiente, por esa razón depende de él.

Sin embargo, entre los griegos, el poder no sustituye *las esferas de actuación de los individuos y de los grupos, los cuáles deben preservar su autonomía*³⁷⁸ en vista de la necesidad de libertad, del actuar por si propios.

Por último, es importante observar que entre los antiguos la autonomía es un concepto ético distinto de otro relacionado con la noción de capacidad que es el de autarquía³⁷⁹, el primer está relacionado con la autodeterminación centrada en la unidad política de la *pólis*, en cuanto el segundo traduce una cierta autosuficiencia que significa una “propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena.”³⁸⁰

2.6. Teoría del derecho natural y *bonum commune*.

Posteriormente, en el siglo XIII, la idea de preservar la autonomía total de los individuos y de los grupos sociales, encuentra una limitación concebida en la doctrina de la Escolástica, uno de los exponentes fue San Tomás de Aquino, bajo el fundamento de que si “la sociedad es un organismo”, y tiene por finalidad el “bien común” de todos los miembros, entonces la sociedad es regida por un *principio de totalidad*,³⁸¹ lo cual imparte

³⁷⁷ Concepto éste extraído de los antiguos, llevado al contenido de profundos interrogantes en la teoría política y filosófica. Vease los siguientes comentarios de Chantal M.D.: “*La notion d’insuffisance appelle celle d’utilité. Le pouvoir se légitime par son utilité, face à une société insuffisante. Chacune des deux notions sous-entend une qualité partielle. Si la société est insuffisante, cela signifie qu’elle gère avec succès une partie de ses activités, mais sans aller jusqu’au bout de ses propres exigences. Si le pouvoir est utile, il faut entendre qu’il sert, mais secondairement. Il apporte un avantage supplémentaire, mais ne crée pas la société qu’il renforce.*” Ibidem, p. 23.

³⁷⁸ Aquí se tratando de la *autonomía social*.

³⁷⁹ Cf. BOURRICAUD, François. *Autonomie*. In: Encyclopaedia Universalis (Vol. 3). Paris: France S.A., 1985, p 52.

³⁸⁰ Cfr. Jellinek, *Teoría general del Estado*. *Op.cit.*, págs. 401-02.

³⁸¹ Cfr. *Summa Théologique*, cap. II, II, qu. 58, art.5. *Apud*. Chantal M.D. *L’État Subsidiaire*. *Op. cit.*, p.36, nota de pie 1.

de la premisa de que en cambio de sacrificar legítimamente algunas finalidades privadas o individuales en favor de las finalidades comunes³⁸², queda por limitar la libertad de los individuos y privilegiar el poder del soberano vinculado al bien común. Luego, toda forma de usurpación de tales fines, por parte del soberano, conviértese en despótico o tiránico.

El sentido de la subsidiariedad puede ser aclarado como *principio de totalidad* el que establece: “la parte de un todo debe ser ordenada a ese todo, antes de ser ordenada para sí mismo”³⁸³, es decir que, las acciones de los individuos dependen del conjunto, del que toma su vida, y encuentra su propósito en el todo. Por eso, tal principio presenta dos significados: un circunstancial y otro fundamental, donde lo fundamental tiene la huella de la solidaridad³⁸⁴ y el elemento circunstancial consiste en la realización personal de los individuos.

Por lo tanto, la concepción tomista sobre la sociedad como ente orgánico³⁸⁵, inspirada sobretudo en el pensamiento de Aristóteles del postulado de que “el hombre es por naturaleza, un animal social y político”³⁸⁶, resalta la idea de que la vida en sociedad implica la interdependencia de sus miembros, y será a través de la política que el poder soberano realiza el fin del *bonne comme*³⁸⁷, para preservar la “unidad” y armonía entre sus miembros.

³⁸² Cfr. Chantal M.D. *Ibidem*, p.36.

³⁸³ *Ibidem*, p.36: “le principe de totalité affirme que la partie d'un tout doit être ordonnée à ce tout avant d'être ordonnée à elle-même. Elle depend du tout, dont elle tire sa vie, et trouve sa finalité dans le tout”.

³⁸⁴ Cfr. *Summa Théologique*, cap. II, II, qu. 26, art.3. *Apud*. Chantal M.D. *L'État Subsidaire. Op. cit.*, p.38, nota de pie 2.

³⁸⁵ Cfr. SAÑA, Heleno. *Atlas del pensamiento universal _ historia de la filosofía y los filósofos*. Madrid: Almuzara, 2006. P. 38-39.

³⁸⁶ Véase en el texto traducido de Aristóteles en lengua portuguesa: “A sociedade que se formou da junção de varias aldeias constitui a Cidade, que tem a faculdade de se bastar a si própria, sendo organizada não somente para conservar a existencia, mas também para procurar o bem estar. Por conseguinte, esta sociedade está também, por sua vez, abrangida pelos designios da natureza, como todas as outras que constituem os seus elementos. Ora a natureza de cada coisa é precisamente o seu fim. Deste modo, quando um ser é perfeito qualquer que seja a espécie _ homem, cavalo familia_, dizemos que pertence à natureza. Além disso, e pela mesma razão aquilo que ultrapasa as outras coisas e mais se aproxima de fim proposto debe ser considerado como o melhor. Bastar-se a si proprio é um fim para que tende toda a produção da natureza e ese estado é também o mais perfeito. É evidente portanto, que toda a cidade pertença à natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Aquele que pela sua natureza, e não como consequência do acaso, existisse sem qualquer patria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem, segundo Homero: um ser sem lar, sem familia e sem leis.” Cfr. Aristóteles, *Tratado da Política. Op.cit.*, p.7-8.

³⁸⁷ Vide. *Summa theologique*, I, II, qu. 21, art.4. *Apud* Chantal M.D. *L'État Subsidaire. Op. cit.*, p.39, nota de pie 7.

Los preceptos que forman la pujante doctrina social de la iglesia en la época medieval, fundada en la concepción de bien común y de otros principios morales de justicia, liberalidad y magnificencia de la voluntad de la sociedad fortalecen los supuestos de un derecho natural divino que rige a todos, lo cual sedimentó el poder temporal y espiritual personificado en el soberano³⁸⁸ y fundó las bases de la Escuela del Derecho Natural.

Esta corriente del pensamiento filosófico-jurídico influyó profundamente la teoría de los fines absolutos del Estado, creando la concepción de que el Estado, en todos los tiempos, mantiene siempre los mismos fines, predicando por tanto un estado ideal, cuyos los fines corresponden a un fin general y único, cual sea garantizar el bien común.

Esta tesis desplegase en diversos matices, uno defendiendo pues, el fin de *utilidad* del poder político, otro los fines *éticos*, y un tercero de los fines *limitados*. Los explicaremos en apretada síntesis:

2.7. Teoría de los fines del Estado y subsidiariedad.

Impartiéndose del análisis del problema histórico propuesto en torno de la soberanía, y admitiéndose la evolución de ese concepto hasta concebir la posibilidad de una *divisibilidad del poder*, el referido tema suscitará distinciones formales de otros componentes oriundos de la repartición de actividades o funciones dentro del Estado entre los distintos órganos.

Así, dichos componentes distinguiéndose propiamente en los conceptos jurídicos de *autonomía y competencia*, resuelta en nuevas teorías desarrolladas en torno

³⁸⁸ Abordando el tema de “voluntad” el teólogo San Tomas de Aquino escribió en una de sus reflexiones que: “En toda serie ordenada de potencias activas activas, la que se orienta al fin universal mueve a las demás, que están referidas a fines particulares. Esto es observable tanto en el orden material como en el social. Pues el cielo, cuya acción tiende a la conservación universal de cuanto tiene un comienzo y un fin en su existir, mueve todos los cuerpos inferiores cuyas acciones se orientan a la conservación de la propia especie o solo del individuo. También el rey, que procura el bien común de todo el reino, con su mandato mueve a cada uno de los magistrados a quienes les tiene encomendado el gobierno de las distintas ciudades.” Cfr. AQUINO, San Tomás. *Suma de Teología*, I, qu. 82, art.4. Regentes de los Estudios de las Provincias Dominicanas en España. 4ªed. Org. BYRNE, Damian. Byrne O.P. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos. 2001. <en línea>: < <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf> > [Consultado en 20 mar 2012]

de tales funciones y actividades ejercidas en el Estado, hasta desbordar en la idea de *subsidiariedad* concretamente centrada en el derecho.

Es cierto que Jellinek no hizo una concepción formalista de la *subsidiariedad aplicada al derecho público, tampoco al constitucionalismo alemán*, pues ni la había examinado cómo principio político en su tratado de *teoría general del Estado*, pero, desde luego, sí que es posible abstraerse tal noción en su tesis, aunque de modo implícito, cuando del análisis de las *teorías de los fines del Estado*³⁸⁹.

Resumidamente, uno de los más importantes debates de la primera mitad del siglo XIX, impartía del problema de los *fines* del Estado, donde la premisa central, discutida por muchos autores del derecho público aquella época, empezaba por el dogma de que “*el conocimiento del Estado dependía de la comprensión exacta que se tuviera acerca de sus fines*”³⁹⁰.

Por ello, afirmaba que “el Estado es una *unidad de fin*”³⁹¹ y por tanto los fines del Estado se distinguían en dos categorías: una que impartía de los *objetivos* o fines “universales”,³⁹² y otra de los *subjetivos* o fines “particulares o privados”³⁹³, siendo que esta segunda clase de los “fines particulares o relativos” convierte se en la cuestión más intrigante planteada por el maestro alemán, a que él se refería como los “fines subjetivos del Estado”, una concepción con la cual él solo concordaba parcialmente, conforme se tratará en más adelante.

De todo modo, la cuestión planteada en torno de los fines *subjetivos* habría que ser resuelta a través de una relación del Estado con los fines individuales del órgano, supuesto eso que consideraba el Estado cómo un órgano centralizador del poder, un

³⁸⁹ El maestro lo hice en un laborioso estudio sobre “La doctrina de los fines del Estado”, en el capítulo VIII de su obra magistral. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. *Op.cit.* P. 454-455.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 234

³⁹¹ *Ibidem*, p. 237.

³⁹² Teoría planteada por sistemas filosóficos antiguos a partir de Platón, Aristóteles; posteriormente, la doctrina teológica de Santo Agustín, Santo Tomás d’Aquino adoptaron una visión de los fenómenos de la historia en la perspectiva del fin último del Estado.

³⁹³ Ideas desarrolladas en el pensamiento de Montesquieu referidas por Jellinek, *ibidem*, p. 236, nota de pie 7.

fenómeno en su evolución. En este contexto, señalaba Jellinek que, por más que se pudiera concordar con la *teoría de los fines particulares del Estado*, en estos dichos fines habría que prevalecer con prioridad los fines subjetivos *superiores*³⁹⁴ del Estado, en detrimento de otros fines individuales *intermedios*³⁹⁵, tomándose siempre en consideración la realidad del Estado en una determinada época, su pueblo y su conciencia social³⁹⁶.

Por consiguiente, según un levantamiento histórico propuesto por él, de partida dos grandes teorías representaron un gran influjo sobre la cuestión de los fines del Estado en la época moderna, a saber:

i) _ la *teoría del derecho natural*, según la cual el Estado “es una institución nacida y orientada a la satisfacción de los fines del individuo”³⁹⁷, _ que aparece con variados matices en torno de esa idea, en la medida que se afirmaba la existencia del Estado y su relación con el derecho, siendo ésta la concepción predominante del valor objetivo o absoluto de los fines del Estado.³⁹⁸

ii) _ la *Escuela histórica del derecho y del estado* que llevó a cabo una nueva teoría jurídica reformadora en torno de los fines Estado, conforme realizado por este crítico, puso en debate los valores individuales de la sociedad frente al Estado, incluso algunas de las tesis fueron de un formalismo extremo³⁹⁹, a punto de prescindir del contenido de las *funciones* del Estado.

³⁹⁴ Los fines superiores envuelven la conservación de la existencia individual y de bien estar de los individuos. Jellinek, *ibídem*, p. 238.

³⁹⁵ Los fines intermedios son aquellos que “todo Estado tiene en cada momento para sí y para sus miembros, que pugnan por realizar, pero esto no empece para que se reconozca en estos fines particulares un fin general.”. *Ibídem*, p. 238

³⁹⁶ *Ibídem*, p. 237.

³⁹⁷ *Ibídem*, p. 242.

³⁹⁸ Llevando se en cuenta que este es un pensamiento ético-filosófico que evolucionó desde la filosofía de Aristóteles a la Escolástica de la doctrina tomista hasta alcanzar una expansión con las teorías del Racionalismo en sus ramificaciones (empirismo e idealismo jurídico).

³⁹⁹ Según señalado por Jellinek, el formalismo extremo pretendía explicar que en el Estado se puede prescindir completamente de las funciones para determinarse éstas cómo los fines, pues que el fin del Estado consistiría en impedir la expansión y la victoria de las ideas revolucionarias. Así, para los teóricos, defensores de estas ideas, la falta de finalidades en el Estado significaba que el orden social es incambiable por negarse el derecho de los individuos tomaren parte en la organización y dirección del Estado. Jellinek en *Teoría General del Estado. Op. Cit.*, p. 242-43.

De tal manera, esta última tesis caracteriza una fuerte concepción de tendencia política que, en comienzo del siglo XIX, afirmaba que el Estado *no tenía un fin*⁴⁰⁰; pero, otra vertiente⁴⁰¹ admitía que el Estado solo tenía “*un fin en sí mismo*”, lo que simplemente negaba el derecho de los individuos tomaren parte en la organización y dirección del Estado⁴⁰².

Por ello, tomándose en referencia las *teorías del Estado y sus fines*⁴⁰³ se puede de antemano considerar que la idea de *subsidiariedad* estaba ubicada en la teoría general del Estado en el sentido ético-político, ya que es una forma de actuación de los individuos y de los grupos en beneficio de su propio desarrollo, en tanto que las interferencias del Estado solo deberían ocurrir en sustitución del cumplimiento de tales tareas de modo secundario, cuando fuera para las concretar mejor, o porque los individuos no las conseguían concretar por ellos mismos.

En efecto, para comprender la finalidad precípua de este principio, tres rasgos importantes justifican la aportación de la noción de subsidiariedad en el contenido de las teorías de los fines del Estado, impartida desde su origen e evolución, conforme se puede apuntar adelante, y que a la vez implicó en la incorporación, más tarde, al derecho:

2.7.1. Teoría expansionista con el fin de utilidad.

⁴⁰⁰ Haller, Karl. *Restauration der Staatswissenschaften*, p.470-s. *Apud* Jellinek, *Ibidem*, p. 243.

⁴⁰¹ Cfr. sobre la Teoría orgánica del estado que niega los fines objetivos del Estado por los autores Friedrich Schelling y Adam Muller. *Apud* Jellinek, *Op.cit.*, p.235, nota de pie 5.

⁴⁰² Jellinek, *Ibidem*, p. 243.

⁴⁰³ Véase en Jellinek la siguiente argumentación: “Tanto la introducción a la Constitución de los Estados Unidos de América, como la Constitución de la confederación suiza y la introducción a la Constitución del imperio alemán, estatúen como motivos expresos de las nuevas formaciones políticas, los fines del Estado que va a ser fundado. Por importante que sea este último hecho para conocer las ideas vivas que tiene los príncipes y los pueblos acerca de la finalidad del Estado, no por eso se ha de prescindir de determinar los límites de esta teleología política. La afirmación, tan frecuente antes, de que el problema más importante de la doctrina del Estado es el de fijar sus fines, porque de ellos se puede después deducir la totalidad de las actividades del mismo, es completamente falsa, porque, así como no pueden der producidas las obras de arte meramente por el conocimiento de las leyes estéticas, de la propia manera no puede darse solución a un problema político positivo por simple deducción de los fines del Estado. Si se admite que el fin del Estado consiste en la realización del derecho, entonces no se nos dice qué es lo que debe valer como derecho, porque la forma concreta del mismo dependen siempre de las relaciones sociales circunstanciales de un determinado pueblo. Si bien es verdad que un mismo fin puede ser alcanzado por muy distintos medios, no por eso el conocimiento de este fin nos habrá de enseñar cuáles son los medios para realizarlo.” *Ibidem*, p.240.

El fin de *utilidad*, presente desde los antiguos griegos, pretende afirmar la teoría de los fines universales del Estado en el sentido de dirigir la concreta solidaridad social con objetivo de proteger la supervivencia y el desarrollo de la sociedad, incluso en detrimento de los intereses particularizados de sus miembros, pero en su interés indirectamente⁴⁰⁴.

Por ello, aunque esta teoría intenta explicar que el Estado existe para promover el bien común, dándole el sentido de un fin más profundo en el aspecto de la “utilidad común”, lo problema central está en determinar (¿)cuáles acciones de los individuos deberían se poner límites y hasta dónde(?), o bien así, en determinar cuál es el significado de bienestar para una sociedad en cada época y lugar, lo que sobrecarga de indeterminación su contenido y genera innumerables acciones del poder del Estado sin control o límites.

Por último, lo que resuelta de esta concepción utilitarista⁴⁰⁵ en concreto son los conflictos *internos* en contra la libertad, limitando los valores de la autonomía personal y de las asociaciones de sus miembros, y los *externos* frente a expansión del poder del Estado en contra otros Estados o naciones, que al intento de justificarlos cómo medio de fortalecerse en defensa del bien común, convierte se en una actividad de dominación.

Estos dos órdenes de problemas dan lugar a dos referencias teóricas de esta doctrina universalista con peculiaridades distintas, a saber, que *los fines absolutos o universalistas* del Estado pueden presentar un contenido genéricamente de ‘expansión’ o de ‘limitación’.

2.7.2. Teoría expansionista con el fin ético o moral.

La tesis en defensa de los *fines expansivos*⁴⁰⁶, que a la vez se desarrollaron en las *teorías utilitarista* (subrayada arriba) y las de contenido *ético o moral*, siendo que

⁴⁰⁴ Cfr. Chantal M.D. *Ibidem*, p.38.

⁴⁰⁵ Véase los comentarios sobre la teoría eudomonista utilitarista en Jellinek, *Teoria general del estado. Op.cit.*, p. 244-5.

⁴⁰⁶ Estos fines expansivos tiene el sentido de poder ilimitado del Estado, y no se refiere estrictamente a la expansión de los dominios de su territorio en ámbito internacional, a través de la guerra.

en estas últimas se pone el énfasis de los fines del Estado vinculado a un objetivo de moralidad⁴⁰⁷, lo que ni siempre correspondería, según los críticos de esas tesis, a una explicación razonable sobre el contenido efectivamente las acciones morales del Estado, cuyo resultado práctico casi siempre implicaba en el aniquilamiento de la libertad de los individuos y en formas arbitrarias del gobierno⁴⁰⁸.

Otra dificultad afrontada por los defensores de la teoría moral o ética fue cuanto al contenido religioso, lo cual fue dominante el universalismo de la religión católica en varios sistemas políticos europeos, no obstante, la reforma protestante, por tres razones: a) _ no hacían una diferencia clara entre Estado e Iglesia; b)_ se caracterizó en un elemento limitador de la libertad espiritual de los individuos; y c)_ presenta se en contradicción, pues que el estado era considerado tal cuál la iglesia una institución sagrada, hecho que no coincidía con los fundamentos del cristianismo.

2.7.3. Teoría del fin limitado.

Primero es de destacar, que esta tesis en defensa de los *fines limitados* del Estado contiene los preceptos de esta teoría y son también de índole absoluto o universal porque siguen manteniendo la fuerte idea de que el Estado tiene una unidad de fin, que al revés de ser la realización del bien común, se halla en otro ideal en una de las tres formas: la seguridad, o la libertad o el derecho (este último coincide con la primera forma, según algunos teóricos), lo que de todo modo este fin superior del Estado tiene en común, es lo mismo carácter de estrechar la libertad de los individuos, al considerar que estos deben someter a las leyes del Estado, por consiguiente reduce, también, la actividad fin del Estado⁴⁰⁹.

Señalase que entre los ingleses la teoría de los fines limitados tuvo un gran alcance pues culminó en el liberalismo. Empezó con el pensamiento de Locke⁴¹⁰ para quien el fin del Estado sería el de preservar la propiedad⁴¹¹ y de este modo, aunque

⁴⁰⁷ Uno de los importantes tratados de esta tesis fue elaborado por Hegel, en Alemania del siglo XIX.

⁴⁰⁸ Cfr. Jellinek, *Teoría general del estado. Op.cit.*, p. 246.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 247.

⁴¹⁰ “El fin principal de que los hombres formen una comunidad y se sometan a un gobierno es el de la preservación de sus propiedades.” *Apud Saña, Heleno. Atlas del pensamiento universal. Op.cit.*, p.71.

⁴¹¹ Esta teoría fue de gran influencia al liberalismo económico propuesto por Adam Smith, posteriormente, pero sobretudo afirmaba que la función del Estado al proteger la propiedad, cumple un fin general.

defendiese el Estado liberal oponiéndose al poder de la monarquía absoluta, defendía también la libertad de los individuos para promover su propio desarrollo, lo que sostenía que por medio de un contrato social los individuos habrían que otorgar al Estado la realización de la voluntad general de la comunidad, hecho que implicaría en una limitación tanto de los fines del Estado, cuanto de la libertad de los mismos.

Por tanto, esta forma de valoración del fin objetivo del Estado, intentaba reducir la actividad del Estado, por eso su carácter limitativo, al revés, de las teorías expansivas que “no han hallado una medida interna para la limitación de la actividad del Estado.”⁴¹²

Posteriormente, en Alemania del siglo XVIII la teoría propuesta por Kant centraliza el derecho cómo el instrumento de realización del Estado⁴¹³, al mismo tiempo que se presenta cómo una teoría que se opone a la forma de Estado-policía. Su característica esencial es también el contenido limitativo del Estado ideal que se funda en la sujeción de la sociedad a las leyes jurídicas.

Sin embargo, la tesis del Estado jurídico que se limita a proteger el derecho, lo que ni siempre coincide con la defensa de la sociedad, se diferencia de otras teorías de los fines relativos del Estado. Éste segundo grupo de ideas, ya no consideran el fin absoluto del Estado en un ideal del derecho o de los supuestos del bien común, o de utilidad exclusivamente. Lo más significativo para esta corriente es que el poder del Estado tiene diversos fines en cada época, lugar y según cada pueblo, cuyas las actividades del Estado se suele en cumplir los fines comunes⁴¹⁴.

En resumen, en el esquema propuesto⁴¹⁵ la dimensión universal o absoluta del fin del Estado puede ser así comprendido, en las tres teorías ya comentadas con

⁴¹² Jellinek, *Teoría general del Estado. Op.cit.*, p.248.

⁴¹³ “Um Estado (civitas) é a união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas. Na medida em que estas, como leis *a priori*, são necessárias, ou seja, resultam por si dos conceitos do direito externo em geral (não são estatutárias), a sua forma é a forma de um Estado em geral, i.e., do Estado ideal, tal, como ele deve ser segundo os puros princípios do Direito, idea essa que serve de norma (*norma*) a toda associação efectiva dirigida a constituir um corpo político (ou seja, serve interiormente de norma). Cfr. Kant, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2005. P. 178.

⁴¹⁴ Jellinek, *Teoría general del Estado. Op.cit.*, p.249.

⁴¹⁵ Tomamos el esquema propuesto por Jellinek. *Ibidem*, p.244-ss.

anterioridad que se subdividen en: (i) fin expansionista de utilidad, (ii) fin expansionista ético o moral; e (iii) fin limitado.

Además, pasaremos a examinar un cuarto punto de vista, que cambió las ideas del pensamiento universalista o absoluto dominante, que se identifica en la teoría relativista o de los fines particulares, a considerar que es la antítesis del dogma de la escuela del derecho natural.

2.7.4. Teoría relativista o de los fines particulares en el Estado moderno.

Sin embargo, las nuevas teorías del Estado moderno desarrolladas en torno de los *fines relativos*, rompieron con este ideal de universalidad, pasando a considerar la importancia del Estado personificado en un ente con fines propios, más allá de los fines objetivos.

La *teoría relativista o de los fines particulares* pregonada por la Escuela histórica del derecho al no reconocer un fin abstracto o general del Estado, puede ser fácilmente comprendida cómo la antítesis del fundamento propuesto por la Escuela del Derecho Natural, y consecuentemente la concepción *relativista* imparte del supuesto de que desde la evolución histórica “el Estado está llamado a mantener una relación con los intereses solidarios humanos”⁴¹⁶.

Por tanto, uno de los retos del pensamiento relativista fue plantear, entre las varias actividades que fueran repasadas al Estado moderno, cuáles son las actividades pertenecientes al Estado y las que no le pertenecen.

En primer lugar, se debe aclarar que estos “fines relativos o dichos particulares” del poder del Estado presentan se en dos clases: *fines exclusivos* y *concurrentes*, de que nos interesa esto último por contener el primado político del principio de la subsidiariedad en la teoría del Estado:

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 258.

i) fines exclusivos:

Es donde se insertan la génesis de la relación de los *intereses solidarios de la sociedad* con el Estado.

Por ello, cómo dicho en el inicio de este capítulo (ver anteriormente el ítem 1.5.) la reflexión que hizo Jellinek al afirmar sobre los *fines particulares del Estado*, de que uno solo podría concordar con esa idea si se considerase los *fines subjetivos superiores* del Estado, por ahora es posible sintetizar y aclarar que en la concepción del publicista habían que existir en torno de *tres géneros de intereses solidarios*, a los cuales el Estado debería se ocupar⁴¹⁷: los intereses individuales, nacionales y humanos.

En otras palabras, el significado de esas tres perspectivas, definen que: la *solidaridad frente al individuo* consiste en favorecer su autodesarrollo material e inmaterial (moral, intelectual, espiritual); la *solidaridad nacional* es proyectada en el pueblo, teniendo en cuenta la generación actual y las futuras; y, por último, la *solidaridad humana* que envuelve todos los pueblos, de cada nación dirigida a la totalidad del género humano⁴¹⁸.

Otra justificación teleológica señalada por el autor, se puede sintetizar en el supuesto de que si existe un principio subjetivo superior del Estado, el cual considera “lo más alto principio” que rige la actividad general es el de *promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros*⁴¹⁹.

A la postre, el mismo presenta una definición jurídico-sociológica de Estado valorando dos elementos esenciales: la ‘soberanía’ y el ‘pueblo’, _no obstante, en este concepto él no hace referencia al tercer elemento, el ‘territorio’, lo había incluyendo en la “teoría jurídica de los tres elementos” cuando trató del problema⁴²⁰ __, al que atañe el valor de la solidaridad en sus tres matices ya subrayados:

⁴¹⁷ *Ibíd*em, p. 262.

⁴¹⁸ *Ibíd*em, p.261.

⁴¹⁹ *Ibíd*em, p. 261.

⁴²⁰ Jellinek enumeró tres elementos en su definición jurídica de Estado: el territorio, el pueblo y el poder. Planteó también cual sería el significado de la soberanía, al que encuadró ser una propiedad del poder del Estado, negando el componente de nota esencial del Estado. Cfr. Jellinek, *Ibíd*em, págs. 368-400 y 440-456.

“El Estado tiene para nosotros, hoy, el carácter de *asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que, de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común.*”⁴²¹

ii) fines concurrentes:

Estos serían, a la vez, las acciones del Estado compartidas con los individuos y las corporaciones, de tal modo que éstas últimas el Estado solo las podría concretar a través de acciones exteriores producidas por vía de la administración estatal, si y en razón de los intereses más altos de la sociedad, cuando aquellas no les fuera posible realizar de *per se*. (_ahora bien, abrimos este paréntesis para resaltar que la cuestión de la política de suministro del agua, uno de los puntos de interés del objeto de esta investigación, hallase entre los intereses más altos de la sociedad, y permea la cuestión de las ‘acciones exteriores’ de las administraciones locales y del atendimento a los usuarios, como una autentica exigencia en concretar los dichos ‘fines concurrentes’ ora examinados_).

Por tanto, de esto último precepto se puede concluir que ni todo el interés particular o individualista se encargará a la acción administrativa del Estado, excepto en aquellas situaciones para responder a los intereses solidarios de los ciudadanos o de las corporaciones con vistas a ordenar, organizar, conservar, ayudar, dirigir, suplir o complementar en pro de la evolución de sus miembros.⁴²²

Desde luego, en la teoría de los fines relativos del Estado fue donde se hubiera afirmado con más claridad el elemento de la subsidiariedad, cómo uno de las acciones del Estado aunque de forma implícita no fue nominado tal componente de ‘función’ estatista, _ (y aquí no se preocupa el teórico en delimitar una neta diferencia entre ‘funciones’ y ‘poderes públicos’ cómo lo hizo Maurice Hauriou, lo que trataremos en el próximo

⁴²¹ *Ibidem*, p. 262.

⁴²² Véase en Jellinek la investigación teleológica respecto de los fines relativos y subjetivos del Estado: “Toda actividad del Estado tiene como fin último, desde este punto de vista, cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no solo actuales sino futuros, y además, colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la consciencia de la solidaridad en los pueblos, y hacer que esta realidad supere al Estado y colabore en la evolución de la especie.” *Ibidem*, p. 261.

capítulo de esta investigación), sino en considerar que en determinadas situaciones el Estado debe encargarse en *suplir* la acción individual, o en *complementar* la acción corporativa cuando a uno u otro no les sean posible alcanzar los fines concretos⁴²³. Impartiendo de este raciocinio, pone de manifiesto dos supuestos a considerar, *à priori*:

El primer, es que la intervención del Estado no se llevará al cabo si se trate de intereses meramente individuales.

El segundo, es que la intervención del Estado en siendo *concurrente*, permite al Estado actuar favoreciendo los medios, ni que tenga que excluir las acciones individuales y corporativas no reguladas.⁴²⁴

En este punto, es posible identificar que, en la noción de *finnes concurrentes*, introducidos por la teoría de fines relativos, descansa el concepto ontológico del principio de subsidiariedad en el aspecto político, y sirvió de fundamento posteriormente al concepto de “competencia concurrente” en la doctrina del Estado Federal.

Añadiese también, otra importante aportación de la teoría de los “fines concurrentes” cuanto la “forma de operar” por medio de las actividades externas del Estado, a vista de los beneficios que serán obtenidos, las cuales se pueden alcanzar de dos maneras:

a) medios negativos, afrontando los obstáculos (por ej. en las relaciones económicas, no cobrando un determinado tributo sobre determinada actividad cultural o del arte);

b) medios positivos, proporcionando ayudas, creando condiciones para concretar tales actividades (por ej. incentivando la producción a través del fomento)⁴²⁵.

⁴²³ Respecto a este tema véase las conclusiones de Jellinek en la obra citada, ítem número 7. *Ibíd.*, p. 261-63.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p.261.

⁴²⁵ Véase claramente las explicaciones del maestro Jellinek, en que subrayamos algunos puntos: “La administración de los intereses de la sociedad mediante el Estado solo es beneficiosa siempre que se trate de una actividad que trabaja con medios exteriores y de una manera sistemática; por eso ha menester de medios negativos con que eliminar obstáculos, y medios positivos de ayuda que pueden tener formas distintas según la naturaleza de los bienes de que se trate, los cuales solo pueden consistir en la creación de condiciones exteriores. *La salud, la ciencia, el arte, el comercio, etc., no puede producirlos* directamente; es decir, no es capaz de apropiarse las actividades individuales necesarias para alcanzar aquellos fines. La

Otra relevante teoría que, se añade al debate de la construcción jurídica de la subsidiariedad es del *Federalismo*, donde se estructuran la división de las funciones del Estado y se establece con más evidencia las competencias en los dos niveles central y de los estados-miembros, en el transcurso del siglo XIX e mediados del XX⁴²⁶, de que se tratará adelante, más específicamente del federalismo alemán, no se deteniendo al federalismo norteamericano.

3. Breves conclusiones.

Históricamente ambos los componentes ‘soberanía’ y de ‘subsidiariedad’, desde los antiguos griegos, eran solo formas de organización política y social en la *pólis griega*, no configurando ningún ‘imperativo categórico’ racionalista del punto de vista de la ciencia, mismo por qué no siendo categorías jurídicas de un Derecho natural, y tampoco formalmente reconocidos en principios de Ciencia Política.

Posteriormente, en la medida que en el ‘estado medieval’ se contraponen al apareamiento de las ‘corporaciones’ y al monopolio del poder del imperio romano, se van estructurando también las ciudades-estados, los principados y otras formas de reinos independientes. Eso proceso histórico de situar entre soberanía y subsidiariedad, resulta en

actividad específica de los médicos, profesores, maestros, ingenieros, funcionarios del Estado, es individual, y no puede menos de serlo. El Estado autoriza su acción, pero jamás es ésta el contenido de un órgano del Estado, porque éste es el modo peculiar de determinar al exterior aquellas actividades. Solo puede ordenar que se lleven a cabo tales actividades según determinados principios, y que se siga de ellas determinados efectos. Puede mandar la cantidad, pero no la calidad del servicio. En otros órdenes puede ir más lejos, y en cuanto le sea posible dominar con medios exteriores la producción, no solo de una determinada cantidad, sino de una cierta calidad, valiéndose para ello, cuanto así lo exijan los intereses de la solidaridad, de sus órganos. Los descubrimientos científicos y la producción de las obras de arte quedan fuera de todo posible poder del Estado; pero cuidar de la correspondencia, hacer circular los trenes, erigir establecimientos de seguros, etc., son funciones que pueden ser atendidas por actos de solidaridad, valiéndose de medios exteriores y conforme a su fin. Cuanto mejor satisfechos puedan ser mediante una organización comprensiva y unitaria, es decir, centralizadora, los intereses de la cultura en cuestión, tanto mayor será la exigencia del Estado y hacia el Estado para que los atienda de un modo exclusivo, o al menos de un modo preferente. *De que aquí se sigue que el Estado, en lo que respecta a los intereses de la cultura, unas veces ha de suplir la libre actividad de los individuos, y otras habrá de completarla tan solo. Históricamente, la actividad del Estado ha entrado en estos órdenes después de la actividad privada, a al punto, que la evolución de las exigencias de la cultura respecto al Estado puede representarse como un proceso creciente de expropiación del Estado de la actividad individual.* Muchas veces son asociaciones que no tienen un carácter estatista las que completan la acción del individuo, y en estos casos el Estado ha de suplir tanto la acción individual como la corporativa.” Ibidem, p. 258-9.

⁴²⁶ Cfr. en la doctrina alemán los estudios de Wyduckel, D. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana. Op. Cit.*, p.146-217.

un proceso dialéctico: la primera (soberanía) evoluciona a principio de la Filosofía social, y la segunda (subsidiariedad disfrazada en la noción de autonomía social), pierde su supuesto equilibrio porqué el elemento de la soberanía convierte se en objeto de interés de explicar la centralidad del poder, desde fines de la edad media, hasta llegar al absolutismo monárquico de los siglos XVI-VII.

Es en la soberanía que, paulatinamente, se pone la atención del Derecho del Estado y Derecho Público, por lo tanto, es la nota esencial del poder del Estado. Al revés, la subsidiariedad ni ocupa un lugar en la Teoría del estado y del derecho, cuando mucho subyace en un principio de valoración filosófica del valor social cristiano (en la doctrina tomista), heredera de la noción de *autonomía social* de la ética *aristotélica* y convive al enfrentamiento, casi aniquilada por el Absolutismo de los sistemas francés e inglés.

Sin embargo, fue en Alemania del siglo XVII, en la supervivencia del sistema de corporación cultivado en las tradiciones del derecho germánico, con cauce en la doctrina calvinista, que la subsidiariedad se conservó cómo forma de auto organización de las ‘mancomunidades’ germánicas, reavivado por la teoría de Althusius⁴²⁷. El cual aportó el elemento de subsidiariedad cómo la nota de las primeras ideas del estado federal, al considerar que, en la estructura social, las comunidades (familia, corporaciones de oficios, municipios) son partes del todo, y cada una de estas debe obrar no solo en beneficio de los fines de la comunidad y de los agrupamientos familiares, en concreto, sino defender a los intereses colectivos en común, los cuales no se confunden con los intereses individuales de cada uno.

En suma, al considerar que los ‘fines de una corporación’ ni siempre coinciden con los mismos fines del municipio o de la provincia, e incluso del Estado, él defendía “la autonomía de los grupos” cómo un fin en privado, justificable y explicable a la causa de un valor ético superior que es propio desarrollo de la persona⁴²⁸.

⁴²⁷ Johannes Althusius (1557-1638). Precursor de las ideas del federalismo en Alemania, autor de *La política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*. Trad. Mariño, Primitivo. Org. Truyol y Serra, Antonio. Madrid: CEPC. 1990.

⁴²⁸ Vid. MILLION-DELSOL, Chantal. *L'Etat Subsidaire*. Paris: PUF/Léviathan. 1993. p.50.

Sección II

Teoría alemana del Estado Federal.

Un gran margen de diferentes opiniones se observa entre los autores alemanes en fines del siglo XIX⁴²⁹ e inicio del siglo XX referente a teoría del federalismo, más precisamente al problema del concepto jurídico de soberanía. Así, una profunda retrospectiva de ese tema no está al alcance de esta investigación de manera pormenorizada, pero se puede señalar unos aspectos para el cierre de la discusión de la cuestión de la subsidiariedad, a que vimos tratando en este capítulo, incluso relacionándolo con el concepto evolutivo de soberanía.

El primer aspecto, que cumple observar es que es el Estado federal alemán surge de forma híbrida formado por el Imperio (resultante de la unión entre la Confederación Alemana del Norte y los Estados Alemanes del Sur que firmaron los primeros Tratados en 1870), que sucedió al período de la *Confederación germánica*⁴³⁰; al contrario del federalismo norte-americano⁴³¹ fundado inicialmente en una república independiente formado por los Estados Unidos de América, lo cual también no trataremos en este estudio.

En otro aspecto, es preciso señalar que el federalismo alemán se subdivide, en la perspectiva histórica, en períodos distintos a considerar desde el Imperio (II

⁴²⁹ En este estudio se hace referencia a cuatro teóricos alemanes de ese período, si seguimos un orden cronológico, y ni tanto de referencias teóricas aproximadas. Así, se citan Karl F. Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918), Georg Jellinek (1851-1911) y Otto von Gierke (1841-1921).

⁴³⁰ Este período fue antecedido del Imperio Sacro Romano-Germánico o *I Reich*, comprende del siglo IX hasta mediados del XIX. La Confederación germánica (“*Deutscher Bund*”) sucede entre 1815-1866, caracterizado por ser una agrupación de ciudades-estados (las corporaciones) y otras unidades políticas menores. En seguida, ocurre la primera unificación formando el Imperio o *II Reich* (de 1871-1918).

⁴³¹ Fundada en la independencia con la proclamación de la república en contra de la monarquía inglesa, estableciendo un gobierno de los estados confederados bajo un nuevo régimen democrático.

Reich)⁴³² hacía la Reunificación a fines del siglo XX⁴³³, los cuales no serán aquí examinados minuciosamente en este estudio por no caracterizar el objeto principal de esta investigación, excepto algunas matizaciones puntuales de interés para la teoría jurídica constitucionalista serán referidas.

Sin embargo, por cuestiones metodológicas haremos una delimitación en tres etapas basada en el constitucionalismo-histórico antes referido, en el intento de destacar algunas importantes referencias teóricas dominantes relacionadas al concepto de soberanía en el marco de movimiento federalista alemán rumbo a una consolidación teórica.

1. Teoría de la soberanía en el Imperio constitucionalista alemán.

En Alemania la cuestión de la soberanía estaba envuelta en una relación entre el Imperio y los Estados federados del norte. Para los teóricos alemanes había un cierto consenso de que el Imperio (*I Reich*) hacía parte del Estado Federal del norte y estos formaban efectivamente una cooperación, pero la gran discusión fue delimitar donde estaba el cerne de la soberanía⁴³⁴, levantándose por ello tres hipótesis: 1) si en el Imperio, 2) si en los Estados federados o 3) si en un Estado único o federal, que se sobrepone a los dos primeros⁴³⁵.

⁴³²La composición del Imperio Alemán de 1871 era formado de aproximadamente 25 o 30 Estados reunidos, con denominaciones distintas entre “reino”, “gran ducado”, “ducado”, “principado”, “ciudad libre”. El historiador Fiol Prates (UB) relacionó los veinte cinco estados y el profesor Pendas Garcia (UAM) cita que son más de treinta. Cfr. ROMERO-FIOL PRATES, Manuel. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. Trabajo del DEA 2004/2005 (Departamento de Historia Contemporánea-UB). Disponible en URL: < <http://www.ub.edu/dphc/romerofiolprats.htm>>. [Consultado en 02 jul 2012]. Cfr. Pendas García. *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke*. *Op.cit.* P. 140.

⁴³³ Para la doctrina del constitucionalismo alemán metodológicamente se destacan: el Imperio constitucionalista o *II Reich* (1871-1918), República de Weimar (1919-1933), República Democrática Alemán (Constitución de Bonn, 1949-1990) y la Reunificación (República Federal de Alemania_ RFA, desde 1990 hasta el siglo XXI).

⁴³⁴ El proyecto de Constitución del Imperio se basaba en el principio de que la soberanía tenía que residir dentro del Estado Federal y que la autonomía de los Estados Miembros tenía que ser preservada. Vide. Romero-Fiol Prates, M. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. *Op.cit.*

⁴³⁵ Vide Wyduckel, D. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. *Op.cit.* P.172.

El teórico Gerber introduce la idea de *soberanía compartida*⁴³⁶ en el Estado alemán contrariando la tesis del concepto tradicional de la “indivisibilidad” (defendida por Laband, Jellinek), de una vez que aquel propugna que la limitación de la soberanía se justificaba en función de la Constitución, al considerar más apropiado que se respectase los distintos grados de soberanía, es decir, una delimitación de competencias entre los niveles de estatalidad; pese también, que aceptase la idea de que la federación del norte y el imperio, reunidos, formaban un solo Estado Federal. Entonces, su tesis era convergente con la segunda y tercera hipótesis, creyendo que la soberanía estaba limitada a todos los Estados miembros, pero también existía un poder central soberano.

En sentido opuesto, Laband y Jellinek defenderían que la soberanía no se puede dividir, en tanto, presentan argumentos diferentes para fundamentar los supuestos.

El primer, acude a decir que el sujeto jurídico del poder imperial era el propio Imperio, el cual detiene la competencia superior a todas las otras. Con ese punto de vista, Laband⁴³⁷ dejó una contradicción en su tesis, por poner la nota de la soberanía en el poder indivisible del Imperio, dando a entender que se trataba de un estado estructuralmente unitario-nacional.

Así, para resolver este problema Laband decide separar los conceptos de Estado y soberanía, donde el primero concepto sirve para distinguir el estado miembro de las otras formas de unidades político-administrativas existente en la época (distritos, municipios)⁴³⁸ en el territorio alemán y así justificar la idea de unidad del Estado Monárquico-constitucional en un *estado federal*; en cuanto la soberanía la centra en el primera hipótesis antes referida (1) _ en el Imperio, pues la considera que solo hacía parte del poder del Imperio, lo que en otras palabras significada que los estados miembros no eran soberanos individualmente. Con este supuesto Laband⁴³⁹ defiende la centralización

⁴³⁶ Vide. Gerber, O. *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*. Leipzig, 1880. P. 25-ss. *Apud* Wyduckel, D. *Ibidem*, p.173.

⁴³⁷ Vide. Wyduckel, *Ibidem*, p 174.

⁴³⁸ Por aproximación serían el *bundsland*, *kreis*, *gemeinde*. Hoy la organización territorial en Alemania presenta una estructura de Estados federados compleja, subdividida en un poder central, dieciséis estados, regiones administrativas, ciudades-estados, distritos, municipios y mancomunales.

⁴³⁹ Basado en el artículo 78 de la Constitución de 1871, el jurista trató la soberanía del Estado en el Imperio cómo “la competencia de las competencias”. Vide. Wyduckel, *Ibidem*, p. 173

del estado federal en el Imperio, una posición del conservadorismo, por tanto no admite la división de la soberanía.

De otra parte, la tesis defendida por Jellinek ya fue objeto de comentario, (antes referida en este estudio que remetemos a las explicaciones del subtítulo 1.3. y 1.4), pero es relevante decir que él coincide, en parte, con la idea de soberanía indivisible en el estado federal propuesta por Laband, pero discrepa de este autor por no considerar la soberanía cómo un concepto equivalente al poder político, del modo como fue formulado por Laband. Sí que para Jellinek la soberanía tenía un contenido “jurídico”⁴⁴⁰, por tanto, no la considerada un concepto absoluto, sino que podría cambiar históricamente en el tiempo en su carácter jurídico-positivo, porque se somete a una ley constitucional, luego, variable según el derecho de cada Estado en cada época.

En resumen, para él la soberanía es un calificativo del poder porque el derecho así la garantiza, pero no es el propio poder sinónimo de elemento de dominación, él distingue en la teoría de los tres elementos del estado cuales son los componentes de este, a saber: territorio, pueblo, poder. Por ello, *in casu*, la soberanía no equivale al tercero elemento (el poder)⁴⁴¹.

Del modo cómo separa los conceptos de soberanía y estado, es posible distinguir en ese teórico, la diferencia que hizo entre: a) *estados soberanos* _ es el que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad_; b) *estados no soberanos* es el que se determina libremente solo en tanto que la esfera en que lo hace es aquella en que obra como estado.

En consecuencia, anclado al concepto jurídico de soberanía, Jellinek también introduce la idea de *autonomía y competencia estatal* del Estado, aproximando el

⁴⁴⁰ Jellinek, *Teoría general del Estado, Op. Cit.*, p. 449

⁴⁴¹ Véase en la obra de Jellinek que el mismo planteó: _ “¿Cuáles son los límites del concepto Estado? Estado y no Estado, ¿se encuentran separados hasta el punto de que no sea posible hallar grados intermedios? ¿Hay varias clases de Estado, o este concepto no consiente variedad alguna? Nos encontramos aquí, ante todo, frente a la doctrina de la soberanía del Estado. ¿Qué es soberanía? ¿Es una nota necesaria al poder de aquél? Después habremos de ocuparnos de la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado.” Cfr. Jellinek, *Teoría general del Estado, Op. Cit.*, p.400.

concepto de soberanía al de *autonomía*, pero esta última además de ser una propiedad del poder, la considera también un ejercicio de las funciones estatales.

Así, ha dicho: “la soberanía es la capacidad de determinarse de un modo *autónomo* jurídicamente.”⁴⁴² Por consiguiente, afirmó sobre la *autonomía* es una propiedad del poder del Estado que permite también a través de las leyes el ejercicio de las funciones administrativas y de juzgar.

Por fin, sintetiza el *concepto de autonomía* en el Estado que: “no solo consiste en la *capacidad* de darse leyes a sí mismo, sino en la de *obrar* conforme a ella y dentro de los límites que éstas imponen.”⁴⁴³

Relativo a *competencia*, el maestro alemán, analiza que, si el Estado es dotado de una cierta “orden de atribuciones” permanentes, que son variables tanto en el modo de las realizar y en la extensión, entonces a estas se atribuye el calificativo de *competencias del Estado*⁴⁴⁴.

Por tanto, levándose en cuenta que existen varias “competencias” de Estado, el maestro señala que la “competencia política” a su modo de entender es la que garantiza la condición de independencia de un Estado frente a otro, es decir, la calidad de considerar si un estado es soberano o no depende de su grado de competencia política, porque solo a través de una limitación de la competencia política de un estado impuesta por el orden jurídico de otro estado, que impide la ampliación de las facultades del primero, puede resultar la relación de subordinación.

Así, para el maestro equivaliera decir que los estados-miembros no podrían ser completamente autónomos o detener un poder soberano frente a la organización central del Estado Federal, o, por lo contrario, no sería esta una autentica federación, sino una asociación de estados independientes.

⁴⁴² *Ibíd*em, p. 368-400.

⁴⁴³ *Ibíd*em, p. 447.

⁴⁴⁴ *Ibíd*em, p. 449.

En otras palabras, tomando el sentido del concepto de soberanía absoluta, dijo que, si un estado no puede extender su competencia política sobre otro, es porque no es plenamente soberano.

De todo ese corolario, es posible abstraer en la teoría de Jellinek que para él el concepto de soberanía guarda íntima conexión con la idea de “autonomía del poder”, y, por el contrario, el entendimiento de “competencia” guarda relación con “límite de actuación” del Estado. Existe por tanto aquí una antinomia de conceptos.

Ahora bien, otro teórico de relieve de esa época fue Gierke, el cual sitúa su “teoría de la corporación” en el elemento social analizando el modelo político de asociación-cooperada de los estados en Alemania tendente a reunirse en un todo. Este jurista resurge el pensamiento de Althusius (lo cual ya mencionamos con anterioridad en este estudio, fue el precursor de las primeras ideas del federalismo en Alemania del siglo XVI) de la obra la *Política* del período pre moderno, que concibe el concepto de estado como “una asociación de las asociaciones”⁴⁴⁵.

Así, el mismo Gierke formula su concepto del Estado diciendo que «el Estado no es la fuente última del derecho, como tampoco lo es la voluntad del que manda, sino el órgano del pueblo llamado a expresar la conciencia jurídica que la vida del pueblo ha producido»⁴⁴⁶.

En Gierke la soberanía se relativiza, pierde la identidad de concepto formal-positivista de indivisibilidad, y pasa a ser relacionada al concepto de “orden social jurídicamente organizada”⁴⁴⁷, en lo cual la “asociación cooperada” de estados ejercen su soberanía en sus asuntos internos, y al mismo tiempo se funden en un todo del Estado Federal.

⁴⁴⁵ Expresión tomada de Pendas Garcia, *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke. Op.cit.* p. 132. Un estudio relevante sobre el pensamiento de Althusius se encuentra en el capítulo IV de la obra “L’État Subsidiaire” de Chantal M.D., *ob cit.* P. 47-60.

⁴⁴⁶ Vide. Gierke, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, p. 31 *apud* Schmitt, K. Schmitt, K. *Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía.* Madrid: Trotta, 2009. P. 26.

⁴⁴⁷ Vide. Wyduckel. *Ibidem*, p.174.

La teoría defiende también, que la soberanía reside en esta instancia del poder superior (central) del Estado Federal expresando ora la idea de impermeabilidad del ordenamiento estatal frente al derecho internacional, ora como expresión de una pluralidad de personas estatales preexistentes. En este último, sentada en el siguiente precepto de “persona colectiva” extraída del derecho germánico en sus raíces:

“la persona colectiva y sus miembros constituyen una unidad, dotada de voluntad propia (“gesamtwills”), que no es la simple suma de las voluntades particulares, sino la voluntad común de todos, orgánicamente declarada. Tiene también una capacidad de obrar propia, la posibilidad de realizar una idea colectiva, por sí mismas, y no por terceros, pues las personas ligadas por la constitución corporativa son miembros del cuerpo vivo da la asociación”⁴⁴⁸.

Así, esta teoría parece mezclar la soberanía en las hipótesis (2) y (3) que referimos en el inicio, cuáles sean en: (2) los estados miembros, y concomitante en el (3) poder central del estado federal, en tanto que para algunos críticos⁴⁴⁹ la tesis es dotada de ambigüedad por destacar la soberanía en doble perspectiva, una dimensión político-social de la vida en comunidad en que la concepción de Gierke sobre el Estado es que equivale al pueblo, y al mismo tiempo refleja que todos los estados reunidos formando una federación tiene el poder central en manos del Imperio, siendo el emperador el jefe del órgano central de las altas decisiones.

Por ello, Gierke también separa los conceptos de soberanía y estado (tal cual lo hizo Laband⁴⁵⁰, pero lo diferencia por completo de los argumentos propuestos por el jurista de la universidad de Estrasburgo), porque el planteamiento *gierkiano* al considerar que *la soberanía es un concepto teórico social*⁴⁵¹, lo hace con fundamento en la identidad

⁴⁴⁸ Este esta definición hecha por Gierke se inspiró en las ideas del maestro G. Beseler sobre la persona colectiva, encuentra referida en resumen hecho por el jurista español en Pendas García. *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke. Op.cit.* P. 124.

⁴⁴⁹ Cfr. Wyduckel, *Ibidem*, p 174; Pendas García, *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke. Op.cit.* P. 109-160.

⁴⁵⁰ Laband defiende la continuación histórica del absolutismo en el Estado constitucional alemán (Imperio de 1871) y considera que el Estado es una unidad fuera y por encima del pueblo.

⁴⁵¹ Cfr. Wyduckel, *La soberanía en la historia de la dogmática alemana. Op. Cit.* P. 173-174. Y Pendas García. *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke. Op.cit.* P. 138-139.

entre estado y pueblo, luego, el estado es la unidad de comunidades de individuos. Y, por tanto, el estado federal es la suma de toda la pluralidad de comunidades organizadas⁴⁵².

Por consiguiente, referente a la tesis absolutista de la “soberanía del monarca” (o *soberanía del príncipe*) Gierke discrepa afirmando que en el estado constitucional el monarca no es el único titular del poder; por otra parte, resaltó que, si el monarca es solo un miembro ordinario del Estado, en que pese gozar de un derecho propio en el seno de la colectividad en el Estado, él no detiene soberanía ni frente al Estado ni frente al derecho, sino que es un mero “cotitular del poder”⁴⁵³.

Así, concluye él mismo que el concepto tradicional de soberanía no tiene el mismo valor absoluto en el estado federal, porque la importancia de fortalecer internamente el “germanismo jurídico”⁴⁵⁴, el nacionalismo, alcanzar la unidad de los pueblos en Alemania de su época, hacía de la teoría de la corporación una tesis en defensa de la pluralidad de comunidades (estados) en favor del federalismo, por tanto, el nuevo concepto de la soberanía fuera convertido en una división de diferentes grados, competencialmente limitada por la Constitución⁴⁵⁵, cuyo la función primaria del Estado consiste en:

“da expresión solo a una parte de la personalidad de los individuos que lo componen y a una parte de los fines que persiguen en la comunidad y de la actividad que despliegue en ella; las otras facetas de su personalidad, los otros fines y el resto de su actividad queda totalmente fuera de la vida estatal y

⁴⁵² Wyduckel, *Ibidem*, p.173.

⁴⁵³ Cfr. Pendas García. *Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke*. *Op.cit.* P. 138-139.

⁴⁵⁴ Derecho construido de las tradiciones germánicas (sobre todo el derecho civil de las comunidades, distinto de los conceptos del individualismo e de la doctrina del interés patrimonial de la tradición romano-canónico). Gierke se oponía a la dicotomía entre derecho público y privado, pues defiende la existencia de un solo derecho social.

⁴⁵⁵ Véase los comentarios de Fiol Prates respecto la Constitución de 1871 del Imperio alemán: “La Constitución intentaba mantener un delicado equilibrio entre los elementos federalistas y los elementos centralizadores o unitaristas. Entre los *elementos federalistas* estaría: que la mayor parte de la política interior – enseñanza, religión, policía, sistema judicial, sistema fiscal y administración – se dejaba a los Estados Miembros y la estipulación de que 14 votos en el “Bundesrat” bastaban para bloquear cambios constitucionales, en tanto que para modificaciones en los “derechos especiales” reconocidos a los Estados Alemanes del Sur se requería el acuerdo del Estado afectado. Entre los *elementos centralizadores*: ante todo, se contaba con el *Parlamento Imperial*, el Reichstag, que era una Cámara elegida por sufragio universal, igualitario, directo y secreto de los varones mayores de 24 años (en esto, se recogía el sistema electoral consagrado por la Confederación Alemana del Norte, mientras que el Parlamento Prusiano continuaba basado en el antidemocrático sufragio de 3 clases). El Reichstag tenía garantizado el derecho de iniciativa legislativa”. Romero-Fiol Prates, Manuel. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. *Op.cit.*

entregado al libre desarrollo, de su individualidad, tal como se manifiesta en un gran número de otras asociaciones”⁴⁵⁶.

Sin embargo, la constitución de 1871⁴⁵⁷ como normatividad formal no eliminó el problema fático existente entre los estados asociados en el Imperio (*II Reich*). Es decir, a esta primera unificación de parte de los estados alemanes, vez que el sur aún no hacía parte del estado federal, subyace internamente la tensión constante entre el Parlamento (“Reichstag”)⁴⁵⁸ y el Consejo Federal (“Bundesrat”)⁴⁵⁹, aunque el creciente fortalecimiento del Estado Federal hizo cambiar la función del “Reichstag”, que en el estado federal se fue ampliado y obtuvo mayor participación de los representantes de los Estados miembros⁴⁶⁰.

Una nota importante que se observa en la teoría relativista-organicista en favor de la división de la soberanía en el estado federal alemán del siglo XIX, fue en poner el énfasis del concepto relativista de soberanía distinto del poder del Estado.

⁴⁵⁶ La idea fundamental de que el Estado por ser una asociación superior “por naturaleza” a todas las otras, ni por ello sustituye las acciones de los individuos y grupos, pero solo una parte cuando estos no las pueden concretar. Cfr. Gierke. *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*. (1874), reimpr. Tübingen, 1915, p. 98.99. Apud GONZALÉZ VICEN. Felipe. *La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke*. Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid: SEFJP. 1971-72 (16). P. 15. <en línea>: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2062314>> [Consultado en 12-mai-2013].

⁴⁵⁷ Es conocida por “La Constitución Bismarckiana”. Véase en los comentarios de Fiol Prates sobre la primera constitución del Imperio: _ “El *Reichstag* se reunió el 21.3.1871 y su primera ocupación fue la *revisión de la Constitución de la Confederación Alemana del Norte*. Bismarck ya tenía preparado un proyecto. El primer cambio consistió en red denominar a la Federación como *Reich* y Bismarck, para aplacar a los federalistas, insistiría en mantener el nombre *Bundesrat* (en lugar de *Reichsrat*, como algunas voces sugerían). La *Constitución del Reich* entró en vigor el 4.5.1871. Constaba solo de 78 artículos y no contenía ninguna enumeración de derechos civiles básicos (que ya figuraban expresados en las diversas Constituciones de los Estados Miembros). En términos formales, la soberanía estaba asignada al *Bundesrat*, que tenía atribuidas amplias facultades de iniciativa legal y administrativa. (Prusia disponía de 17 votos dentro de un total de 58). Empero, la Constitución reconocía competencias excepcionales sobre determinadas materias (control del sistema financiero, del sistema postal y telegráfico, del sistema impositivo) a los Estados Alemanes del Sur. En sus orígenes, el Imperio de Bismarck era un Estado-Nación con un rango sensiblemente limitado de poderes formales [Destaque en negrito e itálico nuestro]. Romero-Fiol Prates, M. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. Op.cit.

⁴⁵⁸ Wyduckel, *Ibidem*, p 174.

⁴⁵⁹ Vide en Fiol Prates: _ “(...) Los Estados Miembros estarían representados en un *Bundesrat* (Consejo Federal). El poder ejecutivo residiría en la Presidencia Federal asignada a la línea hereditaria de la corona de Prusia. Sin embargo, el Rey de Prusia no sería un monarca federal, sino que como Presidente del *Bundesrat* era simplemente un “primus inter pares”. Cfr. Romero-Fiol Prates, M. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. Op.cit.

⁴⁶⁰ Antes el *Budensrat* era el principal órgano representativo de los Estados Miembros, después con el incremento de la participación popular en Parlamento Imperial (a través del sufragio) este pasó a ter grande participación de los representantes de los Estados miembros. Vide a ese respecto Wyduckel, *Ibidem*, p. 174.

De un lado, los constitucionalistas que defendieron la tesis de la soberanía estatal como “el poder y grandeza del Estado”⁴⁶¹, eligieron los criterios de independencia, exclusividad, indivisibilidad y supremacía, aunque bajo la idea de “competencia limitadora de la constitución”, porque no aceptaban que se pudiera compartir soberanía internamente entre los estados miembros de la federación alemán.

Por fin, el cambio de paradigma de la teoría jurídica del Estado pone en crisis el dogma de la “soberanía absoluta”, que en el plano práctico quedó por evidenciar la tensión existente internamente entre los estados miembros y el imperio; así, convertir la soberanía en una división de poderes no deja de poner el “estado federal” en una forma de amenaza ante las fuerzas de la monarquía constitucionalista del período.

Otra importante aportación del constitucionalismo del Imperio fue introducir en la constitución el elemento de la *descentralización* de las funciones estatales, delimitando entre funciones *centrales* y *funciones federales*⁴⁶².

i) El elemento central o unitario

Consistía al poder Central ejercer la función de iniciativa legislativa, el control presupuestario, el derecho de introducir impuestos directos, aplicar la ley central por principio de jerarquía (las leyes imperiales tendrían precedencia sobre las de los Estados Miembros), e los Estados miembros estaban obligados a hacer aportaciones anuales al Estado, llamadas de “contribuciones matriculares” en los primeros años del II Reich.

ii) El elemento federal: primeros rasgos.

Consistía ejercer gran parte de la política interior descentralizada en atribuciones a cargo de los Estados Miembros tal cómo de enseñanza, religión, policía, sistema judicial, sistema fiscal y administración.

⁴⁶¹ Entre los defensores se encuentra el constitucionalista suizo BLUNTSCHLI, Johan. *Allgemeine Staatslehre*. 6ªed. Stuttgart, 1886, p. 572 *Apud* Wyduckel. *Ibidem*, p. 172.

⁴⁶² Algunos de estos elementos son referidos en el estudio de Romero-Fiol Prates, M. *El Segundo Reich Alemán (1871-1918) como umbral de la Unificación Alemán*. *Op.cit.*

Esta *descentralización* de funciones presente en el Estado federal denota las primeras formas de reparto de competencias político-administrativas, acercando la instancia más próxima de la comunidad respecto la toma de decisiones e en ejecutar las acciones administrativas propias de los intereses locales, lo que caracteriza el elemento de la subsidiariedad en una de sus formas.

2. La soberanía en la república de Weimar.

Tras el período de la primera Gran Guerra (1.918) y el fin del imperio un nuevo reto jurídico sucede en el federalismo alemán lo cual, internamente, vivía un periodo conturbado del orden política y constitucional debido a inestabilidad de los gobiernos, la debilidad de la democracia parlamentaria, acérrimas críticas a la Carta Constitucionalista de Weimar⁴⁶³, el ascenso de miembros de los partidos extremistas al Parlamento y la pérdida de confianza del pueblo en las políticas del gobierno. Se suman, los cambios introducidos por la política internacional de la “Sociedad de las Naciones”, en consecuencia, del Tratado de Versalles⁴⁶⁴ que impuso al Estado federal alemán diversas sanciones y cláusulas (morales y políticas, sociales-laborales, económicas, militares y territoriales), evidenciando que “el derecho estatal positivo” del Estado se enfrenta a una fuerte limitación en el derecho internacional. De tal modo que, a eso estado de incertidumbres y debilidad motivada por las causas internas y externas los teóricos les atribuyen que el estado alemán vivía una “crisis del derecho y del Estado”⁴⁶⁵.

2.1. La soberanía en el *normativismo jurídico* de Hans Kelsen.

⁴⁶³ Sancionada en 1919. *Ibidem*, p. 177.

⁴⁶⁴ La exposición de motivos del Pacto de la Sociedad de Naciones proclamaba: “Las Altas Partes contratantes: considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad, importa: aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra; mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor; observar rigurosamente las prescripciones del Derecho internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los Gobiernos; hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los Tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados; Adoptan el presente Pacto.(...)”

⁴⁶⁵ Referencia hecha por el jurista Hermann Heller en los años veinte. *Apud Wyduckel, La soberanía en la historia de la dogmática alemana, Op.cit.* p. 177.

A lo largo de ese período la doctrina del positivismo jurídico gana fuerza con la teoría del normativismo del jurista Hans Kelsen⁴⁶⁶, que según afirmaba, era necesario un nuevo concepto de soberanía de una vez que la doctrina tradicional no correspondía al método científico positivista, porque solo reconocía en la soberanía un valor superior al derecho positivo.

Así, él da al concepto de soberanía⁴⁶⁷ un nuevo matiz como “unidad del ordenamiento jurídico del Estado”, también con un carácter absoluto, pero formalmente positivista lo cual reside en la total sumisión del Estado a una *norma hipotética fundamental*, que en último análisis esta “norma-fundamento” debe ser libre de cualquier contenido ideológico del derecho natural, de la religión, de la moral, a tal punto de concebir el orden jurídico como la identidad entre estado y derecho⁴⁶⁸. Al concepto de soberanía Kelsen separó la sociología de la jurisprudencia, con vistas a eliminar del concepto jurídico todos los elementos sociológicos, con el fin de concebir un sistema puro de “imputaciones normativas” que se cierran en la última norma unitaria⁴⁶⁹.

Por tanto, en la teoría *kelseniana*, el único criterio de validez del ordenamiento jurídico estatal él mismo atribuye a la existencia de una *norma fundamental* (“*grundnorm*”)⁴⁷⁰, en que se concreta la concepción de soberanía del positivismo jurídico y pasa ser identificada al Estado constitucional independiente, libre de cualquier subordinación al ordenamiento de otro Estado.

Así, en muchos aspectos Kelsen se oponía a la constitución republicana de Weimar, al que atribuye que esta no materializaba el fundamento de un orden jurídico superior porque, aunque reflejase un perfil más social reconociendo nuevos derechos,

⁴⁶⁶ Sobre el tema Hans Kelsen publicó *El problema de la soberanía*. Cfr. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, 1920, p. 98, *Apud.* Wyduckel, *Ibidem*, p. 177 [nota de pie 224].

⁴⁶⁷ Vide en Kelsen: “A questão de saber se um Estado é soberano é a questão de saber se pressupõe a orden jurídica estadual como suprema.” En *KELSEN, H. Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 372.

⁴⁶⁸ El punto decisivo de esta tesis es decir que el Estado en cuanto constituye objeto de conocimiento jurídico, solo puede ser derecho. Vide Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*. *Apud.* Wyduckel, *Ibidem*, p.178.

⁴⁶⁹ Veáse las críticas de Schmitt. *Teologia política*. *Op.cit.* p. 22.

⁴⁷⁰ En la doctrina constitucionalista contemporánea la norma fundamental hipotética simboliza la noción de poder constituyente originario, por ser la norma que legitima y produce todo el sistema jurídico o que permite jerarquizar los distintos grados de normas en el sistema constitucional del Estado. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., Sao Paulo: Malheiros. 2004, p. 174.

contenía muchas otras limitaciones consideradas, incluso en la opinión pública, una imposición de los adversarios tras el fin de la guerra.

Sin embargo, Kelsen profundizó el planteamiento de su teoría pura del derecho e hizo una reformulación de la tesis, en el marco del derecho internacional, sobre el origen de la “norma fundamental”. Por ello, al admitir que la norma hipotética tiene validez en el derecho internacional, admitió que la soberanía era un elemento de unidad, situado *prima facie* en el Estado nacional, que reconoce a través de su soberanía la primacía del orden internacional. Es decir, además del Estado constitucional, la norma fundamental reside en un orden internacional, desde que los estados asuman “el carácter de un orden incardinado en el derecho internacional, puesto que es delegado jurídicamente por éste”⁴⁷¹.

Desde luego, la teoría del normativismo jurídico al fundamentar el Estado en el centro del ordenamiento jurídico generó una gran controversia en torno del planteamiento de “la doctrina de los métodos y la orientación”, y pese a doctrina del normativismo haber se convertido en el dogma del constitucionalismo contemporáneo, fue notable la influencia de los críticos, en ese período, contradiciendo el pensamiento *kelseniano* en una lucha contra el positivismo en la República de Weimar⁴⁷².

El normativismo jurídico propuso la concepción estática⁴⁷³ del Estado, lo que expresa la forma más aguda del positivismo jurídico, impartiendo del supuesto de que el

⁴⁷¹ Vide. Los comentarios de Wyduckel sobre este planteamiento: “Desde este punto de vista, es inútil la distinción entre soberanía del Estado y soberanía de derecho internacional (223). La idea de una unidad cognitiva del ordenamiento jurídico excluye a la vez la admisión de un dualismo de ordenamientos jurídicos, de modo que no se contempla una distinción entre derecho del Estado y derecho internacional con fundamento en el dogma de la soberanía. Sobre esta base, Kelsen le atribuye juridicidad al derecho internacional, aunque deba aclarar que se trata de un derecho “primitivo” desde el punto de vista de su desarrollo. De esta forma llega a una concepción monista del derecho internacional que parte de la unidad del ordenamiento jurídico. Ésta a su vez, puede fundarse a partir de la primacía del ordenamiento estatal o, al contrario, de la primacía del ordenamiento internacional.”. Kelsen, H. *Das Problem der Souveränität*, *ob. cit.* p. 338. *Apud* Wyduckel. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*, *Op. cit.* p. 178.

⁴⁷² El formalismo jurídico de Hans Kelsen desafiaba la constitución que fue un proyecto sobre todo de Hugo Press discípulo de Gierke. Vide. GARCÍA ROCA, F. Javier. *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar)*. En: REP. Madrid: CEPC. (59). 1988, págs.269-276.

⁴⁷³ Decía Kelsen que un sistema estático de normas é aquello formado por un conjunto de normas cuyo fundamento de validez y contenido de validez son deducidos de una norma general que presupone ser la norma fundamental. Vide. Kelsen, H. *A teoría pura do direito*. *Op.cit.*, p.218.

Estado se funda en una orden jurídica relativamente centralizada (en la norma fundamental)⁴⁷⁴, _vez que admite la descentralización personal y territorial de la estructura organizativa del estado federal_. Obviamente, que las corrientes jurídicas contemporáneas al normativismo, y que admitieron el elemento social, ético y político en la concepción de Estado, repudiaron el dogma o “aislamiento” del estado en el sistema normativo concebido en la hermenéutica kelseniana.

Por consiguiente, si la cuestión de la soberanía no era un problema resuelto en la primera república alemán (e incluso desde el Imperio) por falta de un consenso teórico jurídico-político en ese sentido, aquella altura el problema convierte se más agudizado, vez que viejas y nuevas discrepancias se matizaron en contra el positivismo jurídico dominante y la doctrina del estatismo, la cual concebía que “el derecho no es sino que el derecho del estado”⁴⁷⁵, y al mismo tiempo, repercute en relación al elemento del poder. Por ello, a partir de eso supuesto, el normativismo jurídico afirmaba también que el poder del Estado no es sino la eficacia de la orden jurídica⁴⁷⁶.

La teoría del normativismo formulada por Kelsen en parte basada en la *teoría de los tres elementos del estado*⁴⁷⁷ (_cuyos los elementos nucleares reunidos forman la

⁴⁷⁴ Vide. Kelsen, *Ibídem*, p. 317.

⁴⁷⁵ En inicio del siglo XIX el movimiento sociológico denominado la “experiencia jurídica” surge haciendo oposición a las ideas del estatismo, y presentan entre sus seguidores los sociólogos Proudhon (en Francia), Gierke, Fitch (en Alemania), el sociólogo ruso Gurvitch (naturalizado francés) y otros. Vide. TREVES, Renato. *La doctrina del estado de Herman Heller*. Trad. Ramón Pulido Granata y Francisco Giacobello. RFDM. México: IJ/UNAM. 1957. (25-26). <en línea, 1987>: Biblioteca jurídica virtual disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=25>> [Consultado en 31 mai 2012].

⁴⁷⁶ La afirmación de Kelsen en el Capítulo XII (de la obra *Teoría Pura del Derecho* después de la reformulación de la obra. Berkeley, 1960) adelante: _“Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico.” Vide. Kelsen. H. *La teoría pura del derecho*. 4ª ed. /9ª reimp. Buenos Aires: Eudeba. 2009. p.152. Se resalta que la traducción al castellano fue basada en la edición francesa publicada en Neuchatel, Suisse y traducción a cargo de Moisés Nilve.

⁴⁷⁷ Vide los comentarios sobre la ‘Teoría de los tres elementos del estado’ hecho, posteriormente, por Konrad Hesse: “Estamos conformes en que nos falta una teoría del Estado federal. Pero quizá la práctica ha llenado esta laguna, atendiendo, aunque sea de modo irreflexivo a las necesidades de la experiencia contemporánea en el Estado federal, y desarrollando ideas capaces de sustituir el fundamento teórico. El intento de abrir un camino que conduzca a un resultado, obliga a observar dos tendencias que han encontrado expresión clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La primera está en conexión con la idea de “los tres elementos del Estado federal” desarrollada por Hans Kelsen (21) y Hans Nawiasky (22). Para Kelsen, e igualmente para Nawiasky, de la identificación entre el Estado y el Ordenamiento resulta la articulación en Estado total, Estado superior y Estados miembros, que se manifiestan en la Constitución del conjunto a través de su delegación en los ordenamientos parciales de los Estados miembros y el ordenamiento parcial del Estado superior. En virtud de los esfuerzos realizados para

identificación entre el Estado y el Ordenamiento, resultando aquellos de la articulación en Estado total, Estado superior y Estados miembros), se definen como “orden jurídica relativamente centralizada y limitada”.

Esta idea se sostiene a partir del enunciado de que el Estado nacional es soberano en su dominio espacial y temporal de vigencia, si está jurídicamente delimitado en lo respectivo ámbito de validez relativo a otros ordenamientos de los estados nacionales, e inmediato al derecho internacional, formando con este un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas⁴⁷⁸.

Consecuentemente, en el ámbito interno, será a partir de la norma fundamental (Constitución) que se fija la competencia suprema formando una compleja estructura de jerarquía y subordinación de autorizaciones y competencias en varios niveles.

Cómo afirman los adversarios del normativismo jurídico, en esta teoría el Estado ni crea y ni es fuente del derecho, porque es el propio derecho, revelándose así que, la competencia suprema (la soberanía) no está en una persona real (única) o en un poder sociológico-psicológico (cómo decía Smend), más en una orden constitucional soberana⁴⁷⁹.

reforzar a los Länder hasta situarlos en un plano igual a la Federación, esta teoría ha recibido claramente una amplia aceptación. El Tribunal Constitucional Federal la ha hecho suya de manera inequívoca, incluso si ha sido con breves referencias en la decisión Konkordat²³. En HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*. Traducido por Miguel Azpitarte. En: *Direito Público*. Brasília: IDP/Síntese. Vol. 1, N° 50. 2013. P. 14.

⁴⁷⁸ Vide Kelsen. H. *La teoría pura del derecho*. *Op.cit.* p. 152 y 16.4

⁴⁷⁹ Schmitt hizo una contundente crítica a la teoría pura del derecho, que la entendemos ser relevante transcribir unos puntos de reflexión en lo cual subrayó la cuestión del método y sobre la negación del concepto de soberanía en Kelsen: “desde el punto de vista jurídico, el Estado tiene que ser algo puramente jurídico, algo normativamente vigente, no una realidad cualquiera, ni algo pensado al margen y yuxtapuesto al orden jurídico; el Estado es el mismo orden jurídico considerado como una unidad (Kelsen no parece preocuparse mucho de que ése es precisamente el problema)”. [p.23]... “Los términos orden, sistema, unidad, son simples rodeos para expresar siempre el mismo postulado, y lo que importa es mostrar cómo se cumple el postulado en toda su pureza y cómo de una “Constitución” (que es, o un nuevo circunloquio tautológico del término “unidad” o un *factum* brutal político-sociológico) puede nacer un sistema. La unidad sistemática es según Kelsen, un “acto libre del conocimiento jurídico”. Prescindamos por un momento de la interesante mitología matemática que convierte a un punto en un orden y en un sistema y lo identifica con una norma, para preguntarnos en qué se funda la necesidad lógica y la objetividad de las diferentes imputaciones a los diversos centros de imputación si no se funda sobre una disposición positiva, es decir, sobre un mandato.(...) Fácil es conseguir la unidad y pureza cuando no se para mientes sea para mientes se para mientes en la dificultad verdadera y cuando, basándose en razones formales, se elimina por impuro todo aquello que contradice al sistema. La crítica es fácil para quien a nada se aventura y sigue resueltamente una línea ideológica sin preocuparse de probar con algún ejemplo concreto en qué se

Pese a importantes corrientes jurídicas que defendieron el estatismo en la República de Weimar, sea de forma contundente o más atenuada⁴⁸⁰, este estudio no hará una incursión minuciosa de esas teorías⁴⁸¹, matizando solo los contenidos que llevan a una reflexión del problema de la soberanía aproximando al valor jurídico cultural, social y político contrapuestos al normativismo, lo que se halla en las doctrinas de Rudolph Smend, Heller y Karl Schmitt. Estos, aunque presentan planteamientos disonantes entre sí, son teorías que tiene en común contradecir el positivismo jurídico defendido por el normativismo.

distingue de la anterior su propia jurisprudencia. Los conjuros metodológicos, la agudeza de los conceptos y la crítica penetrante solo tienen valor si son a manera de ejercicios preparatorios. Cuando con el pretexto de que la jurisprudencia es cosa formal, no calan la entraña de las cosas, aunque se disfracen como quieran, no por eso salen de la antecámara de la jurisprudencia. Kelsen resuelve el problema del concepto de la soberanía negando el concepto mismo. He aquí la conclusión de sus deducciones: hay que eliminar radicalmente el concepto de la soberanía (*Problem der Souveränität*, p.320). Es, en el fondo, la vieja negación liberal del Estado frente al derecho y la ignorancia del problema sustantivo de la realización del derecho. Esta concepción tuvo un expositor de relieve en Krabbe, cuya doctrina sobre la soberanía del derecho (publicada en 1906 con el título de *La idea moderna del Estado* y reeditada en 1919 en la segunda edición alemana ampliada), se apoya en la tesis de que solo el derecho es soberano, no el Estado. Kelsen pretende ver en Krabbe un precursor de su doctrina sobre la identidad del Estado y el orden jurídico. Pero si la teoría de Krabbe tiene una raíz común con los resultados de Kelsen por lo que se refiere a su concepción del mundo, nada tiene que ver con él su metodología, la parte más original de Kelsen, y en este sentido, ninguna relación hay entre el jurista holandés y las distinciones del neokantiano alemán en el plano de la metodología y de la teoría del conocimiento. «La teoría de la soberanía del derecho», dice Krabbe, «es, según se tome, ora la descripción de una situación realmente existente, ora un postulado a cuya realización se aspira» (p. 39). Según Krabbe, la idea moderna del Estado sustituye el poder personal (el del rey o de la autoridad) por una fuerza espiritual. «Hoy no vivimos ya bajo el imperio de las personas, sean éstas naturales o jurídicas, sino bajo el imperio de normas, de fuerzas espirituales. Aquí es donde se nos revela la idea moderna del Estado». Cfr. Schmitt, *Teología Política. Op. cit.*, p.24-25.

⁴⁸⁰ Citan se Schmitt, Smend, Heller, Anschütz, Preuss, Thoma, Triepel, Kaufmann y otros. Vide. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra*. Comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional”. Dirigida por ALZAGA, Óscar. Madrid: UNED. 2007 (nov). Págs. 95-123.

⁴⁸¹ Un resumen de esas teorías se encuentra en Wyduckel, que señalo las ideas principales. Vide una parte de los comentarios a seguir: “Es posible perfilar tres grandes líneas maestras, vinculadas a los nombres de Carl Schmitt, Rudolf Smend y Hermann Heller, que, en todo caso, apuntan hacia una superación del positivismo jurídico-estatal. Smend lo intenta a partir de una idea orientada a la coexistencia entre derecho y Estado, que concibe a este último como una parte de una realidad espiritual que se está regenerando constantemente en el seno de un proceso continuo de integración. Heller sobre la base de presupuestos científico-sociales y científico-reales, ve en el Estado una unidad de decisión y de acción organizada en su contexto funcional real. Finalmente, Schmitt a partir de una perspectiva extraordinariamente compleja que concibe al Estado desde el punto de vista político y lo refiere a una decisión infundada creadora de orden. Común a estas concepciones orientadas contra el positivismo jurídico-estatal es la idea de que el derecho y el Estado solo son concebibles de forma insuficiente si no se refieren a la política, la cultura y la sociedad, dado que un pensamiento normativo puro saca al derecho de su contexto y lo aísla”. Wyduckel, *La soberanía en la historia de la dogmática alemana. Op.cit.*, p. 177.

2.2. La contribución de la teoría de integración propuesta de Smend.

La tesis de la constitución social defendida por Rudolf Smend⁴⁸² concibe al Estado cómo unidad de integración, centrado en la rama de conocimiento de las ciencias del espíritu, teoría esta que fue rebatida por sus contemporáneos: Hans Kelsen⁴⁸³ (respecto a la negación del contenido sociológico combatido por la teoría formalista del derecho), por Karl Schmitt (respecto al contenido político) y también por Heller (respecto a la negación del elemento espiritual objetivado).

La teoría del Estado propuesta por Smend concibe un sistema dinámico y funcional, donde Estado y derecho son derivados de la realidad social. Y por así decir, la soberanía es un elemento que surge y se mantiene en ese proceso de integración dinámico, que se renueva constantemente en las estructuras políticas y sociales en el seno del pueblo.

La tesis de la integración fue estructurada en tres elementos⁴⁸⁴: el personal, el funcional (o procesal) y material (u objetiva).

El primer elemento *personal* incardina todas las funciones de dirección de la política en el Estado, lo que en el régimen parlamentario (el gabinete) se identifica cómo la forma más elevada de integración personal de una institución constitucional suprema que ha de crear y mantener cohesionado no solo a aquel sector de ciudadanos que le da su apoyo, sino a la totalidad del pueblo⁴⁸⁵, lo que ejercen su voluntad a través de las formas de integración funcional y en conexión clara con el elemento espiritual

⁴⁸² La tesis de Smend revigora los valores éticos de la sociedad, que según la opinión del constitucionalista Pablo Lucas Verdú: “Smend intenta conectar el Estado con la idea de valores o con exigencias éticas, lo que le acerca al Derecho natural. Es precisamente este intento de conectar el derecho con sus raíces en la sociología, la ética y la política que lo califica como un camino intermedio entre la trivialización de la norma constitucional por Lasalle y el positivismo formalista de Kelsen”. Vide Lucas Verdú P. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. *Apud.* GARCÍA ROCA, F. Javier. *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (...). Op.cit.* p.270.

⁴⁸³ En 1930 Kelsen contestando la teoría de la integración de Smend publicó el trabajo “Der Staat als Integration: eine Kontroverse von anfang”, que fue posteriormente traducida al castellano. Vide KELSEN. H. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Trad. Juan Antonio García Amado. Madrid: Tecnos. 1997. P.74-80.

⁴⁸⁴ Una explicación más detallada se encuentra en Brage Camazano, J. *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica (...). Op. Cit.*, p. 100-101.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 100.

objetiva o material. Otros elementos personales en el Estado se pueden considerar el monarca, la representación administrativa y judicial por agentes del Estado, el ejército, etc.

El segundo elemento *funcional o procesal*: se revela a través de las conductas humanas (el conjunto de la comunidad) que tienden a crear un sentido colectivo, a producir una síntesis social. Así, forma el contenido espiritual presente en el Estado, que puede ser representado por procesos sensibles del espíritu colectivo tales como en las elecciones, las votaciones, las actuaciones parlamentarias, la formación de un gobierno, los referendos, los procesos constitucionales, y, sobre todo, el poder. Por tanto, el sentido de la soberanía está ligado al elemento funcional.

El tercero elemento *material u objetivo*: se refiere al conjunto de valores reunido en el Estado (vuelve este jurista a la cuestión de los fines del Estado), lo que para Smend, no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas⁴⁸⁶.

La soberanía presenta en esta teoría un carácter bifronte, por un lado, identificada como un elemento *personal* que se materializa en el poder formal, y de otro, presenta en el conjunto de facultades atribuidas al Estado (la división de competencias), que hace parte del elemento material⁴⁸⁷.

Al final, el problema de la soberanía para los dos teóricos Kelsen y Smend al que parece se disuelve en las cuestiones políticas y jurídicas⁴⁸⁸.

2.3. Aportación de la teoría del decisionismo político de Karl Schmitt.

⁴⁸⁶ Ibídem, p. 101.

⁴⁸⁷ Wyduckel. *La soberanía en la historia (...)*. *Op.cit.* p. 178.

⁴⁸⁸ Wyduckel, Ibídem, p.179-180.

Otra importante teoría del constitucionalismo alemán de mediados del siglo XX⁴⁸⁹ fue la posición defendida por Carl Schmitt, el cual concibe que las decisiones políticas de un pueblo formen la voluntad única del Estado⁴⁹⁰. Por ello, decía que “Soberano es aquél que decide sobre la excepción, entendiendo esta acepción como un concepto límite”.

Esta teoría conocida por teoría de la decisión política o “decisionismo político” (*dezisionismus*)⁴⁹¹, sitúa el concepto de soberanía como un concepto límite, según lo había definido Schmitt en su obra *La Teología Política*, inspirado en las ideas de Bodin, afirmando que:

*“Soberano es quien decide sobre el estado de excepción. Solo esta definición poder ser justa para el concepto de soberanía como concepto límite. Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite.”*⁴⁹²

De eso concepto importa comprender, en la ‘teoría *schmittiana*’ dos planteamientos básicos: ¿qué es el estado de excepcionalidad o la situación imputable cómo tal? ⁴⁹³ Y ¿por qué Schmitt concentró la soberanía en eso concepto de excepcionalidad?

Para contestar la primera cuestión, hay que considerar que para Schmitt el “estado de excepción” es un “concepto general de la teoría del estado”, y no solo un hecho que reclama un decreto de “estado de necesidad” o de un “estado de sitio”, según prescribe una norma general, porque es en el acto de decidir que contiene el elemento de soberanía.

⁴⁸⁹ LUCAS VERDÚ, P. *Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debedador de la cultura político-constitucional demoliberal*. Madrid: CEPC. REP (64) 1989, págs. 25-92.

⁴⁹⁰ Wyduckel, *La soberanía en la historia (...)*. *Op.cit.*, p. 181.

⁴⁹¹ Wyduckel, *Ibidem*, p. 182.

⁴⁹² Vide. Schmitt, K. *Teología Política*. *Op. cit.* P. 13.

⁴⁹³ Vide. CAMPDERRICH BRAVO, Ramón. *Soberanía, estado “dual” y excepcionalidad: de Karl Schmitt al Estados Unidos del Siglo XXI*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. (15). 2007. (ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007). <en línea>: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260152>> [Consultado en 20 jul 2012].

La norma común no puede prever, en su opinión, una situación de excepción absoluta, pues habrá supuestos que no estén presentes en el contenido de la norma jurídica, por tanto, al titular de la soberanía compete decidir si el caso propuesto es en la práctica de “extrema necesidad” y lo que debe suceder. Ora, para Schmitt “la constitución puede, a lo sumo, señalar quién está autorizado a actuar en tal caso”⁴⁹⁴.

Por tanto, Schmitt consideraba que “soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto normal”. _ Y concluía afirmando que: _ “El derecho es siempre “derecho de una situación”. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad”⁴⁹⁵.

Esto sentado, pasemos al análisis de la segunda cuestión que imparte del concepto de soberanía cómo el límite del estado de excepción.

Sin embargo, nos parece más acertado observar que tal vez Schmitt primero examinó los conceptos históricos de soberanía existentes desde Bodin para poder desplazar su sentido en el marco del estado de excepción. Veamos porqué:

Al analizar el concepto de soberanía formulado por Bodin en el siglo XVI, el cual había afirmado que “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república”⁴⁹⁶ (_ concepto esto decantado a los largos de los siglos por muchos pensadores_), el teórico francés planteaba también la siguiente cuestión: _ “(¿) hasta qué punto está el soberano sujeto a las leyes y obligado frente a los estamentos sociales (?)”_, de modo que Bodin contestó tal planteamiento delimitando el concepto de soberanía al estado de excepción o de necesidad, al afirmar que “el príncipe solo estaba obligado frente al pueblo y los estamentos cuando el interés del pueblo exige el cumplimiento de la promesa, no lo está “si la necesidad es urgente”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Schmitt, K. *Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Op.cit. P. 14

⁴⁹⁵ *Ibíd*em, p. 18.

⁴⁹⁶ La fórmula tradicional “la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République”. Cfr. Schmitt. *Ibíd*em, p. 14.

⁴⁹⁷ Cfr. Schmitt. *Ibíd*em, p. 14.

Desde luego, para Schmitt lo más importante fundamento extraído de la doctrina de Bodin fue exactamente el de determinar que la “decisión” consiste en el carácter esencial de la soberanía⁴⁹⁸. Es decir, Schmitt cómo lo interpretó el pensamiento de Bodin vio que el dilema de este fue reducir el análisis de los conflictos entre el príncipe y los estamentos ante el problema de las “situaciones de necesidades de urgencia” (al que Schmitt llamó de “caso excepcional”). A partir de eso dilema, *Bodin* tendría resuelto el problema de la soberanía al socaire de una definición de “unidad indivisible” y del “límite del poder en el Estado”.

Tal comparativo hecho por Schmitt se refiere incluso para explicar las cuestiones que venían siendo planteadas⁴⁹⁹ si se podría considerar si existía soberanía en los estados federales en Alemania, cuestiones aquellas relativas al texto de la Carta constitucional de 1871, y también de la Carta de Weimar de 1919. Más precisamente, en el artículo 48 de la Carta de 1919, estaba en el cerne de la discusión, donde Schmitt hizo declarar que “el artículo 48 es la clave para resolver el problema de si los *länder* alemanes son o no son Estados”⁵⁰⁰, dado que otorgaba plenos poderes al presidente del *Reich* de declarar el estado de excepción, bajo el control del Reichstag (Parlamento formado por representantes del pueblo).

Ora, del modo como fuera insertado el artículo 48, al otorgar “plenos poderes” al presidente del Reich” (así lo criticaba Schmitt), más parecía que la Carta de Weimar había reproducido un control sin límite, tal cual lo hizo el artículo 14 de la “*Chartre de 1815*”, época en que el Estado alemán confería amplios poderes de soberanía al monarca. Schmitt estaba convencido de que el control establecido por el artículo 48 de la Carta de Weimar, por supuesto, según la interpretación usual, si no confería a los estados miembros la facultad de declararen por sí el estado de excepción, era porque no se les consideraban estados⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁹⁹ Vide que Schmitt se ha referido la tesis de Seydel que defendía la soberanía de los estados miembros en Alemania. Cfr. Schmitt, *Teología Política. Op. cit.* P.17.

⁵⁰⁰ Vide. Schmitt. *Ibidem*, p. 17.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 17.

Por último, se señala que en la teoría *schmittiana* la definición jurídica de la esencia de la soberanía del Estado puede ser comprendida no apenas como el monopolio de la coacción o del mando, más sobretodo como “el monopolio de la decisión”. Es decir, para Schmitt “la unión del poder supremo fáctico y jurídico es el problema cardinal del concepto de soberanía”.⁵⁰²

Por tanto, al contrario del concepto normativista-positivista que puso en los elementos formales cómo característica esencial de la Constitución, la teoría de Schmitt, afirmaba que todo el contenido material de la Constitución proviene de la realidad. Significaba, por tanto, que la Constitución nada más es que el conjunto de decisiones emanada del poder constituyente⁵⁰³, que es la voluntad política general dotada de soberanía.

En ese punto, dotar la soberanía de un elemento de unidad de decisión, hace la teoría Schmitt en un solo punto coincidir con la teoría de Hermann Heller, otro gran pensador del período de la República de Weimar, que se ha hecho gran oposición a la teoría de Schmitt.

2.4. Teoría de Hermann Heller

La teoría de Hermann Heller se centró en la concepción del estado al método realista, el cual distingue el estado como un “ente social”, e explica la cuestión de la soberanía dentro de un contexto histórico-social⁵⁰⁴; así también, lo entiende Heller que el Estado como el resultado de la cultura se encuentra por ella limitado, creación esta que se desarrolla desde la modernidad. Por eso, Heller reniega el objeto espiritual propuesto por la teoría de Smend, porque comprende el Estado en la perspectiva de la ‘sociología de la cultura’, y afirma que “La teoría del Estado es sociología, y, como tal, ciencia de la realidad, y no del espíritu (...)”⁵⁰⁵, es decir, la objetivación espiritual reside en la

⁵⁰² *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰³ El poder constituyente unitario e indivisible fundamenta todos los otros poderes o división de poderes. Schmitt. *Verfassungslehre (...)*, p.77 *Apud* Bonavides, P. *Curso de direito constitucional. Op.cit.*, p.175.

⁵⁰⁴ Vide Heller, H. *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. 1927, p.38-ss. *Apud* Wyduckel, *Ibidem*, P.180 (nota de pie 238).

⁵⁰⁵ Cfr. Heller, H. *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. 1927, p.714. *Apud*. AYALA, Francisco. *La teoría del Estado del profesor Herman Heller*. En: *Obras completas V. Ensayos políticos y sociológicos* (recensión). Barcelona: Círculo de lectores-Galaxia Gutenberg. 2009. p. 710-716.

consciencia humana, por tanto, solo a través de una capacidad subjetiva el espíritu se convierte en realidad⁵⁰⁶.

En otro aspecto, la teoría de Heller vuelve al concepto clásico de soberanía propuesto por Jean Bodin (siglo XVI), al concebir que la función de la soberanía *prima facie* es la creación del derecho. Inspirado en la idea tradicional propuso la siguiente definición de soberanía:

*“capacidad tanto jurídica como real de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además, de imponer la decisión a todos, no solo los miembros del Estado sino, en principio a todos los habitantes del territorio.”*⁵⁰⁷

Por ello, la soberanía consiste en un elemento transformador que tiene el sentido de “unidad de decisión”⁵⁰⁸ que emana, en última análisis, de la idea de soberanía popular y se proyecta en un titular (el que detiene la soberanía estatal). Por tanto, planteó Heller que la crisis de la soberanía del Estado alemán, consistía en una crisis del titular de la soberanía.

Por fin, al contrario de la tesis de Schmitt que planteó el significado de la soberanía del Estado como un “principio de excepción”, extraída de la célebre fórmula de que “soberano es quien decide sobre el estado de excepción”⁵⁰⁹, en la teoría de Heller la soberanía es reconocida dentro de una situación de normalidad en el estado, significaba, por tanto, que el titular del poder central la ejercía en una interrelación de unidad entre Estado, soberanía y democracia.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p.714.

⁵⁰⁷ Heller, H. *Teoría Política*. Coor. Gerhart Niemeyer. Traducción Luis Tobio. 1ª ed./12ª reimp. México: FCE. 1987. P. 262.

⁵⁰⁸ Vide. Wyduckel, *La soberanía en la historia (...)*. *Op.cit.* p. 178.

⁵⁰⁹ Vide las explicaciones del constitucionalista Wyduckel a eso respecto: “Schmitt pretende crear la impresión de que la soberanía no ha de definirse en el sentido tradicional, como monopolio de la coacción o del poder, sino que ha de ser definida, en términos jurídicamente correctos, como monopolio de la decisión, como si la historia del dogma de la soberanía hubiese sido siempre la historia de los estados de excepción. Esto ya lo había explicado en su obra sobre la dictadura y estas reflexiones las concluirá luego en la “Teología política”. *Ibidem*, p. 180

3. Algunas Conclusiones.

Ante el amplio contexto de las teorías políticas y jurídicas de esa época, es relevante apuntar que la Constitución republicana de Weimar pese ter una clara disposición de índole democrática fundada en el principio de la soberanía popular (art. 1.2) y dotada con instrumentos de la participación política del pueblo a través de la iniciativa legislativa, del referéndum y otros (art. 73-ss), fue marcadamente afectada por las disposiciones constitucionales que centralizaron en manos del presidente el control del Reich, con poderes de decisión sobre editar legislación del “estado de emergencia” (art.48), disolución del Parlamento (art.25), nombramiento y destitución del Canciller (art.53), además de ejercer el comando supremo de las fuerzas armadas (art.47), poderes estos que recuerdan la identidad con la antigua figura del emperador.

Por ello, en la primera República alemán, proliferó el dominio de las teorías estatistas (proyectando el sentido del Estado centrado en el derecho) lo que, sin embargo, introdujeron diferenciados contenidos de elementos ético, político, sociológico-espiritual en la concepción de Estado sin arredrasen de la concepción primaria relacionada al derecho; cuando mucho tales teorías jurídicas del Estado repudiaron el pensamiento unidimensional del normativismo kelseniano, pero siguieron defendiendo concepciones más pluralistas donde el fenómeno del Estado en su esencia estaba ubicado al derecho.

Entre estas concepciones pluralistas, la *teoría de la corporación* fue fundamental pues así lo había destacado Wolzendorff de que el Estado necesita del derecho, y éste, a su vez, del Estado, (uno de los teóricos más modernos de la teoría de la corporación en los años de 1919-1920)⁵¹⁰, para quien «siendo el derecho el principio más hondo, sujeta al Estado con sus ataduras», de tal forma que el Estado debe preservar el derecho.

Las ideas defendidas por la *teoría de la corporación* en la República desplegaron el elemento de *subsidiariedad* con nuevo matiz (resurgida de la teoría jurídico-política del Estado corporación de Gierke _en el *II Reich*_ y antecedida por

⁵¹⁰ Este autor es referido por Carl Schmitt en el analice de sus escritos, particularmente el último trabajo de Wolzendorff. *Der reine Staat*. Cfr. Schmitt, *Teología Política, Op. cit.* p. 27

Althusius en el siglo XVI), afirmado por Wolzendorff (pregonando una *teoría del Estado puro*⁵¹¹) lo cual puso en evidencia que la intervención del poder estatal será siempre requerida cómo *la última ratio* en aquellas funciones cuyas acciones individuales o corporativas son inmanentes de estos. Así, debe quedarse el Estado en segundo plano *respecto con los intereses económicos, sociales y culturales, porque éstos tienen que ser encomendados a la autonomía administrativa corporativa y a reducir el Estado a las funciones que «en puridad» le corresponden*⁵¹².

Señalase que fue en esa época que en el Estado alemán aparece la primera noción de subsidiariedad de modo *implícito* en una Ley votada en 1922 en la República de Weimar, tratando de la ayuda del Estado en el incentivo al desarrollo de los jóvenes, y para tal fin el Estado podría intervenir, en último recurso, creando instituciones, promoviendo acciones donde la iniciativa privada demostrase que no satisfacía suficientemente⁵¹³.

Pese las discrepancias sentadas por Schmitt respecto a teoría de la corporación, la aportación de esta al constitucionalismo contemporáneo se hizo notable, incluso por arrestar al debate político-jurídico el confronto entre el principio de la democracia económica, social y cultural frente al elemento de subsidiariedad.

En ese aspecto, aunque en la teoría constitucionalista más actual hay quien diga que el sentido de subsidiariedad contiene el rasgo del liberalismo⁵¹⁴ (vinculado a las ideas de la doctrina francesa del *laissez faire*) y por tanto, el principio de subsidiariedad

⁵¹¹ En 1920 Wolzendorff publicó el trabajo *Der reine Staat: Skizze zum Problem einer neuen Staatsepoche* (“El estado puro: esbozo para el problema de una nueva época del estado”).

⁵¹² Vide parte de las críticas discurridas por Schmitt respecto a la “teoría del Estado puro” pregonada por Wolzendorff (1920) para el cual: “la «madurez» que hace falta para esta autoadministración puede convertir en peligrosos los postulados de Wolzendorff; a veces estos problemas histórico-pedagógicos suelen, en la realidad histórica, saltar inesperadamente del plano de la discusión al de la dictadura. El Estado puro de Wolzendorff es un Estado que se limita a su función de ordenación. En esa función entra también la de producir el derecho, puesto que todo derecho implica al mismo tiempo el problema de la subsistencia del orden estatal. El Estado debe preservar el derecho: es «guardián» suyo, no su «señor», pero en cuanto «guardián» no es un «servidor ciego», sino su «garante responsable y el que decide en última instancia». (...) No creo que al definir Wolzendorff el Estado como «el garante que decide en última instancia» se diera cuenta de lo mucho que se acercaba por ese camino a una teoría autoritaria del Estado absolutamente opuesta a la concepción corporativa y democrática”. Schmitt. C. *Teología Política*. Op. cit., p. 28.

⁵¹³ Vide. MILLON-DELSOL, Chantal. *El principio de la subsidiariedad*. Op.cit. P..214.

⁵¹⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, JJ. *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*. P.341-342.

estaba en oposición al principio de la democracia económico-social y cultura, por ser este último el principio que garantizaba los derechos sociales en la constitución (el cual caracterizaba el Estado intervencionista, llamado a promover la efectividad del “Estado socialmente vinculado”), resulta claro que en la teoría de la corporación de la génesis alemán, la función de subsidiariedad formulada el estado federal contemplaba *à priori el retorno a las raíces del germanismo*, y no el matiz del liberalismo económico.

Al revés, en Alemania, la función de subsidiariedad fue un elemento introducido por los defensores de las primeras nociones del federalismo revelándose una teoría elaborada para “combatir al absolutismo monárquico” dominante en Europa del siglo XVII (doctrina de Althusius)⁵¹⁵, y no propiamente un postulado erigido por los teóricos del liberalismo.

Por último, cambiando de tema, aclarase que no será objeto de análisis en este estudio el federalismo alemán del pos II guerra mundial, pues optamos en puntualizar las reflexiones respecto a ese período, más precisamente relativo a teoría administrativa alemán, porque que fue cuando empezó, a nuestro juicio, las primeras señales de la función de subsidiariedad en la doctrina administrativista, a tratar en capítulo propio.

Sin embargo, antes vamos hacer un recorrido respecto la función de subsidiariedad según la doctrina social de la Iglesia, llevándose en cuenta, que esta hizo resurgir en los años treinta, planteamientos significativos al concepto de subsidiariedad. Pasaremos a una breve referencia al tema.

⁵¹⁵ Desde el siglo XVII el teólogo calvinista Johannes Althusius postuló las primeras ideas de la organización de las corporaciones en federación, combatendo al Imperio Sacro-romano Germánico (*I Reich*) y las ideas del absolutismo en Francia y Inglaterra. Posteriormente, en 1891 el jurista Otto Von Gierke inspirado en la doctrina de Althusius fue el precursor de teoría de la corporación en el Imperio alemán (*II Reich*), el cual defiende el Estado como una asociación superior a todas las demás formas de organización social, pero atribuye a esta forma de corporación social un cierto grado de independencia. Ya en la República alemán, los juristas Hugo Preuss y Kurt Wolzendorff defiende la teoría de la corporación bajo el argumento de que el Estado debe preservar el derecho de las comunidades y de los individuos, detiene el monopolio de la soberanía en última instancia, pero este problema de la soberanía indica una nueva época del Estado.

Sección III

La doctrina social de la Iglesia en los años treinta y la función de la subsidiariedad.

En el periodo que antecede al estallido de la segunda guerra mundial, la doctrina de la iglesia católica vuelve hacer hincapié en el tema de la solidaridad frente al problema de del liberalismo contrapuesto a la miserable condición de los obreros, y al mismo tiempo, de las consecuencias no menos nefastas del socialismo, replanteando así la cuestión sobre las funciones del Estado y de las instituciones sociales al enfrentamiento del desorden social vigente, ocasión en que fue llevado a cabo por el pontífice Pio XI un documento eclesiástico, bajo la edición de la “Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*”, en 1931, cuyo el tema de la subsidiariedad fue delimitado en el “capítulo II. Doctrina económica y social de la Iglesia, n°s 78/80”, tratando de la restauración social⁵¹⁶.

Por tanto, el objetivo primero de la carta apostólica, según refiere la epígrafe, fue desarrollar un tratado sobre la restauración del orden social respecto a los postulados de la ley evangélica, en lo cual Pio XI pone de manifiesto la cuestión social, en alusión a los cuarenta años de edición de la célebre encíclica “*Rerum novarum*”, en la cual el pontífice León XIII, centralizando “la causa de los obreros”, dejó asentado que cabría a la Iglesia en fines del siglo XIX, tomar la custodia del problema en que una gran parte de la sociedad vivía en situación calamitosa y miserable, mismo que:

*“sin recurrir al auxilio ni del liberalismo ni del socialismo, el primero de los cuales se había mostrado impotente en absoluto para dirimir adecuadamente la cuestión social, y el segundo, puesto que propone un remedio mucho peor que el mal mismo, habría arrojado a la humanidad a más graves peligros”.*⁵¹⁷

⁵¹⁶ Vide también en el Capítulo I “Los beneficios de *Rerum Novarum*” (2. Labor del Estado. Ítem 25). En: PÍO XI, Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. Vaticano: 1931. <en línea>: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html> [Consultado en 20 jun 2012].

⁵¹⁷ Cfr. Introducción: puntos capitales (10). PÍO XI, *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*. Vaticano: 1931. <en línea>: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xienc19310515quadragesimo-anno_sp.html> [Consultado en 20 jun 2012].

Con base en esa carta apostólica, la encíclica *Quadragesimo Anno* señaló los puntos capitales destacados por el predecesor León XIII ("*Rerum Novarum*"), cuyo el postulado central proclamado por esto último, en suma, decía que:

_"los derechos y deberes a que han de atenerse los ricos y los proletarios, los que aportan el capital y los que ponen el trabajo" (Rerum novarum, 1), así como también lo que corresponde hacer a la Iglesia, a los poderes públicos y a los mismos interesados directamente en el problema."⁵¹⁸

La doctrina defendida por el Pontífice Pio XI exhortaba a los gobernantes y a toda sociedad un cambio para promover una restauración social a través de la economía social y de las estructuras político-administrativas, fundada en dos supuestos: i) la reforma de las instituciones, y ii) la enmienda de las costumbres.

1. La reforma de las Instituciones y la función de subsidiariedad.

La cuestión de la *función de subsidiariedad* fue insertada en el primero supuesto por una urgente necesidad de se recuperar el valor de las funciones de las asociaciones y entidades civiles al desarrollo de los individuos.

Creía el pontífice que la reforma de las instituciones debería ocurrir a partir del Estado, no porque este representase la solución universal para todos los males sociales, sino que es donde se concentraba el "individualismo", esto sí la causa de todos los "vicios" que afectan la humanidad.

Según afirmado en el documento de Pio XI, con el "individualismo" extremado, en la época de la revolución industrial, el Estado dejó de ejercer solo las funciones esenciales, pasando asumir otras funciones económicas, sociales e incluso culturales en lugar de las asociaciones y corporaciones más simples, lo que había dado causa, a una pérdida creciente del valor de las instituciones sociales, que fueron en gran

⁵¹⁸ Cfr. Introducción: puntos capitales (11). PÍO XI, *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*. Vaticano: 1931. <en línea>: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html> [Consultado en 20 jun 2012]

parte sustituidas por las relaciones directas entre el Estado y los individuos. Aquello figurando así en un modelo de estado autoritario-paternalista, era el responsable por unos incontables tipos de obligaciones.

Si por un lado las asociaciones más simples perdían espacio cada vez más para otras organizaciones más complejas (grandes corporaciones de empresas), la doctrina social de Iglesia intentaba reavivar en la filosofía social el principio inamovible e inmutable de *subsidiariedad*. Afirmando que la función de la subsidiariedad podría “salvar” a la sociedad y promover la prosperidad, se tanto más firme fuera no solo la autoridad, sino también la eficiencia social en el estado de la nación, y para cumplir ese menester se debería considerar en primer lugar que:

“no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos”⁵¹⁹.

De tal manera, la reforma de las instituciones debería pasar por una *mutua colaboración de las profesiones* y una *restauración de la economía*, siendo que al Estado competía fomentar el reconocimiento de la dignidad del trabajo en una nueva forma de ordenación, más adecuada con la función social de cada uno, y la colaboración entre las diversas profesiones, dedicándose a reconstruirlas, a través de medidas de urgencia para poner fin a las cuestiones de rivalidad en las relaciones laborales, porque ya no se podría seguir tratando al trabajador como una mercancía, donde la contratación y locación de la mano de obra en el mercado de trabajo, servirían solo para imponer la competición, la división e enemistades⁵²⁰.

⁵¹⁹ Cfr. en capítulo II, 79. Pio XI. *Quadragesimo Anno*. *Op.cit.*

⁵²⁰ Cfr. en capítulo II, 83. Pio XI. *Quadragesimo Anno*. *Op.cit.*

Por ello, la reforma de la economía exigía también una urgente vinculación que debería ser de común acuerdo entre obreros y patrones, en conformidad con los bienes a producir o en los servicios a prestar, donde la organización en colegiados y corporaciones volvería a velar por los intereses comunes de los respectivos segmentos, y en mayor medida en beneficio del bien común.

De otra parte, relativo a los cambios en la economía, la doctrina social de la Iglesia propuso poner ciertos límites al *principio de la libre competencia*⁵²¹ y remplazar a través del *principio regulador de la justa distribución* a la condición de principio rector de la economía, en aras de una economía socialmente justa, eficaz e equilibrada.

De ningún modo, afirmaba el pontífice, será posible a la economía social lograr un verdadero equilibrio y alcanzar sus fines, sino cuando “*a todos y a cada uno les fueren dados todos los bienes que las riquezas y los medios naturales, la técnica y la organización pueden aportar*”⁵²². Por eso, la encíclica *Quadragésimo Anno* puso de manifiesto que era de todo punto necesario, que la economía se atuviese y sometiese de nuevo a un verdadero y eficaz principio rector, para que no siguiese anclada por la dictadura económica que no puede ni frenarse ni regirse por sí misma.

2. El retorno de las costumbres y *acción subsidiaria de la sociedad*.

El según cambio de que trató la Carta encíclica fue que para implementar la restauración y perfeccionamiento del orden social sería fundamental la reforma de las costumbres, lo que con toda claridad demostrada en la historia de la Iglesia, solo será posible cuanto mayor fuese la importancia concedida a la aportación de los principios católicos y su práctica.

⁵²¹ Conforme advertía la Carta episcopal: “la unidad del cuerpo social no puede basarse en la lucha de “clases”, tampoco el recto orden económico puede dejarse a la libre competencia de las fuerzas. Pues de este principio, como de una fuente envenenada, han manado todos los errores de la economía “individualista”, que, suprimiendo, por olvido o por ignorancia, el carácter social y moral de la economía, estimó que ésta debía ser considerada y tratada como totalmente independiente de la autoridad del Estado, ya que tenía su principio regulador en el mercado o libre competencia de los competidores, y por el cual podría regirse mucho mejor que por la intervención de cualquier entendimiento creado”. Cfr. Cap. II, 88. Pio XI. *Quadragésimo Anno*. *Op.cit.*

⁵²² Cfr. Cap. II, 75. Pio XI. *Quadragésimo Anno*. *Op.cit.*

De ahí, haber afirmado que en el pasado “un orden social que, aun no siendo perfecto ni completo en todos sus puntos, no obstante, dadas las circunstancias y las necesidades de la época, estaba de algún modo conforme con la recta razón”⁵²³ (_ la voluntad divina emanada del derecho natural).

Por ello, en el periodo de crisis de la *gran depresion* (1929), el Pontífice planteaba que tanto el régimen económico del capitalismo, cuanto las políticas del socialismo⁵²⁴ (incluso del bloque más violento el comunismo) en el mundo eran responsables, el primero por una falsa apariencia de libertad y el segundo por otros tantos errores producidos por fundamentos anticristianos, sistemas esos rebeldes a cualquier potestad, lo que cabría investigar profundamente cuál sea la raíz de tantos males. Así, consideró que el remedio más necesario consistía en una profunda reforma de las costumbres.⁵²⁵

En suma, reafirmaba el pontífice Pio XI a través de las palabras de su predecesor, que “si hay que curar a la sociedad humana, solo podrá curarla el retorno a la vida y a las costumbres cristianas” (*Rerum novarum*, 22)⁵²⁶, indicando cuales eran los remedios: a) cristianización de la vida económica; b) función de la caridad; y al final, recomienda estrecha unión y colaboración.

En tanto que, la cuestión del principio de la subsidiariedad retomada por la encíclica papal se empeñó en recobrar a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, los Estados por medio de la suprema autoridad o de las instancias superiores perdería mucho tiempo al realizar, también ha dicho con claridad que el Estado solo debería implicarse, de cierto modo, en tales tareas, según el caso requiera, y la necesidad así lo exija.

⁵²³ Cfr. Cap. II, 98. Pio XI. *Quadragésimo Anno. Op.cit.*

⁵²⁴ Afirmó el Pontífice Pio XI que “Aun cuando el socialismo, como todos los errores, tiene en sí algo de verdadero (cosa que jamás han negado los Sumos Pontífices), se funda sobre una doctrina de la sociedad humana propia suya, opuesta al verdadero cristianismo. Socialismo religioso, socialismo cristiano, implican términos contradictorios: nadie puede ser a la vez buen católico y verdadero socialista”. Cfr. Cap. III, 120. Pio XI. *Quadragésimo Anno. Op.cit.*

⁵²⁵ Cfr. Cap. II, 97. Pio XI. *Quadragésimo Anno. Op.cit.*

⁵²⁶ Cfr. Cap. III, 129. Pio XI. *Quadragésimo Anno. Op.cit.*

Por el cual, él puede realizar más eficazmente y de manera más libre todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto a los demás asuntos quedará solo dirigir, vigilar, urgir y ayudar en las acciones que aquellos entes competentes más próximos no las puede en concreto resolver.

Reforzada, por tanto, en los primeros decenios del siglo XX, la idea de la función de subsidiariedad en la época de gran conturbación del orden económica (*gran depression*) y de replanteamiento del rasgo tradicional de la soberanía estatal, cabrá hacer unos razonamientos finales, en el tema del constitucionalismo contemporáneo.

Sección IV

El Federalismo brasileño y el principio de subsidiariedad.

Pese a que el modelo de Estado Federal vigora en Brasil desde 1891, no había una designación explícita del principio de subsidiariedad en los textos de las Constituciones del país⁵²⁷.

Tampoco, en los manuales de derecho constitucional se hallaba un análisis más preciso de este principio constitucional, porque, en esencia, no estaba normativizado, prescindiendo así, hasta finales del siglo XX, de un estudio más profundo respecto al concepto jurídico y su aplicación en ámbito constitucional y del derecho administrativo, y de una necesaria interpretación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

Así, la subsidiariedad subyace al principio federativo como un principio implícito que limitaría las competencias de los entes que toman parte de la federación respecto a forma de organización, de regulación del derecho federal, estadual y municipal y de las respectivas actuaciones. Y bien así, la subsidiariedad circunscribe las acciones interventoras que pueden causar uno al otro, es decir, la Unión en relación con los estados-miembros, y estos en relación con los municipios.

Pasaremos a un sucinto recorrido respecto del tema en el constitucionalismo brasileño.

1. La subsidiariedad antes de la Constitución Federal de 1988.

Observase con anterioridad que, el principio de subsidiariedad era indeterminado en la Constitución de 1891, de 24 de febrero⁵²⁸, aun no se ponían de

⁵²⁷ En el Estado brasileño, a partir de la independencia de la Corona portuguesa (1822) hubo 07 constituciones: una en la monarquía (1824); seis en la república (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 y 1988), no se detallando aquí las emiendas constitucionales que alteraron significativamente la la Carta política de 1967 (en el gobierno militar) y la diversas Emiendas modificando la Constitución Federal vigente a partir de 1988.

⁵²⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891. En línea: URL

manifiesto las competências legislativas supletorias o complementares en favor de los Estados-miembros, sino que la competencia de materias a cargo de regulación de la Unión y de los Estados-miembros, respectivamente delimitadas en los dispositivos 7º y 9º de la Carta constitucional, eran *exclusivas*.

En otro viés, en la Constitución de 1891 que fue modificada por el Enmienda Constitucional de 03 de setiembre de 1926, fue garantizada por primera vez la acción subsidiaria de la Unión ante la autonomía de los municipios, conforme la previsión de lo artículo 6, letra “F” del texto constitucional. Además del dispositivo 68 que ya aseguraba el respecto de los Estados-miembros en cuanto a las regulaciones de cuestiones locales por los municipios. Véase en destaque:

Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) f) a autonomia dos municípios;

Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.
[Destacamos em cursiva]

De ese modo, la intervención de la Unión en relación a Estados-miembros y municipios ya señalaba una discreta forma de acción subsidiaria.

Sin embargo, la idea de subsidiariedad subyace en ordenamiento constitucional brasileño a partir de la Constitución promulgada en 1934 en el tema de la repartición de las competencias y de la descentralización de las funciones político-administrativas, período en que cambió en los años 30 de la República antigua, y pasó al gobierno pos revolucionario que, además se caracterizaría en un nuevo ordenamiento constitucional con mayor rasgo descentralizador, más estatista, que fortalecía el federalismo en el país, resaltando la autonomía de los Estados-miembros (art. 7º I CF)⁵²⁹, al lado de las competencias exclusivas de la Unión. Asimismo, destacaba la competencia

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm > [Consultada em 02.05.2014]
⁵²⁹ “Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

II - *prover, a expensas próprias, às necessidades da sua administração, devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar;* [destacamos em cursiva]

de los Estados-miembros para legislar de forma *supletoria o complementar* ante la competencia legislativa general de la Unión.

Por lo tanto, una neta comprensión del principio de subsidiariedad aparece en la Carta de los 34 desde la división constitucional de los poderes entre los entes federales (Unión y Estados-miembros) que, en la evolución del federalismo, se llegó a distinguir en dos *técnicas de aplicación de la subsidiariedad según las funciones de regulación de las competencias en horizontal y vertical*⁵³⁰.

En ese contexto fue instituida la *competencia legislativa subsidiaria* a los Estados-miembros que tenía, también, el sentido de una “competencia concurrente” complementaria o para suplir las omisiones regulatorias consonante previsto en el artículo 5º, § 3º, artículo 7º III y artículo 91, 1. I CF⁵³¹.

En otro aspecto, en materia de la organización local y funciones ejercidas en ámbito de los municipios, la idea de subsidiariedad subyace al de *autonomía política y administrativa*, consonante describía el artículo 13, II CF, *in verbis*: “Art.13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: I- (...); II - A organização dos serviços de sua competência”.

⁵³⁰ Véase la proposición del profesor Raúl Machado Horta (Univ. de Minas Gerais) en HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado moderno no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964, p.49-56.

⁵³¹ “Art.5º - Compete privativamente à União: (...) ; § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i, in fine, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta”. (Subrayamos).

“Art. 7. Compete privativamente aos Estados: [...]

III - elaborar leis supletivas ou complementares da legislação federal, nos termos do art. 5º, § 3º;

“Art.91 - Compete ao Senado Federal: 1 - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: (...); I) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º.” (Subrayamos). Cfr. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de Julho de 1934). [en línea]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > [Consultada en 18 jun 2013].

Por ello, cabe señalar que, aunque no se prevé expresamente en la Carta Política de 34 la competencia regulatória complementar o supletoria a los municipios, era posible admitir que estos también tenían en su génesis constitucional una capacidad legislativa subsidiaria propia para organizar su ordenamiento normativo local, de acuerdo con el principio de autonomía, lo que implícitamente daba a estos entes locales la competencia de su propia organización, de los servicios y funciones en el que fuese del interés local.

También, se ha revelado que en materia del social un amplio rol de ayudas sociales se ponía de manifiesto en el artículo 138 de la Carta de 34⁵³² que preveía una competencia concurrente repartida entre los tres niveles que se podría desarrollar por la Unión, Estados-miembros y Municipios.

Mientras tanto, en la práctica, se había afirmada un gobierno centralizador y autoritario en Brasil que ha dado poca efectividad a la autonomía de los entes federativos, y luego, poca durabilidad tuvo la Carta de 1934, pues en 1937 se ha pasado un nuevo cambio político con el golpe de Estado protagonizado por el entonces presidente, el que fue en consecuencia promulgado un nuevo texto constitucional. Aun así, en la Constitución de 1937, de 10 de noviembre⁵³³ se mantuvo la estructura de organización

⁵³² “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbilidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”.

⁵³³ “Art 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembléia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo federal.(Subrayamos). *Ibíd.*em.

Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: (...); c) à organização dos serviços públicos de caráter local”. Cfr. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (10 de novembro de 1937). [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

político-administrativa del Estado federal (Art. 3º CF)⁵³⁴ con la previsión de reparto de competencias entre los niveles central y periférico, no obstante, la función de subsidiariedad territorial era articulada en favor de la Unión, consonante preveía el artículo 8º párrafo único CF, cuando los esfuerzos financieros de la unidad federativa no fueren capaces de promover el autodesarrollo. Véase adelante el dispositivo en comento:

“Art 8º - A cada Estado caberá organizar os serviços do seu peculiar interesse e custeá-los com seus próprios recursos.

Parágrafo único - O Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadar receita suficiente à manutenção dos seus serviços, *será transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira*”. [Destacamos en cursiva]

Añadiése que en tema de la *competencia legislativa suplementar o complementar* de los Estados-miembros y de la *organización y funciones de autonomía de los municipios*, los artículos 17, 18 apartados y 26 CF⁵³⁵, respectivamente, remiten al principio de subsidiariedad en su doble función dentro del sistema constitucional relativo al derecho de regulación y derecho de organización.

⁵³⁴ “Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial”.

⁵³⁵ “Art 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembléia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo federal.

Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; b) radiocomunicação; regime de eletricidade, salvo o disposto no nº XV do art. 16; c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral; e) medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos; f) crédito agrícola, incluídas as cooperativas entre agricultores; g) processo judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal.” [Subrayamos]

“Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei; b) a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados; c) à organização dos serviços públicos de caráter local.” [Subrayamos]

Por fin, se señale que fue introducida, por primera vez, en el artículo 125 CF, una *cláusula de subsidiariedad horizontal de actuación del Estado*, en la materia que trataba de la educación como un deber y derecho, respecto a la organización de la familia responsable directa en promover la educación integral de los hijos, el que denotó la primera aportación en el derecho constitucional brasileño de la función administrativa del Estado en contribuir al desarrollo de la educación por vía de la *subsidiariedad horizontal* (un fin concurrente del Estado).

“Art.125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. (Destaque en subrayado)

El Estado aparece entonces como el ‘colaborador’ cuando era para satisfacer una necesidad de que el sector privado no ha podido cumplir, el que, en esencia, matiza el principio de subsidiariedad como un límite de la acción estatal donde la iniciativa del gobierno solo era justificable en los casos de mejor viabilidad de la ejecución de los servicios de educación, por ausencia de la empresa privada o si esta era insuficiente, siendo lícita y oportuna la intervención del Estado.

Por consiguiente, la Carta constitucional de 1946, de 18 de septiembre, promulgada tras el final de la Dictadura, sigue manteniendo la organización político-administrativa entre los niveles Unión, Estados-miembros y Distrito Federal, el reparto de las competencias delimitando en detalle las competencias tributarias, y además atenuó la acción subsidiaria de la Unión en contra los Estados-miembros (Art. 18, párrafos CF) excluyendo, asimismo, el artículo 8º párrafo único que preveía la incorporación de Estados-miembros no productivos al territorio de la Unión.

También, la acción subsidiaria se mantuvo en tema de la competencia legislativa complementaria y supletoria de los Estados, en el art. 6º CF, y el respecto a la autonomía de los Municipios seguía prevista (artículo 28 CF)⁵³⁶.

⁵³⁶ “Art 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b , e , d , f , h , j , l , o e r , não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar.” (Subrayamos). *Ibidem*.

Al revés, relativo al tema del suministro de educación en el país cambió la concepción de la *subsidiariedad horizontal*, derogado el artículo del texto anterior, pasándose a una nueva concepción de la protección del derecho de la educación como un deber inalienable del Estado (Art. 167, primera parte), según se infiere de los principios del Estado social del derecho, pese a respetar la libertad individual. Así, el Título VI – “Da Família, da Educação e da Cultura”, tenía en los artículos 166 y 167, bajo los fundamentos de la libre iniciativa y de la solidaridad.⁵³⁷

La cuestión subsidiaria, asimismo se reviste en la promoción de las ayudas sociales prestadas por el Estado (Art. 165 CF).⁵³⁸

Posteriormente, un nuevo ordenamiento constitucional fue instituido en virtud del régimen militar que se instaló en el país desde 1964, con la promulgación de la Constitución Federativa de 1967, de 24 de enero⁵³⁹ (adelante CF). Primero, ha que señalar que este texto fue radicalmente modificado por el Ato Institucional nº 5/1968 de

Art 18 - Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta, Constituição.

§ 1º - Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.

§ 2º - Os Estados proverão às necessidades do seu Governo e da sua Administração, cabendo à União prestar-lhes socorro, em caso de calamidade pública.

§ 3º - Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos., provendo às necessárias despesas. [Destacamos en cursiva]

“Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: I-(...); II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais.” Cfr. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (18 de setembro de 1946). [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

⁵³⁷ “Art.166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola”. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art.167 - *O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem*”. [Destacamos en cursiva]

⁵³⁸ Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Cfr. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (18 de setembro de 1946). [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

⁵³⁹ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (24 de janeiro de 1967). [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

13 de diciembre, (adelante AI), expedido por el gobierno militar, que impuso medidas de restricciones de la libertad política y de intervención en los Estados y Municipios modificando los límites constitucionales preexistentes. Y luego, en el año siguiente, la Carta Política de 67 fue reformada sustancialmente por la Enmienda Constitucional n° 1/1969 de 17 de octubre, (adelante EC), que ha vigorado hasta octubre de 1988.

Por ello, considerando la reforma constitucional llevada a efecto por la EC n° 1/69, dos cambios relevantes se observaban sobre la competencia legislativa suplementar, los cuales se señalan:

El primer, relativo a la *competencia legislativa concurrente* entre la Unión y los Estados-miembros en que se concreta una significativa limitación de las materias que podrían ser reglamentadas por los Estados-miembros, conforme preveía el artículo 8°, XVII⁵⁴⁰.

Segundo, relativo al tema de la competencia tributaria fue introducida la *competencia tributaria supletoria* de los Estados, Municipios y Distrito Federal en los artículos 18 § 1° (competencia residual) y 21 § 1° (competencia funcional supletoria)⁵⁴¹.

En otro aspecto, la EC n° 1/69 mantiene la autonomía de los municipios en el artículo 15⁵⁴², pese a las reglas de las restricciones interventoras del AI n° 5/68.

⁵⁴⁰ Art. 8°. Compete à União: (...) XVII- Legislar sobre: (...). Parágrafo único. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal. (Subrayamos).

Cfr. Emenda Constitucional n° 1, de 17 de Outubro de 1969 [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

⁵⁴¹ “Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir: (...) § 5°. A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição instituir outros impostos, além dos mencionados nos artigos 21 e 22 e que não sejam da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal”. (Subrayamos). *Ibidem*.

“Art. 21. Compete à União instituir impôsto sobre: (...). § 5°. A União poderá transferir o exercício supletivo de sua competência tributária aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”. (Subrayamos). *Ibidem*.

⁵⁴² “Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores (...); II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem

Por último, respecto al tema de la educación y cultura el EC n° 1/69 mantuvo derogada el texto la “cláusula de subsidiariedad horizontal”, vez que el Estado seguía siendo el responsable directo por el suministro de la educación pública, cuyo el artículo 176 _ en el Título IV “Da família, da educação e da cultura” _, se conservó los mismos preceptos básicos del anterior texto la Constitución de 1946 (artículos 164 y 165 ya referidos arriba):

“Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 1º O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Podêres Públicos.

§ 2º Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Podêres Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos.

§ 3º omissis. ⁵⁴³ [Destacamos en cursiva]

No obstante, una importante contribución aportada por el EC n° 1/69 fue la “cláusula de subsidiariedad vertical” introducida en esa materia en cuanto a la oferta del ensino federal, de carácter supletorio, cuya la ayuda sería dentro de los límites de las deficiencias locales, que así dispuso el artículo 177⁵⁴⁴:

“Art. 177”. Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, que terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais. (Subrayamos).

2. El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución de 1988.

El retorno al Estado democrático de derecho llevó a promulgar una nueva Carta Política en Brasil, la Constitución Federal de 1988, de 5 de octubre (adelante CF)

prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e b) à organização dos serviços públicos locais”. (Subrayamos). *Ibíd.*

⁵⁴³ Cfr. Emenda Constitucional n° 1, de 17 de Outubro de 1969. *Ibíd.*

⁵⁴⁴ *Ibíd.*

introduce un cambio en la organización político-administrativa elevando los municipios a nivel federativo, consonante prevé los artículos 1 y 18 adelante transcritos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela *união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”⁵⁴⁵.

Además, un amplio catálogo fue establecido redefiniendo el reparto de las competencias entre los cuatro niveles Unión, Estados-miembros, Municipios y el Distrito Federal, con nuevos rasgos constitucionales de la subsidiariedad como principio limitador implícito de las competencias concurrentes (subsidiariedad de ordenación reguladora) y comunes (subsidiariedad funcional) entre ellos.

i) Competencia y descentralización.

La *competencia concurrente* entre normas generales de Unión y las normas suplementarias remitidas a los Estados-miembros fueron previstas en rol del artículo 24 y los párrafos 1º y 2º, de los Municipios en el artículo 30, apartado II y respecto al Distrito Federal en el artículo 32 § 2º CF.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. [en línea]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > [Consultada en 18 jun 2013].

⁵⁴⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. (Subrayamos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

Señalase más aún, que pese a la *competencia legislativa exclusiva* de materias a cargo de la Unión que fueron enumeradas, en detalle, en rol del art. 22 CF, fue exceptuado a los Estados-miembros legislaren sobre cuestiones específicas relativo a tales materias, *ex vi* del art. 22. Párrafo único⁵⁴⁷, asimismo, solo cuando debidamente *autorizado por ley complementar*, siendo esta por iniciativa de la Unión.

Por último, se refiere que en la Constitución Federal de 1988 se halla redefinido el nuevo marco los derechos sociales de la educación, al estándar de *servicio público esencial*, cuya función de *subsidiariedad vertical* queda evidenciada en el artículo 211 § 1 CF, adelante *in litteris*:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, *função redistributiva e supletiva*, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil⁵⁴⁸.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio⁵⁴⁹.

§ “4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”⁵⁵⁰. (Subrayamos).

“Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” (Subrayamos).

“Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, (...). § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. (...)” (Subrayamos).

Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

⁵⁴⁷ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] *omissis*;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” [Destacamos en cursiva]. *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Incluido por el Enmienda Constitucional nº 14, de 1996.

⁵⁴⁹ Incluido por el Enmienda Constitucional nº 14, de 1996.

⁵⁵⁰ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. [en línea]: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

Por tanto, el legislador constituyente ha establecido la interconexión de dos principios: el redistributivo y el de subsidiariedad; el primero con el fin de posibilitar el reparto más igualitario de las oportunidades en la política educacional del país y asegurar padrones mínimos de calidad técnica y financiera que serían cumplidos por los Estados-miembros, los Municipios y el Distrito Federal.

Más allá de la función redistributiva, el principio de subsidiariedad conlleva las *funciones supletiva y complementaria* de actuación de la Unión en relación a Estados-miembros, Municipios y Distrito Federal, o de los Estados-miembros en relación a los municipios en los siguientes aspectos:

a) de un lado, significa que solo deben actuar cuando para corregir distorsiones, progresivamente, del acceso a la educación y garantizar estándares mínimos de calidad de la educación, _ en las circunstancias y en el ejercicio de suplir las otras instancias inferiores_, en que las acciones y las inversiones locales no satisfacen la oferta o provisión de plazas en las escuelas públicas (estatales, municipales o del distrito federal), consonante el párrafo primero del mencionado dispositivo constitucional;

b) de otro lado, significa que en la función de organización las acciones serán complementarias (en régimen de colaboración), según prescribe el párrafo 4 del artículo en comento, cuando se trate de garantizar la oferta a universalización del ensino en grado obligatorio en cada nivel de las esferas competentes, en conformidad con las competencias previstas en los párrafos 2 y 3 del referido dispositivo.

ii) El principio de subsidiariedad en tema del agua desde la CF de 1988.

La vigente Constitución Federal de 1988, de 05 de octubre (adelante CF) relativo al tema del agua dispone de criterios distintos del trato de esta materia tanto al que refiere a organización de competencias administrativas para la protección de las aguas

(territoriales y transfronterizas), cuanto la regulación y control de la gestión de los recursos hídricos.

Así, sobre la *competencia legislativa* dispone en el artículo 22, IV CF con prioridad la *iniciativa exclusiva de la Unión*. Sin embargo, la Constitución también confiere a los Estados-miembros la competencia para legislar en algunas cuestiones más específicas del tema del agua, con carácter excepcional, lo que debe ser autorizado solo a través de ley complementaria (Art. 22, párrafo único CF). Por tanto, en este caso refiere, la función de subsidiariedad cuanto al derecho de regulación:

“Art. 22”. Compete privativamente à União legislar sobre:

omissis;

IV - águas, (...);

omissis;

Parágrafo único. *Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.*

Se resalta aún, la importancia que el texto constitucional ha dedicado en materia de la política del agua con dispositivos específicos en relación a la *gestión de los recursos hídricos*, observándose que este tema recibe un ordenamiento más complejo, por haber de una parte delimitado el catálogo de las *competencias comunes* en el artículo 23, apartado XI, CF⁵⁵¹, cuando tratar de los supuestos que refieren a *registro, supervisión y fiscalización de las concesiones de derechos y explotación de los recursos hídricos en los respectivos territorios*.

En estas hipótesis se está tratando de la *función de subsidiariedad de organización* según el criterio de actuación de la *subsidiariedad territorial y funcional*⁵⁵² vez que la *competencia común* será repartida entre los cuatro niveles administrativos federal, estadual, municipal y distrital, (Art. 23, XI CF).

⁵⁵¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...); XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; (...)” (Subrayamos). *Ibíd.*

⁵⁵² Vide el artículo 4º de la Ley Federal nº 9.433/1997, de 8 de enero: “Art. 4º A União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum”.

De otra parte, la competencia para *instituir y ejercer el control de* la gestión de los recursos hídricos se determina a *iniciativa exclusiva de la Unión* (Art. 21, XIX CF), *in litteris*:⁵⁵³.

“Art. 21”. *Compete à União:*

(...);

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;(...)” (Subrayamos).

Otro aspecto relevante de la CF de 1988 que toca al tema del agua demanda de la división de competencias relativo al saneamiento básico⁵⁵⁴ por envolver ejecución, implementación y desarrollo de la política nacional del abastecimiento del agua y de control de la contaminación de aguas residuales causada por los vertidos. Así, de una parte, la *competencia exclusiva de la Unión* será en determinar las directrices generales⁵⁵⁵ de la política del saneamiento básico (Art. 21, XX CF)⁵⁵⁶, y de otra, la *competencia común*, distribuida entre los cuatro niveles federal, estadual, municipal y distrital, será de promover programas destinados a la construcción y mejoras de las viviendas (Art. 23, IX CF)⁵⁵⁷.

Resaltase aún, que la materia de gestión de los recursos hídricos no está comprendida en el de saneamiento básico⁵⁵⁸, por ello, existe una dicotomía de temas con

⁵⁵³ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

⁵⁵⁴ Vide sobre este tema que fue regulamentado en el derecho brasileño en la Ley Federal nº 11.445/2007, de 05 de enero, que instituiu la Política Nacional de Saneamiento Básico. Cfr. Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. [en línea]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm> [Consultada en 18 jun de 2013].

⁵⁵⁵ Vide el artículo 2 en la Ley Federal nº 11.445/2007, de 05 de enero, que instituiu la política nacional de saneamiento básico, que delimitó los fundamentos de los servicios públicos del saneamiento. Cfr. Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. *Ibidem*.

⁵⁵⁶ “Art. 21. *Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;(...)”.* (Subrayamos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

⁵⁵⁷ “Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (...)*”. *Ibidem*.

⁵⁵⁸ Vide. el artículo 4º de la Ley Federal 11.455/07, de 05 de enero: “Art. 4º. Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico”. Cfr. Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. *Op. cit.*

reglamentos distintos. Asimismo, el servicio público del abastecimiento del agua, manejo y drenaje de aguas pluviales todo hace parte del conjunto del saneamiento básico definido actualmente en Ley Federal 11.445/2007, de 05 de enero.

iii) Función de subsidiariedad y los derechos sociales en la CF de 1988.

Por último, la CF de 1988⁵⁵⁹ hizo una nueva definición de los derechos sociales de la educación, tratando cómo servicio público esencial⁵⁶⁰, lo que se señala más que la *función de subsidiariedad vertical* fue mantenida en el art. 211 § 1º⁵⁶¹ cómo función redistributiva y supletoria⁵⁶² de la Unión y los Estados, lo que significa que estos solo deben actuar para corregir, progresivamente, las disparidades del acceso y garantizar los padrones mínimos en calidad de la enseñanza, si las respectivas competencias no fueren atendidas mediante la oferta de plazas de enseñanza en las escuelas de la red pública (estadual y municipal y distrital) al que corresponda, respectivamente, a cada nivel de las esferas.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Vide el Título VIII – Da orden social, capítulo III - “Da educação, da cultura e do desporto”, que detalló con profundidad sobre la distribución de las competencias administrativas entre las distintas esferas federal, estadual, municipal y distrital, delimitando cuales las funciones de organización y colaboración de la enseñanza de cada sistema, y los respectivos porcentajes de financiación de aplicación a cargo de cada esfera de gobierno del Estado brasileño.

⁵⁶⁰ Cfr. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 839.

⁵⁶¹ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (...) § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”.(Subrayamos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibíd.*

⁵⁶² Las competencias de cada nivel deben ser cumplidas en conformidad con los preceptos de la Constitución y de la Ley de Diretrizes de Bases de la Educación (Art. 75 de la Ley Federal nº 9.394/96, de 20 de diciembre) y según las demás normas de la legislación vigente.

⁵⁶³ Los municipios son encargados de la educación básica y de guardería; Los Estados y el Distrito Federal actuarán con prioridad en la educación básica y media completa.

3. El principio de *subsidiariedad* en la jurisprudencia del STF.

Un último aspecto que se resalta para finalizar este análisis del derecho constitucional brasileño, es sobre la interpretación del *principio de subsidiariedad* en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (adelante STF), ya que hoy en día, el mismo tiene reconocidamente afirmado sobre el principio de subsidiariedad en sentencias de demandas variadas que cuestionan respecto al pacto federativo y posibles controversias entorno de los límites de un derecho federal, de derecho estadual o municipal, como por ejemplo suele pasar cuando se arguye el incumplimiento de precepto fundamental constitucional (ADPF)⁵⁶⁴ relativo al precepto de la ‘autonomía de los estados-miembros’.

En esas acciones sobre el incumplimiento de precepto constitucional, el propio STF ha debatido dos cuestiones importantes: una de orden material en determinar si existe, en esencia, una comprensión distinta entre “precepto constitucional” y “principio constitucional”⁵⁶⁵, y otra respecto a instrumentalidad de este procedimiento como un *recurso subsidiario*, semejante al recurso de amparo del derecho español o tal cual el recurso constitucional del derecho alemán, de una vez que el principio de subsidiariedad tiene por primer criterio el agotamiento de las instancias en ámbito de tema procesal⁵⁶⁶.

No se propone ahora hacer un examen a fondo de la interpretación de la Corte Suprema sobre la subsidiariedad, pero solo demarcar dos puntos de interés para el estudio de este principio en la construcción de una doctrina más bien fundamentada en este sentido:

⁵⁶⁴ Sentencia del STF ADPF 33-5/PA (Arguição de descumprimento de preceito fundamental, originaria del Estado do Pará. Cfr. URL del STF: <en línea> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>> [Consultada en 13.05.2013]

⁵⁶⁵ Vide el debate entre los Ministros Gilmar Mendes, Sepulveda Pertence y Carlos Brito en ese juicio del SSTF ADPF 33-5/PA publicado en Ementário STF 2355-1, de 07.12.2005, págs. 48-49, en DJ 27.10.2006. Cfr. documento de URL del STF: <en línea> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>> [Consultada en 13.05.2013].

⁵⁶⁶ Véase a propósito el tema “clausula de subsidiariedad” en el Voto del Ministro Gilmar Mendes que utiliza la expresión “criterio de exaurimento de las instancias”. Relator del proceso ADPF 33-5/PA, Ementário STF 2355-1, de 07.12.2005, publicado en DJ 27.10.2006, pág. 29. *Op.cit.*

I - Primer, puntuar sobre las sentencias relativas a conflictos de intereses que llevan a cabo juicios entorno de la competência legislativa concurrente, de um lado, y la competência funcional de las administraciones nacionales y locales, de outro, respecto a prestaciones de los servicios públicos esenciales de responsabilidade de la Unión, Estados-miembros, Municipios y del Distrito Federal,

II - Segundo, puntuar qué otros conflictos de competencias son llevados al STF relativo a procedimientos de la toma de decisiones por parte de los diversos órganos administrativos dentro de los niveles de los poderes constituídos (ejecutivo, legislativo y del próprio judiciário) además de otros órganos independientes (Ministerio Público). Son cuestiones pertinentes a sus funciones de control, fiscalización y revisión de los actos administrativos em el ámbito interno ante a los destinatários. Tales actos decisórios han dado margen a relevantes juicios respecto a autonomia destes órgãos administrativos (v.g., Tribunales de Justicia ante el Consejo Nacional de Justiça, Procuradorias Gerais de Justicia ante Consejo Nacional del Ministério Público etc).

Por ultimo, se pone de manifiesto que el tema de la subsidiariedad respecto tanto a la competência de regulación (vertical y horizontal), en cuanto en tema de la subsidiariedad funcional tiene hoy um amplio debate en la jurisprudência de los Tribunales superiores, y de modo significativo en el Supremo Tribunal Federal que tiene analizado y juzgado demanda (en acciones judiciales originarias) y recursos relacionados con las distintas competencias *reguladora* y *funcional* de los entes públicos, casi siempre referido directamente con la doctrina del ‘federalismo cooperativo’ en gran desarrollo en el sistema constitucional y administrativo brasileño. Asimismo, las cuestiones involucradas con la subsidiariedad procesal tiene centrado nuevos debates respecto aplicación de ley processual o de la actuación sancionadora de los órganos administrativos.

3.1. Competencia legislativa y subsidiariedad.

A proposito de la subsidiariedad relacionado al tema de la competencia legislativa en el derecho brasileño (o derecho de regulación o de legislar) se señala que importantes debates aportaron la temática del reparto de las competencias legislativas en

la jurisprudência del Supremo Tribunal Federal (adelante STF)⁵⁶⁷ en el sentido de delimitar los significados y alcance de la *subsidiariedad horizontal y vertical*. En apretada síntesis las comentaremos:

i) subsidiariedad horizontal.

La primera técnica es la que entrega los temas objeto de regulación a dos círculos precisos de instancias, uno modo de *competencia exclusiva*, encargada a la orden central (Unión) y otra, a cada uno de las unidades federativas (Estados-miembros) al que se refiere a los límites de su territorio", consonante dispone el artículo 25 CF⁵⁶⁸.

ii) subsidiariedad vertical.

La segunda técnica es concerniente a distribución vertical de la competencia de regulación que lleva a cabo el reparto de la materia legislativa idéntica entre la Unión y los Estados miembros, estableciendo así la *potestad legislativa común* entre ellos, según las reglas constitucionales de convivência⁵⁶⁹.

Por ello, no es raro que se presenta muchos conflictos en torno del tema de normas generales y normas complementarias y supletórias, en especial, sobre la validez de la ley municipal (local) impugnada en contra del ordenamiento federal, se afrotando así muchas demandas de juicios respecto al tema de la potestad tributaria y el principio de subsidiariedad, incluso, se pone de manifiesto la interpretación jurisprudencial que refleja la aplicación de *subsidiariedad mitigada* en la teoría recortada de la Suprema Corte, lo que comentaremos más a respecto.

⁵⁶⁷ RE nº 117.809-4-PR. Relatório do Min. Sepúlveda Pertence. Julg. 14.06.1989. fls. 300-301. STF: Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Publ. DJ 04.08.1989. Brasília: STF/Serviço de Jurisprudência. Cfr. URL del STF: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/>> [Consultado em 13.05.2013].

⁵⁶⁸ Véase el texto de la CF 88: "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".
⁵⁶⁹ RE nº 117.809-4-PR. Relatório Min. Sepúlveda Pertence. Fls. 300-301. Pub. 14.06.1989. En STF/Serviço de Jurisprudência. Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Publ. DJ 04.08.1989. Disponível en <em línea> <<<http://redir.stf.jus.br/>>> [Consultado en 13.05.2014].

3.2. Subsidiariedad funcional aplicada en la gestión de los servicios públicos.

En este aspecto el conflicto de interés se afronta en el campo de las funciones públicas de organización, gestión y ejecución de los servicios públicos, como suele ocurrir en caso de cuestiones de servicios públicos en general, y del saneamiento básico en que se incluye, de modo singular, el suministro del agua potable, planificaciones del urbanismo y vivienda, incidência y recaudación de impuestos, todos estos temas relacionados con las competencia del Estado-miembro y de los Municipios.

En concreto, se hace referencia a un caso que derivó de ‘Acción Directa de Inconstitucionalidade’ (ADI 1842-RJ⁵⁷⁰) ante el Supremo Tribunal Federal (adelante STF) cuyo el objeto de la respectiva demanda se refería a conflicto de competência entre la Ley Estadual del Rio de Janeiro, Ley nº 2869/97 instituyendo sobre la creación de área metropolitana y microrregión de los ‘Lagos’, definindo las competencias de gestión de los servicios, de modo singular, el saneamiento básico entre municipios integrados y otros asuntos correlatos.

La demanda fue presentada por el Partido Democrático Trabalhista (PDT) para cuestionar la regulación del Estado del Rio de Janeiro de que trata la referida ley sobre creación de región metropolitana, en que el demandante planteó sobre la legitimidad de la ley transferindo del ámbito municipal al ámbito estadual las competencias administrativas y reguladoras próprias de los municipios, específicamente sobre el saneamiento básico (Lei estadual 2.869/97).

En la sentencia del STF ADI 1842-RJ, de 06.03.2013, el Tribunal Pleno⁵⁷¹ acordó con la apreciación del ‘voto-relator’ del Ministro Mauricio Correa y del ‘voto-vista’ para el fallo del Ministro Gilmar Mendes sopesando sobre la relevancia de

⁵⁷⁰ Cfr. Sentencia STF ADI 1842-RJ de 06/03/2013. Relator: Min. Mauricio Correa (voto-mérito) y Relator p/ Fallo: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília: STF. DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001. Disponbile en <em línea> <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1842%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kcecodr>> [Consultado en 13.05.2014].

⁵⁷¹ Véanse los votos del Relator el Min. Mauricio Correa, fls.05-19 y del Relator final del fallo el Min. Gilmar Mendes, (Voto-vista) fls. 147/209. Cfr. ADI 1842/RJ, de 06.03.2013. *Op.cit.*

aplicación del principio de subsidiariedad en favor de la competencia de los Estados-miembros brasileños para crear regiones metropolitanas, microregiones o aglomeraciones urbanas en conformidad con el artículo 25 § 3º CF, por eso, aunque en esencia la autonomía de los municipios se revele en la Constitución Federal (artículo 1º) primordialmente por dos calificativos:

i) la autoadministración, con capacidad de tomar decisiones a todo cuanto se relacione con los intereses locales, _con independencia de delegación de poderes o transferência de jerarquia; y,

ii) el autogobierno, que se limita al interés predominantemente local (artículos 18 y 30, apartados I a IX, CF⁵⁷²), estes entes no pueden intervenir sustancialmente en las demás comunidades municipales, en temas en que sean afectados por problemas transversales del medio ambiente, de recursos hídricos que sean compartidos, por transportes públicos, del abastecimiento de energía y otros.

El Tribunal analizando específicamente sobre las cuestiones relacionadas con servicios de saneamiento básico en ámbito de regiones metropolitanas, microregiones y aglomerados urbanos, apreció que no se trata de simple cambio de competencia entregue a los Estados-miembros por parte de los municipios para ordenar el tema.

⁵⁷² Véase los dispositivos en comento en el texto original de la CF de 1988: «Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição». [Destacamos en cursiva]. Y, también, el artículo 30 apartados CF: «Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Disponible en URL: <en línea> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [Consultada en 13 de junio de 2013]

Se trata de establecer un ‘órgano colegiado’ o sistema de cooperación compartido entre el Estado y los municipios involucrados, en regular, supervisar la ejecución de los servicios del saneamiento, incluso definiendo formas de la concesión, de política de precios, estimular subvenciones múltiples etc.,

El Estado no puede restringir en la ley las funciones de coordinación, gestión ejecución de los servicios de la región metropolitana, sin que contemple la participación de los municipios en las decisiones, vez que ellos toman parte de la región creada (o de los aglomerados urbanos en que están incluidos en lo mismo entorno), y abrangidos por la regulación del Estado.

De todo lo expuesto, también, fue considerado que la región metropolitana no es órgano político autónomo, porque no tiene una personalidad jurídica propia, tampoco tiene autonomía institucional, y ni toma parte cómo ente del federalismo⁵⁷³.

Sin embargo, esta forma de ordenación territorial tiene un rasgo del *federalismo cooperativo brasileño* y significa nada más que «una simple asociación de municipios, determinada por ley complementar estadual, que, por equivalencia de intereses, deben actuar en ciertos temas de manera coordinada, integrada y consensual»⁵⁷⁴.

Por ello, se señaló que la competencia administrativa, legislativa no es un rasgo de la ‘región metropolitana’, sino que ‘*la suma de las competencias municipales integradas*’⁵⁷⁵.

Al final, lo tiene asentado el STF entendimiento de que los Estados-miembros pueden crear área metropolitana, aglomeraciones urbanas, microregiones con la participación de los municipios limítrofes, con objetivo de planificar y ejecutar políticas del saneamiento básico del entorno, en el interés público de atender adecuadamente las

⁵⁷³ Cfr. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995, pág. 654, *Apud, Apud, en Sentencia ADI-1842-RJ. Voto-Min. Nelson Jobim*, de 08 de marzo de 2006, Fl. 75, Tribunal Pleno. Brasilia: STF. *Op. Cit.* fl. ;

⁵⁷⁴ Véase el voto del Min. Presidente Nelson Jobim, fl. 122. Cfr. Sentencia STF ADI -1842-RJ. *Op. Cit.*

⁵⁷⁵ Expresión utilizada por el Min. Nelson Jobim, fl. 122.

exigências de higiene, salud de las poblaciones involucradas o para dar viabilidad al desarrollo técnico y económico de la región en que esté localizados municipios menos favorecidos con tales condiciones.

Sin embargo, en el caso concreto, la ‘cuestión de fondo’ fue conciliar el principio de subsidiariedad en armonía al principio de la autonomía municipal, el que fue reconocido en la exegese conclusiva, afirmada por el Tribunal según el cual la cuestión subsidiaria determinada por la acción del gobierno del Estado del Rio de Janeiro al establecer en ley estadual, de carácter obrigatório, la integración de área metropolitana de municipios circunvecinos *no retira o excluye la autonomia municipal de estes*.

Mientras tanto, la instancia estadual habrá que respetar la participación de cada municipio en los procedimientos de la toma de decisiones llevando en cuenta las peculiaridades locales de cada sistema municipal, de modo a no permitir y ni ponersélo al interés de uno por encima de cualquier outro, o tampoco violar la cohesión social⁵⁷⁶.

El tema de la subsidiariedad funcional se ha hecho reforzado apoyado en la tesis del sistema federal alemán que se refiere al modelo de organización territorial de cooperación entre competências administrativas (districtal) denominada de reunión del ‘kreis’, cuyas las funciones de los entes locales que no se las pueden cumplir satisfactoriamente deben ser cumplidas por el respectivo *Kreis* (níveles intermédios inferior a los *Länder*). Y, en Brasil, se reforza a través de la doctrina del federalismo cooperativo⁵⁷⁷, que ahora, tiene se profundizado los retos del federalismo cooperativo en tema de la gestión de los recursos hídricos⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Véase esta reflexión en el voto del Min. Gilmar Mendes, fl. en otra Sentencia ADI 2340-SC de 06/03/2013. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília: STF, DJe-087, Divulg 09-05-2013, Public 10-05-2013. Disponible en: <en línea> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+e+2299%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mheu9b7> [Consultado en 20 de julio de 2013].

⁵⁷⁷ Cfr. BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro. Forense, 1986; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecologico e ao direito urbanístico*. Rio de Janeiro. Forense, 1978., HORTA, Raul Machado. *Estudo de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 655, *Apud*, en Sentencia ADI-1842-RJ. Voto-Min. Nelson Jobim, de 08 de marzo de 2006, Fl. 78, Tribunal Pleno. Brasília: STF. *Op. Cit.*

⁵⁷⁸ Cfr. GRANJA, Sandra Ines Baraglio & WARNER, Jeroen. *A hidropolítica e o federalismo: possibilidades de construção da subsidiariedade na gestão das águas no Brasil*. Rio de Janeiro: RAP, 40 (6), nov-dez, 2006, p. 1112-1114.

3.3. El principio de subsidiariedad y la aplicación de la Ley 9.882/99.

Otro tema que tiene sido objeto de análisis en el STF es sobre la aplicación del art. 4º § 1º, da Lei 9.882/99⁵⁷⁹ que estableció el ‘principio da subsidiariedad’ en acción por incumplimiento de precepto fundamental de la Constitución (adelante ADPF).

Esta es una acción específica para impugnar ante el STF ‘acto o ley de ámbito federal, estatal o local que esté en afronta a precepto constitucional, de acuerdo con el artículo 102, párrafo primer, de la CF, el cual, a la vez, fue regulamentado por la Ley 9.882/99, subrayándose que, el artículo 1º dispone las siguientes hipótesis de grave incidencia de violación y las condiciones del anclaje de la acción constitucional:

_ Primer, cuando for para prevenir o reparar el daño al precepto fundamental, resultante de acto de Gobierno; o

_ Segundo, cuando for el caso de controversia relevante de una ley o acto normativo de ámbito federal, estatal o local relevante, incluso que antecede a la vigencia de la Constitución de 1988.

Por lo tanto, esta controversia consiste en verificar como se debe comprender y aplicar el principio de subsidiariedad en estas acciones en que se argúe de modo incidental.

Según asentado en la ADPF nº 187/DF⁵⁸⁰, de 16 de junio de 2011 (‘ação de descumprimento de preceito fundamental’) presentada ante el STF por el Ministerio Público Federal para el fin de que el artículo 287 de Código Penal brasileño (CPB) fuese dada la interpretación de conformidad con la Constitución, y en consecuencia, excluir cualquier exégesis que puede dar lugar a la criminalización de la defensa de la

⁵⁷⁹ Cfr. el texto de la Ley 9882/99, de 03 de diciembre de 1999. Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> [[Consultado em 13.05.2013].

⁵⁸⁰ Véase ADPF 187/DF, de 15 de junio de 2011. Voto Relator Min. Celso de Melo. Fl.15. Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico. Brasília: STF. DJe-102 divulg 28-05-2014 public 29-05-2014. Disponible en URL: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> [Consultado em 13.05.2013].

‘despenalización’ de las ‘drogas’, o cualquier sustancia estupefaciente específica, incluso a través de manifestaciones y actos públicos.

El Tribunal estimó el pedido, pero, ante todo fue apreciada la ‘cuestión preliminar’ sobre cómo debe ser comprendido el principio de subsidiariedad en esa clase de acciones de argüición incidental.

El Tribunal consideró que se trataba, *in casu*, la ADPF de ‘acción autônoma’, y que el entendimiento de aplicación del principio de subsidiariedad en cuestión había que mirar la existência de otros procesos en las instancias de fiscalidad de ‘control de constitucionalidad’, que pudiesen corregir de manera adecuada la violación a precepto fundamental⁵⁸¹, vez que se tiene que observar sistemáticamente en la interpretación la regla del artículo 4º párafo primero de la referida Ley 9882/99, que dice:

«Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade».

Por lo tanto, la condición primera para aceptar la acción era verificar la ausencia de cualquier otro medio de procedimiento em curso, capace de resolver de modo efficace, la lesividade apuntada por el demandante.

Por ello, verificando tratarse de ‘acción autónoma’ el Tribunal estimó el pedido, determinando fuese dado al artículo 287 del CPB, la interpretación en conformidad con la Constitución, de modo a se considerar el derecho reunirse pacíficamente para fines de debates en locales públicos sobre temas de despenalización de drogas⁵⁸²), evitando así la criminalización de tales conductas en futuros actos públicos respecto al tema de ‘despenalización’ o ‘liberalización’ relacionados con sustancias estupefacientes, vez que varias reuniones fueron canceladas por decisiones judiciales en

⁵⁸¹ Véase a propósito en la ADPF 187/DF, de 15 de junio de 2011, el Voto Relator Min. Celso de Melo. Fl.15. *Op.cit.* Disponible en URL: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> [Consultado em 13.05.2013].

⁵⁸² En Brasil algunos de estos actos públicos en locales públicos con participación de ciudadanos, representantes de instituciones y incluso algunos políticos fue denominado en 2011, de movimiento social ‘Marcha da Maconha’ (‘cannabis sativa’ o *marihuana*) en favor de la liberalización de este estupefaciente.

vários Estados (São Paulo, Minas Gerais, Paraná etc) bajo el argumento de que eran considerados conductas de incentivar o estimular prácticas de delito al acto de consumir o utilizar tales sustancias ilegales (artículo 287 del CPB).

3.4. La teoría de la subsidiariedad mitigada aplicada al procedimiento administrativo-sancionador.

La aplicación del principio de *subsidiariedad de forma mitigada* suele ser interpretado por la jurisprudencia del STF en el sentido de se convalidar las decisiones adoptadas por órganos colegiados encargados del procedimiento administrativo, aunque no se había agotado todos los recursos en la instancia de origen, pero por motivos debidamente justificados, la demanda o petición fue llevada a instancia superior que conocerá en primer momento de los hechos y conductas, objeto de una reclamación, o impugnación del acto, y firmará un dictamen final.

Así, se aplica la *subsidiariedad procesal* con el fin de delimitar un rol de competencias del contencioso administrativo en función del control y fiscalidad de los actos administrativos y de la toma de decisiones por de un determinado órgano controlador sin que se considere que la instancia superior esté pasando delante de la autoridad administrativa local.

En un caso concreto, la sentencia MS 28.891-MC-AgR/DF⁵⁸³ del Supremo Tribunal Federal (STF) de 13 de junio de 2012, hizo una clara delimitación del *principio de subsidiariedad* al que refiere a cuestiones de la autonomía administrativa de los órganos del poder judicial (autogobierno de los Tribunales) frente al poder conferido constitucionalmente al Consejo Nacional de Justicia (adelante CNJ) que ejerce en ámbito nacional el control y fiscalidad de los actos administrativos practicados por magistrados,

⁵⁸³ Véase STF Sentencia MS 28.891 MC-AgR/DF de 13.06.2012 (Sentencia en Recurso de Agravo Regimental en Medida Cautelar en Mandado de Segurança). Brasília: STF. Disponible en URL del STF. <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3125768>> [Consulta en 20-07-2013].

jueces, y personal administrativo de varios sistemas de Justicia de los niveles estadual y federal.

La cuestión de fondo volvió sopesar dos principios: el de subsidiariedad en relación a la acción procesal de los órganos administrativos con competencia nacional (competencia administrativa para conocer de conflictos oriundos de peticiones de ciudadanos de cualquier Estado-miembro) y el de autonomía administrativa de los órganos con competencias en ámbitos de los Estados-miembros o federal, en relación al procedimiento administrativo que se encargan de la toma de decisiones.

En suma, la *subsidiariedad procesal* aparece en circunstancias donde se pone de manifiesto la polaridad de intereses conflictivos, _ la pretensión de autonomía de un órgano en el nivel ‘local de los hechos’ o de expedición del acto, en contraste con la tendencia centralizadora de la instancia superior que interviene, del otro_; por ello, la subsidiariedad se aplicaría como un factor de armonización y equilibrio entre las situaciones jurídicas conflictivas.⁵⁸⁴

En otro aspecto, en eso mismo recurso apreciado por el STF, fue resaltado el concepto del *principio de subsidiariedad mitigada* _ abstraído de otro voto-vista proferido anteriormente, y dictado en el recurso n° MS 28.003-DF⁵⁸⁵ por el Ministro Luis Fux_, el cual aunque no fue esta la tesis vencedora en la resolución final del recurso, porque fue desestimado, mientras tanto, este concepto tiene una gran relevancia para la interpretación jurisprudencial, y tiene en la práctica profundizado la reflexión en los

⁵⁸⁴ Véase este razonamiento deducido en el voto del Ministro Celso de Mello: “[...] Se pode afirmar que o postulado da subsidiariedade representa, nesse contexto, um fator de harmonização e de equilíbrio entre situações que, por exprimirem estados de polaridade conflitante (pretensão de autonomia em contraste com tendência centralizadora), poderão dar causa a grave tensão dialética, tão desgastante quanto igualmente lesiva para os sujeitos e órgãos em relação de frontal antagonismo”. (Subrayamos). Cfr. STF Sentencia MS n° 28.891 MC-AgR/DF de 13.06.2012. (Recurso de Agravo Regimental em Medida Cautelar em Mandado de Segurança. Relatório e Voto do Ministro Celso de Mello). Tribunal Pleno. <en línea>: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3125768>> [Consulta em 20-07-2013]

⁵⁸⁵ Predominó en el STF el entendimiento de la tesis opuesta firmada por la mayoría del colegiado según el cual reconoció al *CNJ la competencia sancionadora originaria*, y no solo la función de subsidiariedad, aunque se mantiene el autogobierno de los órganos disciplinarios de los Tribunales. Significa por tanto, que el CNJ es órgano constitucional de control administrativo y puede conocer directamente de las reclamaciones y decidir aplicando las sanciones previstas en la ley, e incluso puede avocar procesos administrativos disciplinarios en trámite en el Tribunal objeto de reclamación.

ámbitos administrativos de los Tribunales, Consejos Nacionales y del Ministerio Público. Pero, aún no se ha convertido en el pensamiento mayoritario de la Corte Suprema.

Así, quedó entendido que el *principio de subsidiariedad mitigada* sostiene sobre la necesidad de se considerar en el momento de la aplicación de los razonamientos en la toma de decisiones que hay una cierta limitación de acciones que pueden llevar el procedimiento a la instancia nacional, sin que para eso se tenga que agotar la instancia de base.

Significa, en primer momento, establecer un criterio de discernimiento en cuestionar: _ (¿) cuales materias deben orientar una actuación subsidiaria procesal cuando se está tratando de la función sancionadora en materia administrativa (?).

En otras palabras, el cambio de competencia del órgano local o de origen que detiene la potestad decisoria o de juicio a otro órgano nacional solo es justificable si quedar evidenciada o debidamente comprobada la insuficiencia del poder local en dictar adecuadamente la decisión, o porque esté comprometido en declarar un juicio justo ante los intereses en conflicto.

Específicamente, se puede concluir que mitigar la acción subsidiaria en el contexto de las actividades ejercidas por los Consejos Nacionales, que quiera se esté refiriendo al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), o incluso al Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP), los parámetros utilizados para determinar qué competencias deban ser entregues a la instancia nacional, relativo a una demanda o petición directa propuesta por los interesados, suele tener en cuenta algunos supuestos que estén relacionados a motivos justificados: _ por situaciones de comprobada inercia de la autoridad local; retrasos desrazonables o incumplimiento de plazos; vicios en procedimientos de la autoridad local; falta de independencia o interés conflictivos entre destinatario y autoridad; además, de situaciones específicas de avocación previstas en reglamento interno.

A ejemplo de estas especies o situaciones episódicas fueron enumerados a título indicativo por el Ministro Fux las siguientes hipótesis:

a) comprobada inercia de la autoridad local cuanto al ejercicio de su competencia disciplinar; b) retraso desrazonable del procedimiento disciplinar; c) falta

de *quórum* para deliberación; d) simulación cuanto al ejercicio de la competencia correccional o sancionadora; e) comprobación de incapacidad de actuación de los órganos locales por falta de condiciones de independencia; f) inminencia de prescripción de la potestad sancionadora; g) cualquier situación genérica a juicio del CNJ debidamente motivada; h) sobreseimiento del procedimiento disciplinar; i) existencia de conflicto de intereses que imposibilite el órgano colegido de decidir; j) avocación de procedimientos disciplinarios por inobservancia de las situaciones antedichas.

En suma, el Supremo Tribunal Federal, por fuerza del principio de la unidad constitucional y como órgano máximo de defensa de los preceptos de la constitución, no puede ni desconsiderar la autoridad del CNJ y ni la autonomía de los Tribunales estatales o federales. Por ello, admitió una conciliación entre las actividades de corrección y disciplinaria entre ambas las instancias aplicándosele de esta forma el principio de subsidiariedad de manera a mitigar las intervenciones del Consejo en relación a las actuaciones de las Cortes jurisdiccionales en el origen. Igualmente, este razonamiento se aplica en relación a las atribuciones del Consejo Nacional del Ministerio Público y las respectivas estancias locales del Ministerio Público.⁵⁸⁶

Relevante, por último, ponderar que referido dictamen del STF MS 28003-DF, de 08.02.2012 se mantiene como la directriz de interpretación en el tema del ejercicio de las competencias del Consejo Nacional de Justicia, y asentó que estas no se revelan como de acción subsidiaria, sino que la competencia originaria constituye un mandato constitucional que se debe preservar.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ Cfr. MS 28.891 MC-AGR / DF. Fragmento transcrito del Voto particular del Ministro-Relator Celso de Mello en el fallo del Tribunal proferido en 13.06.2012:

“[...] O deslocamento de competências para órgãos estatais centrais, de estruturas afastadas do poder decisório local só tem razão de ser quando ficar comprovada a inviabilidade do poder decisório pelos poderes locais. A instância nacional de deliberação há de ser exercida quando as instâncias locais forem insuficientes e estiverem indevidamente comprometidas para julgar os interesses em conflito. *iniciados nas* (...)” [en línea]: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3125768>> [Consulta en 20-07-2013].

⁵⁸⁷ Cfr. STF Sentencia MS 28003-DF de 08/02/2012. Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília: STF. Acórdão Eletrônico Dje-106. Public 31-05-2012. [en línea] <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS+e+28003%29&base=b+aseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qjb74c>> [Consultada em 20/07/2013].

4. Consideraciones finales.

En este capítulo se hizo una reflexión sobre de las teorías de los fines del Estado, en mediado del siglo XX y la importante aportación a los rasgos del constitucionalismo contemporáneo, y sin embargo, la teorías de los fines del Estado tampoco tuvieron el mérito de plantear y determinar hasta donde se debería comprender la *acción subsidiaria del Estado*, al revés, de las otras finalidades asentadas correspondientes a los fines propios Estado⁵⁸⁸ _ como solía pasar con las cuestiones planteadas centradas en la soberanía, tema central de innumerables debates_, pero, sin duda, los teóricos del derecho público no delimitaron con exactitud una fundamentación jurídica a la cuestión del principio de subsidiariedad.

Añadiése, todavía que, en aquel momento, sí que ya se había elaborado una doctrina del derecho público donde se distinguía quien eran “los sujetos políticos” y “los sujetos administrativos” en el Estado constitucional⁵⁸⁹, dicotomía que fue delimitada con la evolución y madurez de las nuevas teorías del constitucionalismo americano y europeo, y que se pondrían en contra a los argumentos de los defensores del Estado absolutista monárquico que, ni siquiera pusieron al debate la cuestión de la distribución de las funciones o tareas de los sujetos públicos con especificidad. Eso se explica por qué la centralidad de las funciones estatales era puesta a encargo del soberano (‘soberanía del príncipe’).

Sin embargo, no se puede olvidar que en contrario a ese pensamiento conservador, la doctrina de derecho administrativo desarrollada en esa época, especialmente en Francia, seguramente ya se ocupada en construir una *teoría de las instituciones* a cargo de las tareas propias de la administración pública⁵⁹⁰, todavía, no había

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 258.

⁵⁸⁹ La teoría de Jellinek según los críticos representada el pensamiento de la teoría monárquica del Estado alemán de su época, pero sin duda fue una grande contribución al derecho constitucional. Cfr. WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana. Op.cit.*, p. 176. BULLINGER, Martin. *El service public francés y la daseinsvorsorge en Alemania*. Madrid: CEPC. RAP. 2001 (156), p.32.

⁵⁹⁰ En Francia M. Hauriou E. Lafferrère, Berthélémi, Auroc, Batbie, Ducrocq defienden las dos nociones fundamentales en Estado, las cuales son: el poder público y el servicio público, por eso la distinción

llegado a un cambio proyectando la teoría de los servicios públicos en el Estado francés, a punto de delimitar un concepto jurídico propio de *subsidiariedad* como categoría jurídica o técnica del derecho administrativo bajo la perspectiva de la función de la Administración Pública.

Además, la tendencia centralizadora del Estado unitario francés se mantuvo en la tradición del derecho administrativo de aquel sistema jurídico, y no planteó una doctrina del principio de subsidiariedad como veremos en el próximo capítulo.

Por ello, a nuestro modo de entender, uno de los motivos de esa ausencia de cuestionamiento de poner de relieve la cuestión de subsidiariedad, en aquella época, estaba directamente justificado por el tipo de centralización de Estado-administración que cada sistema jurídico desarrollaba, según la tradición del poder monárquico.

De otro matiz, también, no se puede olvidar la relevante doctrina del derecho público que desarrolló con profundidad el tema de la soberanía, en varios matices, y que dedicó tales reflexiones, respecto al principio de la separación de los poderes, en relación con otras instigadoras cuestiones, y en delimitar nuevos retos sobre el tema de la competencia, de las funciones de los órganos que integran los poderes constituidos.

Además, los importantes avances aportados de la doctrina del federalismo (confederación, estado federal, sociedad de estados) respecto al tema de la (in) divisibilidad de la soberanía del Estado, y en consecuencia produciendo un cambio al reparto de las competencias de organización y regulación de las esferas político-administrativas, el que fue para la teoría del derecho un importante debate entre la relación de ‘fines y medios’ de la teoría del Estado, y la sistematización de los principios generales

entre actos de autoridad y de administración; Düguit, Jèze, Bonnard, Laubadère y Latourneriey (“Escuela de Burdeos”) defiende la “tesis de la solidaridad aplicada a los servicios públicos”. En Alemania O. Mayer defiende que solo en las administraciones públicas existe personalidad, diferente del Estado que no tenía una personalidad jurídica por entender que era formado por el pueblo, así la idea de administración prestacional era vinculada con la autoridad del poder del estado, ejercido mediante la subordinación de los particulares. Después Merkl, Forsthoff defienden la función de administración pública del Estado, siendo que este último adhiere a la doctrina del servicio público prestacional aproximando se de la doctrina francesa. Vide. REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. Madrid: CEPC. RAP (161). 2003. P. 129-131. BULLINGER, Martin. *El service public francés y la daseinsvorsorge en Alemania*. Op. Cit., p.31-40.

del Derecho administrativo, conllevó a se elaborar los instrumentos de la técnica jurídica de la organización administrativa del Estado, hacia al análisis del componente de la subsidiariedad como principio transpuesto al derecho público (constitucional-administrativo) y como función administrativa.

No obstante, este análisis permite se concluir previamente un doble entendimiento de la relación que se pone de manifiesto sobre la *acción subsidiaria del Estado*, que se enumera en los comentarios (a) y (b) adelante expuestos, pero no sin antes puntualizar, dos ponderaciones de orden sistemática, que subyace en el marco del proceso histórico, y que se debe llevar en cuenta:

1) primer, desde una perspectiva del positivismo jurídico no se había planteado el problema teórico-científico de la subsidiariedad, con vista a una aplicación científico metodológica (incluso porque omitida cómo un concepto material), en la teoría del estado y del derecho público hasta concretar la teoría constitucionalista contemporánea, y por qué no decir en la teoría del derecho administrativo, _a partir del concepto analítico de “Dirección o vertebración _ , que nos ocuparemos en el próximo capítulo.

2) segundo, otro rasgo importante, emana de la teoría del normativismo de Kelsen, en el siglo XX, respecto à la definición del derecho cómo “técnica” en la medida que, se afirmaba el método positivista, conceptualizando “el derecho cómo un medio, un método o técnica”. Para Kelsen el derecho “*es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada*”, sin embargo, decía que faltaba aún examinar en qué medida alcanzaría su fin;⁵⁹¹ puntualizó que la validez del orden estatal reside en hacer seguir un ‘acto de coacción’ por medio del derecho. El dogma jurídico

⁵⁹¹ Véase la definición de Kelsen, en capítulo III, que trató de la *Definición del Derecho. B) El derecho es una técnica social*: “Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin” (...). La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, *ya que el derecho no es un fin sino un medio*. [destacamos en cursiva]. Cfr. KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*. 4ª ed. /9ª reimp. Buenos Aires: Eudeba. 2009. P.58-59.

afirmaba, pues, que el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.⁵⁹²

Ora, el normativismo kelseniano establece que *todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el 'derecho positivo de un Estado' reposan sobre la hipótesis de una norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia.*⁵⁹³ Por tanto, la teoría normativista desprecia todos los otros elementos que no fuesen establecidos por el propio ordenamiento legal, lo que explica no incluir 'la subsidiariedad' por ser un elemento extraño al ordenamiento jurídico⁵⁹⁴.

Así, hecha estas dos observaciones preliminares, pasemos a los dos puntos de estas primeras conclusiones:

a) en una escala evolutiva de anterioridad, desde el pensamiento aristotélico y después en la doctrina social cristiana⁵⁹⁵_, la concepción de participación de los individuos, de las asociaciones y de otras entidades cooperadas en pequeños grupos significaba la libertad de *actuación en el sentido de promover el autodesarrollo de los miembros y de las asociaciones y cooperaciones* respectivas, al valorar el interés común en una determinada comunidad.

En eso primer momento, se imponía a los individuos más autonomía para actuar en el interés propio o de la asociación (entre los griegos); en un segundo momento histórico, fue se limitando la libertad individual o de los grupos, en cambio de atender a

⁵⁹² Ibidem, p. 59.

⁵⁹³ Ibidem, p. 59.

⁵⁹⁴ Véase a ese propósito el precepto de Kelsen: "La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de consciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. *No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica*". (destacamos en cursiva). Ibidem, P. 81

⁵⁹⁵ Se refiere en este matice a la doctrina tomista y sus seguidores.

las necesidades del todo, exaltando por tanto el principio de totalidad, según el postulado de la solidaridad en favor de la justicia social⁵⁹⁶.

A ese modo de entender, las acciones de los individuos y del grupo para atender a las necesidades en su propio beneficio, es una acción primaria fundamental de la “vida en sociedad”, en tanto, la condición de incapacidad o insuficiencia de los individuos hace generar la acción del Estado en *suplir* referidas dificultades o complementálas.

A esta clase de actividades entregue al Estado darse el carácter de función *subsidiaria*, porque no representan los fines universales del Estado como pregonaba la teoría de los fines universales o expansivos (de defensa, de suministrar los impuestos y finanzas, de mantener el orden, de aplicar la justicia, etc.), y ni tampoco a los “fines relativos exclusivos”⁵⁹⁷ (pregonada cómo los fines superiores distinto de los intermedios). De todo, es fácil comprender que había un valor ético delineado de autonomía social, de soberanía y de subsidiariedad.

b) En el Estado moderno, entre los variados matices en torno de los fines del estado se establece una línea divisoria entre las “acciones de los individuos y corporaciones” ejercidas, a la vez, de distintas maneras e independientes de las “funciones propias” del Estado. Sin embargo, una clara comprensión del sentido de *subsidiariedad* desplazase cómo una función del Estado en suplir o complementar determinados intereses individuales o de corporaciones, *lo cual solo podría intervenir (de forma subsidiaria) respecto a los fines privados o individuales de sus miembros, cuando éstos no fuesen absolutamente individuales*⁵⁹⁸; al revés, si se trata de intereses particulares exclusivos del individuo quedará a éste alcanzarlo.

Por ello, la identidad del problema no podría ser otra cosa, sino que una gran confusión en torno de una ‘neta delimitación de división de la soberanía’ (en cuanto

⁵⁹⁶ Principio de la totalidad según lo cual la sociedad es orientada al bien común antes de perseguir los fines particulares, lo más allá indica que cada hombre busque el bien común antes de lo suyo.

⁵⁹⁷ Cfr. Jellinek, *Ibíd*em, p. 261.

⁵⁹⁸ Jellinek, *Ibíd*em, p. 258.

sinónimo del poder unívoco del Estado) o de las competencias (acciones del Estado) para se llegar a los *finés* deseados.

El planteamiento teórico estaba lejos de llegar a un consenso. La dualidad de objetos: el político y el administrativo del Estado, no había sido resuelto, lo que es justificable, una vez que se considere que aún no estaba consolidada una teoría exclusiva del estado y otra del derecho, excepto a partir de normativismo jurídico.

De suerte que, si el fenómeno de la subsidiariedad, tal cual sea hoy considerado no solo un principio jurídico, como también una forma de actuación del Estado o un mecanismo para mantener las decisiones más próximas de los ciudadanos en la sociedad, fue necesario formular una poderosa doctrina del Estado planteando sobre qué clases de “finés” del Estado se estaba tratando, como lo hizo Jellinek, Otto Mayer y otros tratadistas de su época, para entonces se adoptar distintas formas de actuación, según la teoría jurídica instrumental del Estado⁵⁹⁹, concomitante a las nuevas cuestiones propuestas por los clásicos teóricos del derecho administrativo⁶⁰⁰.

Sin embargo, el maestro alemán siquiera pudiera pensar que, tras unos decenios, la cuestión de la soberanía⁶⁰¹ serviría de base al concepto del *principio jurídico de subsidiariedad* que, se convierte a finales del siglo XX en un marco de la comunidad europea, inspirando una nueva forma de asociación entre Estados europeos,

⁵⁹⁹ La teoría de la personalidad moral en el derecho público elaborada por Otto Mayer aclaró bien el punto de partida de la teoría instrumental del Estado. Afirmaba que “el derecho regula relaciones. Supone, entonces, una pluralidad de unidades entre las cuales podrán nacer relaciones regulables. Para el derecho, la *persona* es la unidad (...)” (p. 249). Y proseguía afirmando que el Estado “(...) sirve de punto de partida para el ejercicio del poder público, para todo aquello que se denomina Administración pública. ¡Son sus fines, tal como los fija sua constitución, los que dan individualidad a la persona moral! La persona moral del derecho público es aquella que se destina para realizar la administración pública.” (p. 254). Cfr. MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Parte Especial. Tomo IV. Traducción: Horacio H. Heredia; Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: ed. De Palma. 1949. Págs. 249 y 254.

⁶⁰⁰ Véase la dicotomía entre la teoría de la solidaridad defendida por Düguit, en oposición a teoría de Hauriou, en Francia, a fines del siglo XIX, y también en Alemana la doctrina de la personalidad jurídica de la Administración Pública distinta del ente Estado.

⁶⁰¹ Así vale recordar uno de los críticos más actuales sobre la doctrina de Jellinek, el profesor Wyduckel en los comentarios que hizo valorando la doctrina de la soberanía para el constitucionalismo alemán: “Ciertamente, él proporciona más que una mera fundamentación científica a la teoría de la soberanía del positivismo jurídico estatal, por encima del cual su concepción excede ampliamente tanto su utilización teórico-jurídica y teórico-estatal, como su aplicación científico-metodológica” WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana*. *Op.cit.*, p. 176.

impulsándoles a la integración, basada entre otros en los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad* para formar el bloque político-social, económico de la Unión Europea.

Otro punto, que no se puede ignorar es que la tesis de la “fragmentación o limitación de soberanía” en el Estado federal alemán, sirvió también de gran interés para introducir la noción de subsidiariedad como principio político en el constitucionalismo del estado moderno. Asimismo, fue posible dimensionar a partir de la Constitución de 1871 el reparto de competencia entre el gobierno central y los estados federales, y algunos aspectos relativos a la materia de competencia del Imperio distinta de las competencias materiales de los estados federados, reforzarían, después, la idea de subsidiariedad en la repartición de los poderes y de la delimitación de las funciones públicas.

Por ello, posteriormente, en la Constitución de Weimar la subsidiariedad se presenta relativa al reparto de competencia legislativa entre el *Reich* y los estados (artículo 14 e 15)⁶⁰², y también, como la función de autonomía de los municipios (art.127).⁶⁰³ De otro modo, la subsidiariedad se caracteriza aún a través del desarrollo de las condiciones personales de cada uno en pro del bien común (artículo 165)⁶⁰⁴.

En ese período importantes teorías plantearon sobre la cuestión de la soberanía en los sistemas políticos, lo que conduce a un cambio de pensamiento sobre la relación Estado y Derecho, valorando la identidad del estado como el propio derecho. Aunque algunas de las teorías que mezclaron el derecho a otros elementos: sociológico, psicológico-espiritualista, ético o político, asimismo, mantuvieron en el cerne la relevancia del ‘estado del derecho’ superando al estado policía.

⁶⁰² Cfr Constitución 1919: “Artículo 14.- Las Leyes del Reich, a menos que las mismas dispongan otra cosa, serán ejecutadas por las autoridades de los Estados.

Artículo 15.- El Gobierno de Reich ejerce la inspección en los asuntos en que el Reich ostenta la competencia legislativa.

⁶⁰³ Cfr. Constitución 1919: “Artículo 127. Los Municipios y las circunscripciones intermedias tienen derecho a administrarse autónomamente dentro de los límites marcados”.

⁶⁰⁴ Cfr. Constitución 1919: “Artículo 163. Sin perjuicio de su libertad personal, cada alemán está obligado a invertir su energía intelectual y físico de tal manera que sea necesario para el beneficio público. Todos los alemanes se le dará la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo económico. En caso de ofertas de trabajo adecuadas no puede proporcionarse, recibirá apoyo financiero. Más detalles están especificados por la ley del Reich”.

Por tanto, es importante observar que las teorías estatistas hicieron distintas aportaciones al concepto de soberanía valorando ora más, ora menos el contenido de esta; no obstante, desde este punto de vista el tema de la distribución de las funciones estatales también evolucionó en los textos constitucionales ordenando la materia de autonomía y de descentralización administrativa.

Otra importante aportación en el tema de la función de subsidiariedad en el siglo XX, adviene de la doctrina de la iglesia católica de los años treinta, que a través de la Carta encíclica *Quadragesimo Anno* reclama al Estado intervencionista una ‘restauración social profunda’ fundada en la reforma de las instituciones políticas y de la enmienda de las costumbres. Es decir, a través la función de subsidiariedad el Estado debería devolver a las pequeñas asociaciones y corporaciones las actividades que estas mismas las pueden realizar, y ocuparse de las funciones esenciales propias del Estado. También, propone un cambio al principio rector de la economía centrado en el principio *regulador de la justa distribución* con vistas a proporcionar una economía socialmente justa, eficaz e equilibrada.

En cuanto a la reforma de las costumbres, el retorno a las tradiciones cristianas cómo forma de ‘curar’ la sociedad de los vicios, la encíclica papal recordaba a la enseñanza de León XIII (*Rerum novarum*) indicando cuales eran los remedios a adoptar: a) cristianización de la vida económica; b) función de la caridad; y al final, recomienda estrecha unión y colaboración.

En resumen, ahora se puede señalar que, tal cual solía pasar con el “problema de la ‘soberanía y fines’ del estado”, en el siglo XIX, y con los planteamientos controvertidos sometidos con el tema de la “subsidiariedad” a comienzo del siglo XX, también, en las postrimerías del siglo XX y primera década del siglo XXI, se pasó un nuevo reto en torno de la aplicación del principio de subsidiariedad, desde que fuera introducido por el Tratado de Maastricht en el Derecho de la Unión Europea, lo convirtiendo en objeto de innumerables puntos de vista.

Por fin, en paralelo al ordenamiento constitucional y en torno a las cuestiones del derecho público, otra relevante aportación en torno de la función de subsidiariedad

adviene de la doctrina del derecho administrativo que hizo, en tanto a los aspectos territorial y funcional, un profundo debate lo que se delinearán en la próxima Sección.

Además, fue a partir de la teoría del derecho administrativo alemán de Ernst Forsthoff, a mediados del siglo XX, tratando del tema de la “Administración como sujeto de prestaciones”⁶⁰⁵ que él fomentó la importancia fundamental de las *funciones sociales* en el marco de las obligaciones administrativas, delineando así un importante reto al pasaje del principio de subsidiariedad de *función social* a institución jurídica, además de la perspectiva medio ambiental que fue destacado como un nuevo derecho de regulación y del ejercicio de las competencias administrativas.⁶⁰⁶

Por último, al que refiere al sistema constitucional brasileño, ningún texto constitucional ha previsto explícitamente el principio de subsidiariedad, el que se tiene como válido es que desde la Constitución de 34, la subsidiariedad viene siendo interpretada como un mecanismo (o técnica) del reparto de las competencias de regulación y funcional entre la centralización de la Unión, de un lado, y la descentralización de los Estado-miembros y además, la autonomía de los municipios y del Distrito Federal.

Sucesivamente, a cada nuevo ordenamiento constitucional se fue cambiando los límites de la organización competencial (derecho de regulación y del ejercicio de las funciones) del sistema federal en Brasil, donde la subsidiariedad fue se delimitando en otros temas antes no contemplados en detalle, cómo en el tema de la educación presentando la intervención subsidiaria horizontal de la Unión, o a través del ejercicio de la función de regulación verticalizada del orden tributaria, de mayor especificidad cuanto al tema de la autonomía municipal y otros (CF de 46).

⁶⁰⁵ Cfr. FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Traducción Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. 5ª ed. Madrid: IEP. 1958.P. 473-527.

⁶⁰⁶ En la doctrina del derecho público alemán Otto Mayer formuló la concepción de ‘Instituciones jurídicas’ designando de “unidades constantes”. Afirmó lo siguiente: “La ciencia, para dominar la inmensa materia que le ofrecen las relaciones jurídicas de los individuos, reduce éstas a unidades constantes, cuya repetición y combinación forman su contenido. Llamamos a estas unidades instituciones jurídicas (Rechtsinstitute). Tanto la ciencia del derecho administrativo como la del derecho civil usa este procedimiento; pero la naturaleza de los elementos de que ellas se componen es muy diferente”. MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Parte General. Traducción: Horacio H. Heredia; Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: ed. De Palma. 1949. P.180.

Por último, respecto a la vigente Constitución Federal de 1988, se puede decir que la subsidiariedad tiene un abanico de despliegues que va en dos sentidos: i) _ el *horizontal*, que entrega las *competencias legislativas exclusivas* al centro (Unión) y las unidades federativas periféricas (Estados-miembros, municipios y Distrito federal); ii) _ el *vertical*, que entrega las competencias comunes y concurrentes clasificadas entre normas generales y normas complementarias y supletorias repartidas entre el centro (Unión) y las unidades federativas periféricas (Estados-miembros, municipios y Distrito federal) a temas del territorio.

Estas categorías de subsidiariedad del sistema federal del modelo brasileño, a que nos referimos, en concreto, se puede identificar al tema del derecho de agua bajo distintos matices, pues que en siendo considerado un *bien público* el legislador constituyente las separó en dos especies: _ una, relativa a la protección general de los recursos medioambiental, y otra, _ segunda, a las correspondientes disciplinas de la gestión de los recurso hídricos entorno de las aguas que se sitúan en cada territorio de las unidades federativas.

Por lo tanto, en materia de la política del agua, ha más de un contexto a dimensionar: a) regulaciones de las distintas funciones administrativas (gestión de concesiones, control, ejecución); b) las competencias exclusivas de protección; y c) otras materias de las competencias compartidas, según donde se puntualiza el uso del agua (p.ej., si en los municipios cuando se relaciona con el suministro del agua o bajo control de la Unión si se trata de energía hidráulica).

Y, al final, se destacó sobre algunos razonamientos del Supremo Tribunal Federal entorno de de la interpretación jurisprudencial de la subsidiariedad competencial legislativa y funcional, además de procedimental el que se puede considerar que los avances de las decisiones del Tribunal delante de la complejidad de dos cuestiones más actuales:

_ i) Una relativa a las funciones administrativas de gestión ante la necesidad de se transponer a una acción cooperativa entre las instancias estatales, lo que ha permitido sopesar entre la aplicación del principio de subsidiariedad ante al principio de autonomía municipal en vistas del desarrollo económico de los municipios.

En ese matiz, el Tribunal estimó la demanda respecto a reconocer y convalidar la constitucionalidad de la competencial estadual para iniciativa legislativa de los Estados-miembros en establecer áreas metropolitanas, aglomeraciones municipales o microrregiones, y delimitó aún, los aspectos del alcance de la intervención estatal en la organización territorial de los municipios afectados, objeto de la ley estadual, en el interés del Estado del Rio Janeiro tener la competencia para actuar con prioridad al enfrentamiento de determinados problemas económicos, medioambiental, social de ámbito regional de la ‘región de los lagos’, donde, en concreto, instituir la área metropolitana se suman los intereses generales del Estado y de los municipios atingidos, hacia al justo equilibrio del ejercicio de la autonomía de estos y de una buena prestación de los servicios públicos en común.

ii) El otro marco del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal fue delimitar en tema procesal y del procedimiento sancionador (disciplinar) bajo nuevos matices consonante la actuación de los órganos administrativos y disciplinar (p. ej., a menudo, las actuaciones del Consejo Nacional de Justicia en el ejercicio de la competencia concurrente en el procedimiento disciplinar correccional) o de la función sancionadora-administrativa, cuyo el debate simboliza, así, un relevante avance en la interpretación de la subsidiariedad en cuanto los límites de la aplicación.

La aportación traída por la interpretación del Tribunal, fue razonando un nuevo concepto de ‘*subsidiariedad mitigada*’, que significa: _ elegir los parámetros que llevan la instancia superior intervenir directamente, en el caso en concreto, tomándose en consideración determinadas conductas generadas por los representantes de las instancias inferiores:

- por actos de omisión o inercia de la instancia local competente;
- incapacidad de resolución del procedimiento por falta de independencia;
- retraso desrazonable del procedimiento;
- falta de *quórum* para deliberación;
- inminencia de prescripción de la potestad sancionadora;
- cualquier otra situación genérica, a juicio del órgano central, debidamente motivada;
- sobreseimiento del procedimiento disciplinar;
- existencia de conflicto de intereses que imposibilite el órgano colegido de decidir, llevando en cuenta cada caso en concreto.

«Los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público; pero tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento». [L. Düguit, *Las transformaciones del derecho público*.]

CAPÍTULO IV

La doctrina del Derecho Administrativo y la Subsidiariedad.

Sección I

La teoría del institucionalismo jurídico, soberanía y subsidiariedad.

En Francia, al final del siglo XVIII, pese a la doctrina de la soberanía nacional⁶⁰⁷ sostener que el poder del pueblo estaba representado por *la nación* en la voluntad de la mayoría, asimismo no desaparece el poder minoritario del Estado conservador (pos revolución), el cual se fijó en las *instituciones públicas*. Por eso, el poder centralizado que antes pertenecía al rey, bajo lo cual las instituciones del Estado eran representadas como “cosa suya”, cambió de modo que se pasó considerar “cosa de la nación”, después de la ruina del antiguo régimen.

Una clara justificativa para esa nueva forma de “dominio” y de bienes centrados en el Estado se fundamentó a partir de la *teoría del patrimonialismo*, heredada del derecho romano desde la edad media, que siempre impuso tratar “los bienes y derechos públicos” susceptibles de ser considerado indistintamente como “cosas”⁶⁰⁸.

Sin embargo, en el período que sucede a la revolución en Francia, el estado pasó al largo del siglo XIX, por distintas formas de centralización del poder, conforme los varios regímenes políticos que se sucedieron, donde el concepto tradicional de la

⁶⁰⁷ En ese período uno de los precursores de la soberanía nacional fue el jurista Siéyes.

⁶⁰⁸ La doctrina del patrimonialismo fue incorporada por el Absolutismo monárquico, y ha servido para fortalecer la soberanía del príncipe cuando a lo largo de los siglos fueron surgiendo y evolucionando las instituciones públicas en el Estado monárquico.

soberanía pierde la característica tradicional *de la supremacía del príncipe*. Esta fue superada por las transformaciones que atraviesan la historia política francesa, dando lugar a la soberanía nacional. Paulatinamente, se fue matizando un nuevo sistema del derecho público en el estado francés en una dimensión de constitucionalismo moderno hasta fines del siglo XIX⁶⁰⁹, cuando la *república* volvió a ser el régimen dominante en Francia, y en cuya realidad política, la teoría del derecho público y constitucional elaboró un nuevo concepto de soberanía basada en la ‘descentralización’ del poder, señalada por la doctrina publicista de Maurice Hauriou de una nueva delimitación del poder político.

Así, dedicado en delimitar una nueva interpretación del poder político relacionado al derecho, se encuentra en M. Hauriou un defensor arduo de la doctrina del “estado de derecho”⁶¹⁰, en Francia, cuyos los principales postulados trató de definir, en primer lugar, el poder del derecho en las instituciones jurídicas, fundando así, una *teoría del institucionalismo jurídico* que fortalecería los principios de la ciencia del derecho administrativo y de gran relevancia a los avances de la *función pública y del servicio público*.

1. Estado, propiedad y subsidiariedad.

M. Hauriou afirmaba que el poder político contiene dos rasgos notables: a) es un poder político al mismo tiempo *temporal y civil*, de lo cual se separan los tres elementos: el económico, religioso y militar; y b) es un poder centralizado “dotado de una autonomía destacada”, a que denominó de “soberanía”.⁶¹¹

Sobre la primera característica (a) nos limitaremos a comentar solo sobre la separación entre el ‘poder político’ y ‘económico’ en el estado francés, porque interesa al objeto de nuestra investigación.

⁶⁰⁹ Refiere a la Primera República.

⁶¹⁰ Afirmaba Hauriou que “las reglas del derecho tienen por misión limitar el poder en su función de crear y de sancionar el Derecho. Cfr. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Op.cit. p. 312.

⁶¹¹ HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Op.cit. . p. 180.

Por lo tanto, Hauriou resaltó que la separación del poder político del Estado del poder económico se traducía, en concreto, en la separación entre ‘Estado *versus* propiedad. En la época del dominio del sistema capitalista fundado en las teorías de *Adam Smith*, *David Ricardo* y más tarde reforzada por la teoría utilitarista de *Stuart Mill*⁶¹², dos consecuencias relevantes resultarían en un contexto del estado francés señaladas por Hauriou, a partir de esa división entre poder político y económico, lo que se comentará en resumen, adelante⁶¹³:

Primer, al Estado se permite otorgar a los individuos la esfera de la libertad que comprende el *dominio de la propiedad, de la actividad económica y de organización del orden familiar*. Ese cambio determina el apareamiento del Estado-policía, no intervencionista, en Francia.

La *segunda* consecuencia apuntada es que, en contrapartida, la libertad individual defendida por los liberales, en concreto, puede conducir a una concentración de bienes y medios de producción en manos de unos pocos grupos de individuos que detienen el poder económico, en cuanto otros tantos individuos se mantienen en la pobreza; a estos la supervivencia fue reducida a las condiciones de la servidumbre económica.

Por fin, respecto a las otras formas de separación del poder político frente al religioso (poder temporal *vs* espiritual) y militar (*poder civil vs fuerza armada*) no las trataremos en este estudio.

Ahora bien, interesa a este planteamiento hacer también una digresión a otro tema correlato tratado por la doctrina francesa, que es volver a la cuestión de la relación que se establece entre ‘poderes’ y ‘funciones públicas’.

1.2. La dicotomía clásica entre *poderes* y *funciones* públicas.

El Estado moderno empieza por revelar una nueva doctrina del poder del Estado firmado en tres postulados: i) el poder es una libre energía dotada de superioridad;

⁶¹² Cfr. STUART MILL, J. *Sobre la libertad* (1859) y STUART MILL, J. *El utilitarismo* (1868);

⁶¹³ Cfr. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. *Op.cit.* p. 181.

ii) el poder asume la empresa del gobierno de un grupo humano; iii) el poder gobierna por la creación continua del orden y del derecho;⁶¹⁴

Interesa aquí, un análisis más específica del segundo postulado que es donde se sitúa la comprensión de las funciones públicas para se establecer la relación y diferencias con los poderes públicos.

La distinción entre “poderes públicos” y “funciones públicas”, difundida por la doctrina francesa y alemán del siglo XIX⁶¹⁵, _lo que no se ocupará en este estudio de investigar a fondo las raíces y procesos de su formación, ni respecto a la teoría de separación de los poderes y sus aspectos en el Derecho Administrativo, ni volver propiamente al tema de los derechos materiales de soberanía⁶¹⁶_, sino matizar la concepción de *función pública* por ser el marco de la ‘función subsidiariedad’ en el rasgo de la temática administrativa.

Así, desde la teoría del derecho público se fue delimitando una diferencia neta entre separación de poderes y separación de las funciones de los órganos del estado⁶¹⁷, lo que se explicaba porque se en la voluntad del poderes (repartidos ejecutivo, gobierno, legislativo, judicial) se halla muchas veces la voluntad de varios órganos formando así una “voluntad compuesta”, también era verdad, que ni siempre la voluntad de los órganos coincidía con la de los poderes, por el hecho de que habrían supuestos o situaciones en

⁶¹⁴ Ibidem, p.178-180.

⁶¹⁵ Tanto en Francia entre la “Escuela de Tolosa” y de “Escuela de Burdeos”, y en Alemania la doctrina de O. Mayer.

⁶¹⁶ Sobre los “derechos materiales de la soberanía” es una decurrencia de la doctrina de los derechos del rey, que fue una teoría elaborada por el grupo “*les légistes*” en fines de la edad media (en el siglo XVI, en la Escuela de Toulouse) que funda el *absolutismo monárquico* a partir de los escritos de Jean Ferrault y Charles Grassaille, además de las ideas de Boyer, Montaigne, Guy Pape, y otros. Esta teoría propone un conjunto de “derechos generales del rey” de Francia, el que considera al monarca Luis XII lo más alto cargo, un poder absoluto que “ni jurídicamente ni de hecho reconoce superior alguno en las cosas humanas, ni aun al papa.” Posteriormente, en 1588, fue publicado por Grassille el libro que representa la opinión dominante de magistrados e funcionarios de realeza, afirmando el absolutismo monárquico.

Cfr. Jellinek, G. *Teoría general del Estado. Op.cit.* p. 414 y 537. Cfr. ARABEYRE, Patrick. *Aux racines de l'absolutisme: Grand Conseil et Parlement à la fin du Moyen Âge d'après le Tractatus celebris de auctoritate et preeminencia sacri magni concilii et parlamentorum regni Francie de Jean Montaigne (1512)*. Cahiers de recherches médiévales (7). 2000. <En línea: 03 ene 2007>: < <http://crm.revues.org/905>; DOI:10.4000/crm.905> [Consulta 19 mar 2014].

⁶¹⁷ Recordemos la enseñanza de Hauriou: “Siendo en sí mismos, los poderes públicos voluntades gubernamentales, necesariamente han de estar servidos por órganos encargados de elaborar o de ejecutar estas voluntades.” Vide HAURIOU, M. *Derecho Público y Constitucional. Op. cit.* P. 412.

que existiendo la separación de órganos, sin embargo, no existía separación de los poderes públicos.

Afrontándose, así, en esta idea una antinomia intrínseca entre poderes públicos y funciones de los órganos públicos, impartiremos a tejer algunas reflexiones en torno de este núcleo.

Hecha esta advertencia, primero pasemos a delimitar cual era el concepto de *función pública* formulado en la doctrina clásica del Derecho Administrativo francés, pero sí que hay muchos conceptos en la doctrina europea, no obstante, vamos considerar *à priori*, el concepto propuesto por Maurice Hauriou, en sentido general, lo cual afirmó: “*las funciones del Estado son las diversas actividades de la empresa de gobierno, consideradas con arreglo a las directivas que les imprimen las ideas estatales*”⁶¹⁸. Sobre la expresión ‘ideas estatales’ Hauriou las identificaba entre otras: el ‘interés general’, la centralización, la voluntad de la ‘ley escrita’ etc.

Tales funciones *públicas* las separaba en cuatro ramas: *justicia, legislativa, gobierno y administrativa*. A la vez, cada rama representa un conjunto de actividades que son atribuidas a las mismas, cuyo contenido comporta inúmeras clases de actos.

Así, en sentido más restricto sobre el concepto de la ‘función administrativa’ decía que: “*comprende también, además de las decisiones ejecutorias _que son los actos administrativos jurídicos_, una gran cantidad de actividades necesarias para preparar o ejecutar las decisiones y para hacer funcionar los servicios.*”⁶¹⁹

Por último, la doctrina clásica distingue ‘función administrativa’ de ‘función de gobierno’ en torno de la naturaleza de los asuntos que cada una trata. La primera, *consiste en gestionar los asuntos públicos ordinarios*; cuanto a la segunda, *consiste en solucionar, a compás de los sucesos, los asuntos excepcionales* que afectan a la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales.⁶²⁰

⁶¹⁸ Ibidem, p. 409.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 409.

⁶²⁰ Ibidem, p. 410

De otro lado, sobre el concepto de ‘poderes públicos’ Hauriou, también, lo había definido: “*son las diversas modalidades del poder de que se sirve la empresa-estado para realizar sus funciones*”⁶²¹. Por ‘modalidades del poder’ las delimitó diciendo que son *las diversas operaciones de voluntad*, enumerando entre éstas tres: la *decisión ejecutoria*, la *deliberación* (legislativa) y el *asentimiento*.⁶²²

En ese contexto, reafirmando sobre la ‘doctrina del poder del estado’⁶²³, concluye el maestro resaltando dos consecretarios lógicos: _ el primer, es que la empresa-estado no se realizaría sino a través del instrumento del poder; _ la segunda, que el ‘poder’ no es otra cosa que “una voluntad servida por una coacción material”.⁶²⁴

Asimismo, en el ‘poder’ reside la dualidad de ser ‘uno’ y ‘múltiple’. Así, en tratando de la idea del ‘poder uno’ cómo la ‘voluntad del Estado’ es que surge la comprensión de *soberanía* o del *poder público*⁶²⁵.

Eso puesto, queda aún puntualizar unos aspectos importantes que delimitan esta relación distinta entre *función pública* y *poderes públicos*, a saber: i) un único poder público (sea el ejecutivo, legislativo o judicial) interviene en varias funciones; ii) cada uno de los poderes públicos desarrollan *funciones principales* y *accesorias*.

Por último, la teoría del derecho público tiene asentado que los *poderes públicos* son dotados de *órganos públicos*, también dichos *gubernamentales*, los cuáles son distintos de los poderes públicos, es decir que la ‘voluntad del poder’ puede ser representada cómo la síntesis de la ‘voluntad de dos o más órganos’. Sin embargo, significa también que, hay separación de órganos dentro de un mismo poder, cómo por ej., en el poder legislativo haber Cámara y Senado, y por ello, no se confunde los órganos públicos que no son lo mismo que poderes públicos.

⁶²¹ Ibidem, p. 410.

⁶²² Ibidem, p. 410.

⁶²³ Vide la definición de poder segundo M. Hauriou: «El poder es una libre energía que, gracias a superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho.» Ibidem, p. 177.

⁶²⁴ Ibidem, p. 410.

⁶²⁵ Ibidem, p. 413.

Una síntesis de este tema se podría reflexionar concluyendo que:

En un primer momento, en la Teoría del Estado Moderno, el elemento de ‘subsidiariedad’ aparece cómo un de los ‘fines concurrentes’, y fue evolucionando hacia construir el Derecho Constitucional Moderno, donde se despliega la diferencia entre *poderes públicos* y *funciones públicas*, más sustancialmente. Ahora bien, en la teoría del Derecho Administrativo clásico, en Francia, M. Hauriou planteó la ‘teoría institucionalista de los órganos’ de la Administración del Estado, y prepara el terreno para se distinguir unos rasgos, del elemento de ‘subsidiariedad’.

Obvio, que, en Francia, no se desarrolló este principio, pero no se debe olvidar que la teoría de los servicios públicos, fue una tesis de oposición a teoría institucionalista, y contribuyó para calcar los primeros rasgos de subsidiariedad relativo a idea de que o Estado debe desarrollar los servicios públicos de interés de la sociedad, reforzando la tesis de que el Estado debe actuar más en los fines concurrentes. De otro modo, se advierte, aunque, en Francia, no hubo cualquier desarrollo significativo del principio de subsidiariedad cómo fue con el federalismo alemán, pero en nuestro entendimiento, la teoría francesa de los servicios públicos fue en gran medida una contribución al desarrollo de los elementos de descentralización administrativa y desconcentración, a fortalecer, en el Derecho Administrativo una relación entre función pública y la subsidiariedad *funcional*, al menos sirvió de inspiración.

Es cierto, también que, a comienzo del siglo XX, no se puede hallar la definición jurídica del principio de subsidiariedad, pero sí que los conceptos de ‘descentralización’ del poder del estado distinto de la idea de federalismo, va matizar poco a poco el futuro concepto de *subsidiariedad territorial*.

Pasándose ahora a una breve reflexión sobre la relación existente entre subsidiariedad y la doctrina del institucionalismo jurídico.

2. Planteando la subsidiariedad bajo el enfoque de la teoría del institucionalismo jurídico.

Conviene aclarar que, hechas las primeras consideraciones respecto a la teoría institucionalista o patrimonialista, una dificultad se presenta en la ciencia del derecho público y, en especial al derecho administrativo clásico, que tal vez se explique por qué el elemento de la *subsidiariedad*, en tiempos que precedieron al constitucionalismo contemporáneo, no fue suficientemente valorado y tampoco se había formulado un concepto o categoría jurídica de este en la organización político-administrativa del Estado, y ni cómo instrumento de las *funciones públicas*.

Este fenómeno, al que parece, se debe al hecho de que “*la ciencia del derecho se ha ocupado siempre directamente de los medios, y solo secundariamente de los fines*”⁶²⁶.

Por tanto, fue con las nuevas teorías del derecho administrativo, especialmente en la doctrina francesa del siglo XIX de Maurice Hauriou, que se destacó mayor atención a esta dicotomía entre “medios y fines” de la actuación administrativa.

Según puntualizado por el autor español Real Ferrer⁶²⁷ la función administrativa se manifiesta como la primera necesidad colectiva, paralela al surgimiento de los fines comunes, consonante se desprende en la cita subrayada abajo:

“Es accesorio el componente finalista de la acción administrativa, lo sustancial es el cómo se manifestó la función administrativa y no a qué fines sirve. Su posición se identifica con la que se ha venido a llamar teoría del “institucionalismo jurídico”. El régimen administrativo y la Administración pública no son más que la manifestación jurídica del poder público. El poder público se auto limita sometándose al Derecho a través de la institución jurídica de la “organización”. La organización ejerce el poder como expresión de la soberanía estatal, pero se impone limitaciones que se concretan en el régimen administrativo de aplicación.”

Véase que, para la teoría institucionalista predicada, por Hauriou, el concepto de derecho público surge al compás de dos fundamentos históricos, a saber: ‘la evolución

⁶²⁶ Cfr. Real Ferrer, G. *La solidaridad en el derecho administrativo*. Op. Cit. p. 130.

⁶²⁷ Ibidem, p. 130.

de la ‘libertad política’ paralela a ‘la personificación del poder del Estado’⁶²⁸ reservada a las instituciones, y en ese escenario el maestro formula el concepto de Derecho Público⁶²⁹ determinando que es “*el que ordena la cosa pública en vista de la libertad y de la Justicia por la personificación de la institución política*”⁶³⁰.

Por ello, en conformidad con tal postulado clásico de la teoría del institucionalismo jurídico, preocupada en separar los medios de los fines en el Derecho, _si es que se puede concordar, hoy en día, con tal asertiva_, sería posible concluir, en consecuencia de lo anterior dicho, que *la subsidiariedad* tomada cómo un elemento propio de los ‘fines relativos o particulares’ del poder del Estado (específicamente los ‘fines concurrentes’)⁶³¹, según aquello postulado, no fue aquello, *à priori*, objeto del interés de la *función administrativa*.

Eso ocurre porque la definición de ‘función administrativa’, según las palabras de M. Hauriou “consiste en gestionar los asuntos públicos *ordinarios*”⁶³². Como, obviamente, la subsidiariedad en aquello momento histórico no representaba un ‘interés general’ del Estado, por hacer parte de las dichas funciones ‘supletorias’ o ‘complementares’ acometidas al Estado, dejaba obviamente de ser un ‘asunto ordinario’ de la administración pública, de modo que el componente de la subsidiariedad ninguna relevancia había provocado en la perspectiva jurídica.

Un otro punto de vista queda por plantear en este aspecto, es saber: (¿) a partir de qué contexto la *subsidiariedad* adquiere importancia en la teoría del derecho administrativo (?).

⁶²⁸ Cfr. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. *Op.cit.* p. 578.

⁶²⁹ Este concepto es diametralmente opuesto al formulado por Düguít, en el mismo período, que afirmaba: “El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido.”. Cfr. DIGUIT, L. *Las transformaciones del derecho público*. *Op.cit.* p. 106.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 578.

⁶³¹ Vide el Cap. II, la Sesión III de este estudio, el ítem 1.7.4. Teoría relativista de los fines particulares. (ii) fines concurrentes.

⁶³² *Ibidem*, p. 410.

Primer, es necesario introducir el siguiente argumento relativo a la tesis de los fines *relativos o particulares* del Estado que tratamos con anterioridad en ítem 1.7.3. (ii), y sacar conclusiones respecto a las dos premisas que se siguen:

1) Si la doctrina de los *finés relativos o particulares* del Estado, propone que los *finés* se dividen en *exclusivos* y *concurrentes*, y que por consiguiente, los *finés concurrentes* serían los mismos *finés subsidiarios*, los cuáles de cierto modo el Estado solo debe encargarse de ellos ante la incapacidad de los individuos y asociaciones para *suplir* sus necesidades “no exclusivas”, o para *complementar* las acciones de las corporaciones cuando estas no fueren suficientes; y de otra parte, si el “derecho se ha ocupado siempre directamente de los medios, y solo secundariamente de los fines”, implicaría concluir que la “subsidiariedad” en cuanto *un fin concurrente o restringido* del Estado (que solo debe actuar en determinadas ocasiones) no se trataba de un componente esencial del derecho, sino que del poder político.

2) La otra premisa es que si las teorías estatistas (que acentúan la identidad entre estado y derecho), debido a las múltiples actividades del Estado y de una complejidad de funciones de variados matices (sobre todo de la función administrativa), en un determinado momento histórico hubo el traspaso del elemento de la *subsidiariedad* a una nueva perspectiva no meramente de la ciencia política, sino cómo instrumental jurídico, se puede deducir, en otras palabras, que la *subsidiariedad* convierte se en el orden constitucional del Estado contemporáneo en un “principio del derecho” que sirve de *instrumento o mecanismo* de orientación de las funciones administrativas dentro de una línea de actuación de las competencias entre los diversos niveles estatales y de otro modo interviene en la gestión de los servicios públicos.

De ahí que, es posible sacar unas primeras conclusiones de estés análisis se puntualizando a seguir, que:

_ Por ello, la idea de *subsidiariedad* permanecía sin gran interés a los juristas, tal vez por ignoraren estos su relevancia técnica para el derecho, o meramente por consideraren que descansaba tal principio entre los “finés del Estado”, era, por tanto, un “problema” de la Filosofía política que tocaba a una parte del poder político, y si comparada al tema de la *soberanía* aquella era una cuestión “con poca expresión”. Por

supuesto la subsidiariedad quedaba cómo un “fin intermedio”, autodefinido como la *función que se impone a una autoridad pública para suplir o complementar* las tareas que eran propias de la autonomía social privada o de otra autoridad.

_ Ni siempre el derecho fue considerado solo en la dimensión de “medio” para llegar al fin, tal cual lo define la teoría del institucionalismo jurídico (o teoría del organismo), sino que también se confunde con el propio fin del Estado, y en esta vertiente, la convergencia del ‘principio de subsidiariedad’ o de la propia ‘función de subsidiariedad’ hacia al derecho administrativo es más bien reciente, lo que vamos analizar en los próximos capítulos.

Ahora bien, un otro aspecto que se pone de relieve adviene de la ‘teoría de los servicios públicos’ propuesta por L. Düguít, en ese período, que cambió el objeto del derecho público alzando el ‘poder de dominación’ del estado, antes atribuido por Hauriou en una ‘función social’, a otro objeto que sería la noción de servicio público⁶³³. A seguir, se hace algunas referencias sobre esta teoría.

3. La teoría de los servicios públicos: un cambio en la noción de Estado.

Un primero aspecto a señalar es que, en Francia, la doctrina de los servicios público nacida de las ideas sociales de Escuela de Burdeos, en fines del siglo XIX, se consagró en un movimiento opuesto a la ‘tesis del institucionalismo jurídico’ predicada por M. Hauriou, de la Escuela de Tolosa⁶³⁴, en eso mismo período, basada ésta en el concepto de *soberanía*, y como tal, este análisis se limitará a referir tan solo la tesis predicada por L. Duguit.

Así, el primer punto a destacar en la teoría objetiva del derecho público propuesta por Düguít es que el objeto del derecho público tal cual fue contextualizado

⁶³³ Vide Düguít, L. *Las transformaciones del derecho público*. Op. Cit. P. 92-93.

⁶³⁴ Vide las críticas de M. Hauriou a la ‘tesis del derecho objetivo’ defendida por L. Düguít (y del *objetivismo sociológico* de Émile Durkheim) en la obra Hauriou, M. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. Cit. P. 75-79.

entorno del concepto tradicional de *soberanía* debería desaparecer, eso porque las circunstancias en que tal concepción había sido formalizada ya no existían.

Por tanto, para Düguit la concepción de soberanía, heredada de la tradición de la revolución no podría permanecer “intacta” por mucho tiempo, tal cual fuera definida cómo: *derecho subjetivo de la nación organizada en Estado*.⁶³⁵

De otro lado, señalaba que tampoco el concepto de soberanía ocupaba la centralidad del derecho público, sino que la noción de ‘función social’⁶³⁶ esta sí era la base del derecho público, la cual, para él, en efecto, consistía en la noción de ‘servicio público’.

De tal manera, la tesis de Düguit deconstruiría ‘el dogma de la soberanía nacional’ por afirmar que ésta estaba en contradicción con las transformaciones sociales y políticas de la realidad francesa del fin del siglo XIX, y aliándose a las ideas del positivismo jurídico planteadas entre otros por Auguste Comte⁶³⁷, Émile Durkheim, decía que la ‘soberanía nacional’ había perdido su eficacia y se presentaba como una acción perjudicial por varios hechos, de los cuáles destacó dos causas muy evidentes:

i) La primera, era el hecho de que la ‘soberanía del pueblo’ ya no correspondía con la idea de identidad de Estado y nación, al considerar que había colectividades que estaban reunidas en subordinación a un ‘poder superior’, pero, no pasaban de una ‘aglomeración de naciones’ que tiene individualidades propias (aquí, ilustrado por el imperio de Austria); Por ello, resaltaba que «hay una fuerza gobernante que, en realidad, se impone a dos naciones distintas».⁶³⁸

ii) La segunda causa, derivada del axioma de que “la soberanía nacional es por esencia una e indivisible”, él ponía de manifiesto la negación del mismo principio

⁶³⁵ Vide este concepto en Düguit, L. *Las transformaciones del derecho público. Op. Cit.* P.63.

⁶³⁶ Afirmó Düguit: “Cualquiera que sea el modo según el cual los servicios públicos se exploten es preciso ver en ellos el elemento fundamental del Estado moderno, que descansa esencialmente en la noción de una cierta función social que se impone a los gobernantes”. Ibidem, p. 113.

⁶³⁷ Para Comte la ‘soberanía del pueblo’ representaba una «una mixtificación opresora y la igualdad como una innoble mentira.». *Apud* Düguit, L. *Las transformaciones del derecho público. Op. Cit.* P.67.

⁶³⁸ Ibidem, p. 69-70

ante el hecho de que con el apareamiento de estados confederados y estados-compuestos descentralizados era cada vez más cuestionada la teoría de indivisibilidad del poder del estado (sobre esta teoría ya fue abordada en cap. II, Sección III, 1.3).

Por tales motivos, decía que los fenómenos políticos de la ‘descentralización’ y del *federalismo* eran absolutamente contrarios a la idea de indivisibilidad de la nación, corolario este del concepto de soberanía de la época, lo que para el maestro de Burdeos consistía en una antinomia, y ofrece un argumento de resolución de esta, adelante referido.

Primer, había definido la ‘descentralización’ regional afirmando lo siguiente:

*La descentralización por región, la única a que nos referiremos por el momento, es un sistema en el cual ciertas colectividades locales, cuyo nombre y carácter varían según los países, son titulares de algunas prerrogativas de la soberanía, ejercidas por órganos y por agentes considerados como los representantes de la colectividad local y cuya actividad se halla más o menos estrechamente intervenida por la autoridad superior. El municipio francés es un ejemplo muy claro de colectividad local descentralizada*⁶³⁹.

Así, para resolver el problema se apoya en dos supuestos⁶⁴⁰:

i) Decía que las colectividades locales, tales cuales se presentaban en aquella realidad histórica, no pueden ejercer las prerrogativas soberanas, pues que los únicos que las pueden son los agentes locales que eran dotados de *voluntad propia*.

ii) El otro supuesto consistía en cambiar el entendimiento de descentralización a partir de la siguiente premisa: si se pretende que el Estado se mantiene como titular de todas las prerrogativas soberanas, habrá de considerar los agentes locales como agentes del propio Estado y no de las colectividades locales.

⁶³⁹ Ibidem, p.72.

⁶⁴⁰ Ibidem p. 73.

En cuanto al *federalismo* se señala la opinión de Düguit, el que consideraba «la negación misma de la soberanía política del estado»⁶⁴¹ del modo cómo esta era planteada (lo que aquí no se volverá a la cuestión) ya tratada en capítulo anterior de este estudio.

Otro aspecto que se resalta en la teoría de L. Düguit es que hizo fuerte oposición al liberalismo económico de la época, pues, defendía la obligación del Estado en organizar, asegurar y realizar los ‘servicios públicos en general’, y no solo los servicios públicos originarios (defensa de la colectividad y territorio, la policía del orden interna y la justicia), pero debería asumir todas las actividades “*indispensables a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.*”⁶⁴²

En este aspecto, aunque no hizo una clara referencia al principio o función de subsidiariedad (*social o horizontal*) erigido por la teoría del capitalismo, en la relación entre poderes público y entes privados, empero Düguit destacó que:

*«Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la consciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa, en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el estado no intervenga en el servicio público de enseñanza; En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia.»*⁶⁴³

Así, la teoría de los servicios públicos predicada por L. Düguit, presentó una importante contribución a la teoría de la democracia social y económica.

4. El principio de subsidiariedad en la tradición del liberalismo moderno.

Hechas estas puntualizaciones, es posible extraer algunas conclusiones relacionado al elemento de la subsidiariedad y su evaluación primer cómo una categoría política frente a las ideas del capitalismo liberal:

⁶⁴¹ Ibidem, p. 73.

⁶⁴² Ibidem. p. 105.

⁶⁴³ Ibidem, p. 102.

i) Se observa que, no obstante, la ‘libertad individual’ pregonada por el liberalismo resaltó la subsidiariedad cómo principio del estado liberal en lo cual la autoridad estatal solo debe actuar en las condiciones de suplir las necesidades que la concurrencia individual y la acción privada no conseguiría satisfacer en la sociedad, este principio del capitalismo no pudiera ser confundido, *à priori*, con la misma noción de subsidiariedad social del desarrollo natural de la sociedad predicada por la doctrina tomista y sus seguidores en el período medieval; al menos, en la esencia no se inspiraban en los mismos valores.

Por tanto, si ambas las doctrinas resaltaban la necesidad de se preservar la *autonomía social de los individuos y de los grupos sociales* (y aquí se inserta el derecho a la libertad económica) frente a los poderes del estado, con todo, estos dos contextos teóricos no presentaban las mismas valoraciones éticas de una auto organización social con vistas a una idea de ‘justicia social’ dirigida al bien común.

Estas son dos ideas paradójicamente opuestas pese tener sido erigidas bajo el sustrato en común de la *autonomía social*, pues de un lado, la idea de subsidiariedad fundada por el Liberalismo pretendía una ‘disciplina de la economía’ frente al Estado, que solo debe intervenir de modo supletorio; y de otro, la idea de subsidiariedad defendida por la Escuela del Derecho Natural, tiene en el telón de fondo la promoción de la auto-responsabilidad de la sociedad civil, valorada según los postulados de la doctrina del cristianismo de las ayudas para el desarrollo individual y del todo el cuerpo social.

ii) De otra forma, la libertad individual del liberalismo tampoco guarda (en nuestra modesta opinión), una misma identidad con la idea de subsidiariedad que emerge en el derecho germánico, descrita a partir de la realidad política del siglo XVII descrita por Althusius⁶⁴⁴, y de la cual se ocupó la teoría social y jurídica en Alemania, posteriormente, en el siglo XIX, reflexionando sobre cuestiones de la autonomía social de las asociaciones y corporaciones en el estado alemán. Diversamente, del principio liberal que defendía la ‘no intervención’ del Estado en la economía, estas ideas de

⁶⁴⁴ Vide ALTUSIUS, Juan. *La política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*. *Op.cit.*

subsidiariedad del estado corporativo alemán era un modo de reaccionar frente a desagregación de las ciudades-estados por omisión del Estado en hacer cumplir sus obligaciones⁶⁴⁵, quedando por inspirar las tendencias del federalismo alemán.

iii) Otro punto a considerar sobre los postulados del liberalismo desplegados en el Estado moderno, sobretudo en Francia e Inglaterra, y que se había fortalecido en la ‘élite económica’ de estos países, era la idea de que solo las acciones de la vida pública (seguridad exterior, orden interna y justicia) propias del gobierno monárquico se reservaba para sí, convirtiéndose en el Estado-policía⁶⁴⁶, dejando que los segmentos más abastados del mercado, diesen impulso al desarrollo de sus economías para satisfacer las demás necesidades de la población.

Por ello, uno de los rasgos del capitalismo liberal era declarar la *función subsidiaria del estado*, y a la inversa, dejar la libertad de toda la acción a la concurrencia individual, de modo que el desarrollo natural de la economía fuese capaz de garantizar la realización y satisfacción de todas las necesidades sociales⁶⁴⁷. Así esta relación entre ‘poder estatal’ y ‘privado’ crea un nuevo matiz de *subsidiariedad horizontal o social*, no tanto fundado en el valor espiritual de la solidaridad social, más que en función de la producción material de bienes.

En suma, el individualismo que se mostraba cada vez más dominante en esos países, ni contenía los mismos rasgos del principio de subsidiariedad del valor cristiano, ni contenía una identidad semejante al del “estado de las corporaciones”, predominante en Alemania. Eso porque, el liberalismo difundido en Inglaterra y Francia agudizó el individualismo bajo los postulados de la economía política lo que resultó en una contradicción con los valores de las *teorías sociales* que defendían la función subsidiariedad.

⁶⁴⁵ En Alemania del siglo XIX la teoría del derecho público defendida por Otto von Gierke (la obra *La ley alemana de Asociaciones*) destacó las ideas de la teoría de las corporaciones defendida por Althusius en el siglo XVII. Vide MILLON-DELSON, C. *L'État Subsidaire. Op. Cit.* p. 48-ss.

⁶⁴⁶ En Francia esta separación entre el público y el privado, se sostiene en la doctrina “*laissez faire, laissez passer*” del Estado no intervencionista, excluido de la propiedad patrimonial y de los medios de producción de la esfera privada.

⁶⁴⁷ Vide Cfr. Düguit, L. *Las transformaciones del derecho público. Op.cit.* p. 102.

Ante lo expuesto, es cierto considerar que el principio o función de subsidiariedad no tiene su origen reconocida en la doctrina francesa, por eso, las reflexiones que se hizo fue en el sentido de aproximar de la teoría administrativa francesa en que se puede por menos establecer una relación con temas que hoy mantiene una conexión, tal cual los servicios públicos y del institucionalismo jurídico.

Ahora bien, volvemos el interés del tema a la teoría alemana del derecho administrativo donde la función de subsidiariedad echó raíces, en nuestra opinión, desde la teoría de O. Mayer relativo a las corporaciones y después, en la teoría de E. Forsthoff centrada en la prestación de asistencia vital o *daisenvorsorgen*.

Sección II

Consideraciones sobre la subsidiariedad en el Derecho administrativo alemán.

Primero formulemos dos preguntas: _ ¿qué es la subsidiariedad para el derecho administrativo?⁶⁴⁸ o ¿Será la *subsidiariedad* una función meramente política o más allá una directrice a orientar la actuación administrativa? _ Tal vez se pudiera explicar por el hecho de no existir un consenso en la teoría jurídica respecto a eso objeto, como componente jurídico, fuese de índole constitucional o administrativa, separando estos dos conceptos de ‘función política’ y ‘función administrativa’ del Estado, un reto que solo sería alcanzado en el Estado del bienestar (*Welfare State*)⁶⁴⁹ del pos segunda grande guerra, como lo veremos adelante aportada en la teoría alemán del derecho administrativo propugnada por E. Forsthoff sobre una sofisticada división de las funciones administrativas.

En Alemania, a comienzo del siglo XIX, la concepción de ‘Estado’ fundada en el régimen del derecho (“estado del derecho”) constitucional, tuvo sus raíces en la Constitución de 1849, aprobada en Frankfurt, sin con todo presentar una idea de unidad político-administrativa del estado, pues ni todos los principados reunidos en la Confederación se pusieron en de acuerdo a entregar la soberanía de sus posesiones al control político del poder a un imperador. A partir de este primero fracaso, se restauró la ‘Confederación de los estados germánicos’, y décadas después una nueva constitución fue aprobada, en 1871, en el marco de la unificación del imperio (*II Reich*).

Sin embargo, en ese período la administración estatal no proviene del poder del Estado constitucional, sino que emana del poder de la base, referida esta por Otto Mayer como la “supremacía territorial”⁶⁵⁰ construida bajo los derechos civiles y la jurisdicción de los tribunales civiles que se fortalecieron en la época del primero imperio.

⁶⁴⁸ Tal cual había planteado Jellinek respecto a la soberanía. Vide. Teoria general del estado. *Op cit.* P.400.

⁶⁴⁹ Vide. REAL FERRER, Gabriel. *La solidaridad en el derecho administrativo*. Madrid: CEPC. RAP (161). 2003. P. 124-129.

⁶⁵⁰ «No es el Estado el que se halla en presencia de los súbditos; esta noción abstrata aparecerá solo más tarde, para producir entonces, repentinamente, un efecto notable. Es el príncipe en persona quien está en juego. Él se halla investido de una especie particular de derechos que le son propios. Son derechos que concierne a los asuntos de la comunidad y que marcan la posición del príncipe por encima del territorio y de

Bien, no se volverá aquí al tema de la ‘soberanía de lo príncipe’ (el poder del emperador frente a los súbditos) _ tema ya tratado aún que no se reportó directamente al derecho germánico_, pero, es importante solo para señalar a eso respecto que, al final del siglo XVIII, los tribunales civiles en Alemania había se fortalecido ante los principados, que eran dotados de fuerza para decidir por encima de los titulares del ‘poder territorial de base’.

La primacía de la función centrada en la jurisdicción civil se estableció por dos motivos que fueron destacados por Mayer: a) primer, los tribunales detenían el control a requerimiento de los interesados y, por vía ordinaria de apelación, el poder para dictar la Justicia que hacía administrar en su nombre; b) segundo, los tribunales del imperio también eran investidos de poderes frente a los principados en hacer estimar las demandas intentadas contra estos, fuesen aquellas enjuiciadas a requerimiento del emperador de otro estado, de particulares, o incluso, de los súbditos.

En ese contexto, el derecho civil y la justicia civil se colocaban en posición superior al poder público, sin embargo, en la medida que se fue enflaqueciendo el poder del imperio, fue cambiando la supremacía de los tribunales territoriales, e se formando una nueva época en que surge la doctrina del derecho público e las bases del derecho administrativo. Así en el pasaje, del estado policía (*‘der polizeistaat’*) al estado de derecho (*‘rechtsstaat’*) en Alemania del siglo XIX se ocupaban los juristas con la cuestión de delimitar “la naturaleza de la organización del poder público”⁶⁵¹.

Por lo tanto, en fines del siglo XIX, Otto Mayer se dedicó a elaborar la teoría del derecho administrativo alemán valiéndose se de las reflexiones abstraídas del derecho francés⁶⁵², habiendo defendido que las *«instituciones jurídicas son los medios que sirven*

los súbditos. Se los llama derechos de supremacía del príncipe: su conjunto constituye la supremacía territorial (Landeshoheit)» [Subrayamos]. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General*. Traducción: Horacio H. Heredia; Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: ed. De Palma. 1949. P. 29-30.

⁶⁵¹ Ibidem, p. 69.

⁶⁵² Véase los comentarios de Otto Mayer en su prólogo a la edición alemana de la obra teoría del derecho administrativo alemán, en 1895, lo cual afirmó que: “El derecho administrativo francés me ofrecía un estado unitario con un derecho exclusivamente nacional. Para el derecho público alemán, al contrario, existía la diversidad de los derechos particulares, soportando, cada uno en diferentes grados, la influencia del derecho extranjero, es decir, del derechos francés”. Posteriormente, cuando de la edición francesa de la referida obra, el maestro puntualizó que: “la formación del derecho alemán ha estado abierta, en todo tiempo, a las influencias extranjeras. En cuanto concierne al derecho público moderno, el derecho francés, sobre todo, le ha

a los juristas para dominar todo el material con que ha de enfrentar y formar un sistema que es el propio derecho.⁶⁵³»

Asimismo, el concepto de Otto Mayer (también inspirado en la doctrina francesa vertida al derecho germánico) sobre la *función pública* es que «*toda la actividad de la Administración es puro ejercicio de la autoridad sobre los particulares.*»⁶⁵⁴ Por ello, decía también que, «únicamente por la voluntad del Estado puede crearse un nuevo cuerpo de administración propia»⁶⁵⁵, tema que trataremos a seguir.

1. Orígenes de las instituciones públicas del estado alemán.

El nuevo cuerpo administrativo propuesto por Mayer presenta cómo uno de los rasgos característicos de derecho administrativo alemán la institución de la *persona moral del derecho público*, fundada no solo a partir de la creación de una ‘reserva de la ley’, tal cual ocurre con las personas morales del derecho civil, cómo mediante ‘un acto administrativo’⁶⁵⁶.

Con todo, resaltó Mayer que el requisito de la ‘reserva de la ley’ convirtiese en una exigencia inamovible en dos situaciones: cuando se esté tratando de la persona moral que debiese poseer poderes que afectarían derechos de libertad y de propiedad de los súbditos, o se esté tratando de una persona moral dotada de circunstancias especiales, incluso que había sido anteriormente creada por ley, entonces, carecería que fuese creada o modificada a través de la Ley.

Otro aspecto señalado por Mayer, era que el ‘cuerpo de administración propia’, además, debiese presentar tres requisitos: de constitución que determine su fin;

servido de guía y de modelo.” Véase el prólogo da la obra de MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General. Op. Cit.* Págs. XXIV y XXVII.

⁶⁵³ Concepto tomado de las referencias de SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público. Op.cit.*, p. 215.

⁶⁵⁴ Cfr.MAYER, O. *Theorie des französischen Verwaltungsrechts.* (1886), p.205. *Apud.* SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público.* 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons. 2005, p. 215 [nota de pie 119].

⁶⁵⁵ Cfr. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte especial.* Buenos Aires: ediciones Arayú, (Tomo IV), 1954. P.274.

⁶⁵⁶Ibidem, p. P.273-275.

sus destinatarios y su representación administrativa, destacando que tales entes tomaran la forma de *fundaciones públicas y asociaciones*⁶⁵⁷.

De ese modo, es posible observar que la doctrina administrativa alemán del comienzo del siglo XX, propuso un cambio en la primitiva forma del ‘estado de las corporaciones privadas’ del estado alemán, antes formada estrictamente por las ‘personas morales civiles’. Ese cambio no era para suprimir las formas existentes, pero sostenía la tesis de que el Estado crearía por voluntad formas de ‘cuerpos de administración propia’ con vistas a incluir en la administración pública la colaboración de los destinatarios, cada cual con objetivos definidos segundo la naturaleza específica de cada clase de los diferentes cuerpos administrativos.

Así, el maestro idealizando tres diferentes categorías de órganos dotados de administración propia, aunque forman estas personas distintas, «*están todos en relaciones particulares con el Estado*»⁶⁵⁸, fuente máxima de toda la administración pública, en las demás instituciones son ‘miembros del organismo del estado’. Son ellos:

i) el *establecimiento público con personalidad moral* formado sin destinatarios, *à priori*, o con destinatarios fundadores, sería un cuerpo dotado desde su origen por recursos del Estado o del municipio, o sin los recursos materiales; lo que caracterizaba esta clase de establecimiento público sería que, el acto de creación impuesto por el Estado regularía su organización en la determinación de los fines y la representación guardando conformidad con aquellos; Es esto la empresa pública determinada de carácter permanente.⁶⁵⁹

ii) la *asociación pública* con destinatarios ciertos asociados libremente en unión, pero vinculados por un acto del Estado, que le otorgará el carácter de persona moral de derecho público; la ley puede limitar los individuos destinados a tomar parte de la organización como miembros, según ciertas categorías.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 276.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 258

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 262.

iii) la *corporación territorial* que tiene sus destinatarios en la sección del pueblo entero que se le confía. En estas últimas, se observa que son organizaciones más permanentes, inspiradas en las existentes, que serían ‘reorganizadas por vía legislativa bajo el interés público’ en que deben prevalecer los deseos y solicitudes de la población, incluso en cuestiones relativas a desmembramiento o de unión entre municipios existentes⁶⁶⁰. Esta forma de organización tendría como interesados los habitantes del territorio especialmente interesados en cambios territoriales en que sean afectados, y se caracteriza cómo las primeras formas de organización política-territorial de los municipios.

Por último, señaló Mayer que toda la actividad del cuerpo administrativo propio corresponde a formas de organización de la administración pública, y se someterían a las normas del derecho público (las prescripciones positivas), incluso no se descartando la aplicación de las normas del derecho civil para las hipótesis en que la actividad se revistiese de explotación de economía privada⁶⁶¹.

Pues bien, cada categoría de cuerpo administrativo tiene un fin propio, una forma de representación y un género de actividad a explotar, lo que se encargaría de una ‘esfera de acción’ que puede variar según dos criterios bien distintos: por vía de la *acción propia* o por vía de la *acción delegada*. Ora en ambos los casos, los destinatarios de estos entes administrativos aspiraban un fin colectivo, no obstante, se diferencian en la forma de ejecutar las tareas. A la vez, la *representación* de estos se puede ejercer de variados modos: individualmente, en comisiones, consejos y asambleas plenarios, dando origen a las ‘unidades representativas’⁶⁶².

En el caso de los municipios, estos, a diferencia del establecimiento público, se aproximan más de la forma de ‘asociación’, en que hay un círculo determinado de destinatarios, pero la organización de la masa de los miembros del municipio (*‘pueblo’*) se distingue, de acuerdo con algunas calidades requeridas por los *‘ciudadanos activos’*⁶⁶³

⁶⁶⁰ Ibidem, págs. 278-281.

⁶⁶¹ Véase en Mayer el capítulo sobre § 60. Cargas de la administración propia. Comunidades de intereses. Ibidem, p.319-323.

⁶⁶² Véase en Mayer el capítulo sobre § 58. Sobre el derecho de la representación. Ibidem, p. 283-301.

⁶⁶³ Ibidem, p. 292 [nota de pie 10].

(tales como sexo, edad, moralidad, situación económica *etc.*) los cuales son elegidos en el municipio, tal cual ocurre en los estados, y son conferidos a estos representantes una ‘capacidad de representación’ del conjunto de sus miembros.⁶⁶⁴

Esta forma de representación en los municipios alemanes, surge de la tradición del derecho prusiano, en que se consideraban los funcionarios municipales ‘*funcionarios indirectos del Estado*’⁶⁶⁵ con poderes para controlar y limitar la administración corriente y para la realización de ciertos asuntos más relevantes reservados a los representantes, los cuales se diferenciaban en categorías de representantes municipales delegados, algunos con derechos reforzados.⁶⁶⁶

Por tanto, además de constituir la representación municipal un derecho subjetivo de los miembros del municipio (*pueblo*) que son los destinatarios, otra particularidad puesta de manifiesto sobre la *representación municipal es relativa a la función que ejerce*, que correspondía también en un *deber*, como ocurre con las ‘funciones de servicio’ relativas a honor y de profesión (esta se aproximaba de la función honoraria).⁶⁶⁷

Cómo lo había definido Mayer, *función es un conjunto de asuntos que deben manejarse en virtud de una obligación de servir dependiente del derecho público.*⁶⁶⁸

Así, las *funciones* son ejercidas en relación de servicio y obligación para con los organismos de la administración, o respecto a otra comunidad semejante o superior, y son denominadas de *funciones representativas propias*⁶⁶⁹, que se desarrollan sobretodo cómo especie de representación local en los municipios.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 292.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 299 [nota de pie 23].

⁶⁶⁶ Se citan los ‘diputados municipales’ (*Stadtverordnete*), ‘consejos municipales’ (*Gemeinderäte*), ‘plenipotenciarios municipales’ (*Gemeindebevollmächtigte*), comisiones de ciudadanos (*Bürgerausschüsse*), etc. Ibidem, p. 293.

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 294.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 294.

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 295.

Relativo a la *función del servicio*, aportada de ese período, una importante característica de la representación municipal era que el poder superior del estado se presentaba considerablemente disminuido.

Por tanto, se considerada que los representantes de los municipios no se subordinaban a otros funcionarios que pudiesen ejercer poder en nombre del municipio, sino que el ‘poder de vigilancia’ del Estado dentro de la propia organización administrativa aparece como una decurrencia de la necesidad de intervenir para «decir, en el caso individual, lo que deberá hacerse o no, en nombre del municipio»⁶⁷⁰.

Se trata, por tanto, cómo se observa hoy en día, de una forma rudimentaria de las primeras manifestaciones de la función *subsidiaria verticalizada*, emanada del poder de vigilancia del Estado hacía la base, al determinar indirectamente el ‘contenido del deber’ conferido a los funcionarios municipales que detiene la representación, pues que, sin duda, no existe entre éstos una relación de orden jerárquica sustantiva, por vía de un acto individual o por disposición general.

Nota-se en esta particularidad, que el principio de la ‘autonomía local’ descansa en esta noción del ejercicio de la *función de servicio local*. Sin embargo, la *actuación subsidiaria* del órgano superior sobre las decisiones tomadas en la base, en que el poder disciplinario de las autoridades del Estado era ejercido en virtud del derecho de vigilancia, se justificaba por el hecho de que los intereses propios del Estado pueden verse afectados simultáneamente a los intereses del municipio.

En conformidad, con esa tesis defendida por Mayer, decía el mismo que «*en efecto, los asuntos del municipio continúan siendo asuntos del Estado; por lo tanto, éste puede defenderlos, dentro de ciertos límites*», razón porqué se justificaría la reacción del Estado en contra la violación de los deberes del servicio, poco importando si era un servicio municipal, por eso, según la costumbre, en el derecho prusiano los funcionarios del municipio eran considerados funcionarios indirectos del estado.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Ibidem, p.298.

⁶⁷¹ Véase LEIDIG, Preuss. *Städt-R.* p.44. *Apud* MAYER, O. Ibidem, p. 299 [nota de pie 23].

Ahora bien, no se tratará aquí en detallar todos los aspectos de las *personas de la administración propia y de las diferentes funciones* individualizadas de cada una, por suplantarse los ámbitos de esta investigación.

Añádese asimismo que, la relevancia en coméntalas genéricamente arriba, consistió en apuntar las raíces del ‘cuerpo de la administración propia’ en el sistema administrativo alemán a comienzo del siglo XX, lo que sirve de enlace al estudio de la ‘función subsidiariedad’ con la ‘función de servicio y de obligación’ introducida al derecho administrativo, y de gran interés al derecho actual.

Como se observará a continuación, la *función de subsidiariedad* no era exclusivamente encargada a las *personas morales del derecho civil* como una función social, sino que encargadas a las *personas del derecho público de la administración propia*, dichas éstas de la *esfera de acción propia*, distinta, de las *tareas de esfera de la acción delegada*, en que ambas eran realizadas por el cuerpo de la administración pública, pero, se diferían en razón de la *prosecución de los fines*⁶⁷².

Lo que distingue las dos esferas es que en la *acción propia* las tareas que corresponden al cuerpo administrativo propio (fundaciones públicas, asociaciones públicas, municipios y otros) son elegidas en gran parte según el criterio *discrecional* de los representantes. Al paso, que la *acción delegada* los funcionarios encargados de estas tareas, sobretodo del municipio, manejan los asuntos en nombre del Estado, están bajo vigilancia y son dirigidos por la autoridad superior estatal. Significa que se trata de una función del Estado cumplida por una persona que está al servicio del municipio como funcionario honorario o de profesión.⁶⁷³

Por ello, estas relaciones entre los entes de la organización y las funciones de la administración pública y su regulación en el derecho público, con *finis*

⁶⁷² Véase a propósito el capítulo “§ 60. Cargas de la Administración propia; Comunidades de intereses”. MAYER, O. *Ibidem*, p. 319-329.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 322.

determinados, conforme veremos adelante, se sujetan al *poder de vigilancia del Estado*, que lo trataremos en líneas generales.

1.2. El poder de vigilancia.

La concepción del *poder de vigilancia*, según Mayer, reside en un poder superior ejercido en nombre del Estado con el fin de *mantener el cumplimiento de las tareas que son atribuidas a los 'cuerpos de la administración propia'*⁶⁷⁴. Así, conferido dicho poder a la *autoridad de vigilancia*.

Ese poder se justifica principalmente porque las actividades vitales de competencia de esos entes son de interés del poder público general, aunque se trata de actividades separadas de la organización centralizada.

Además, la descentralización de tales competencias del estado atribuidas a personas de la administración propias ya manifiesta incluso una vinculación de estas personas sometidas a medidas de autoridad del Estado, cómo condición intrínseca desde su creación, pues, al contrario, serían entes completamente independientes, lo que no correspondería al ideal de unidad del estado constitucional.

Sin embargo, el poder de vigilancia del Estado es dotado de límites jurídicos ante el derecho de los cuerpos administrativos ejercieren con libertad las actividades fundamentales para las cuales fueron instituidos, lo que consideran los teóricos que solo por un derecho contrario constituido se puede imponer límites a libre actuación de los cuerpos administrativos propios⁶⁷⁵.

En consecuencia, los derechos de vigilancia se manifiestan por dos vías, una que sería una 'norma del derecho', la otra, por una reserva en el *estatuto* del acto constitutivo, es decir, por un acto administrativo.

⁶⁷⁴ Representa una porción de la administración pública. Ibidem, p. 303.

⁶⁷⁵ Ibidem, p.304.

Así, el propio acto de crear un órgano administrativo (fundación pública, empresa pública o asociación pública) dependería de una voluntad del gobierno. Por tanto, no necesariamente uno órgano de esta clase deba ser creado por ley, al contrario de las corporaciones municipales (municipios), pero el reconocimiento de aquellos emana de un acto administrativo, que puede poner ciertas limitaciones a través de cláusulas específicas. Esta sería, por tanto, una forma de externar el *derecho de vigilancia constituido*.

Otras dos formas de ejercicio del derecho de vigilancia con características de *formas generales* sería a través del *orden* y de la *coacción*. No obstante, advierte Mayer que no se trata de una clasificación de los ‘medios administrativos de vigilancia’, expresión esta extraída de los comentarios de Gierke.⁶⁷⁶ De todo modo, se puede decir que por el *orden* se impone una conducta positiva o negativa al cuerpo administrativo propio, quer sea a través de una obligación o de una prohibición.

En otras palabras, *el orden* se trata de un *mandato* dirigido al cuerpo administrativo declarando lo que está obligado a hacer o suministrar, a fin de que cumpla con la obligación de su deber. De otra parte, *la prohibición* consiste en una declaración determinando expresamente qué actividades no les están autorizados realizar. En esta hipótesis, la obligación de obediencia por el cuerpo de la administración propia es apenas implícita, pues se lo hace en contra al declarado, los actos se sujetan a *anulación*⁶⁷⁷, no les permitiendo, obviamente, ejecutar el acto que fuera anulado.

De otro modo, el derecho de vigilancia por vía de la *coacción* comprende las medidas aplicables en sentido de hacer valer por medio de *injerencia en los asuntos de cuerpo de la administración propia*. En la actualidad, esto se pone de manifiesto con gran frecuencia en las políticas de infra-estructuras de algunos sectores, lo que denota a nuestro modo de entender, una relación directa con el principio de subsidiariedad.

Dos importantes observaciones fueron puntualizadas por Mayer respecto al ejercicio del derecho de vigilancia por vía de la *coacción*. La primera se trata de la

⁶⁷⁶ Véase los comentarios en nota de pie 6. Ibidem p. 306.

⁶⁷⁷ Ibidem. P. 307.

responsabilidad resultante del ejercicio de injerencia de la autoridad sobre la persona moral, extraída de los comentarios del maestro, adelante *in litteris*:

«Al estar autorizado el poder de vigilancia a tomar *injerencia efectiva en los asuntos del cuerpo*, los representantes quedan obligados a tolerarla, y quizá hasta ayudarle en sus tareas. La manera más importante de inmiscuirse consiste en separar simplemente a esos representantes, actuando en su lugar la autoridad de vigilancia, no como representante directo del cuerpo de administración propia sino como sustituto de sus representantes. Esto supone que estos últimos han realizado algo irregular que se han mostrado negligentes, recalcitrantes, desobedientes. Es sobre todo en los actos de gestión o patrimoniales que se procederá de esta manera por vía de vigilancia [...]»⁶⁷⁸

La segunda observación dice respecto cuando el poder de vigilancia es ejercido de manera indirecta, *actuando sobre el personal del cuerpo de administración propia, o incluso en contra el personal del Estado* en la obligación de servir. En este último, el Estado se valdrá de una orden jerárquica y de los recursos disciplinarios.

En se tratando de coacción dirigida al personal de cuerpo administrativo propio, el maestro señala que el Estado puede recurrir a recursos especiales para ejercer una coacción sobre el personal local, citando, por ejemplo, el derecho de aplicar *pena de orden*, que, al contrario, no es una pena disciplinaria, sino un medio de coacción a fin de garantizar la ejecución que debe cumplirse en nombre del cuerpo⁶⁷⁹.

Por tanto, las ‘penas de orden’ pueden representar una coacción de doble naturaleza: frente al personal representantes del cuerpo administrativo, o relativo a la actividad a ser ejercida, en que constituye una limitación a la libertad de actuación del mismo⁶⁸⁰.

Ahora bien, todas esas formas generales del poder de vigilancia tanto por la vía del *orden (mandato de hacer u orden de prohibición)* cuanto de la *coacción (injerencia efectiva o pena de orden)* resultará que el poder de vigilancia del Estado

⁶⁷⁸ Ibidem. P.309.

⁶⁷⁹ Ibidem. P. 310.

⁶⁸⁰ Ibidem, P. 311.

ejercerá distintas formas de derechos sobre el cuerpo de la administración propia, de acuerdo con el objeto o fines que pretende alcanzar⁶⁸¹.

Por ello, Mayer distingue tres derechos que el poder de vigilancia estatal puede ejercitar sobre el conjunto de la administración propia, a verse:

1.2.1. El derecho de informarse.

El derecho de información posibilita a la autoridad de vigilancia ser permanente informada de los hechos y gestiones en el interés de la acción de la Autoridad estatal en su totalidad, lo que permite el control continuo sobre el conjunto de la administración propia, y esta de su parte tiene un deber de tolerancia.

La autoridad estatal puede de esa forma proceder a inspecciones de los establecimientos, verificar documentos y controlar los datos contables de estos entes de la administración propia. No obstante, el fornecimiento de esos datos, habrá que ser facilitado dentro de ciertos límites en conformidad con un fundamento especial prescrito en la ley o en un estatuto.

Con el objetivo de asegurar el derecho de información la Autoridad puede emplear la fuerza, por medio de la acción de coacción dirigida a los representantes del órgano administrativo fiscalizado para obligar estos a hacer cumplir con el acto de información. Asimismo, el poder disciplinario se ejerce para corregir los recalcitrantes.

1.2.2. El derecho de protección.

Como lo había descrito Mayer, el derecho de protección es llamado también de *tutela*, pues cuanto al objeto y las formas, sería semejante a un tribunal de tutela sobre la administración del patrimonio de los órganos, que estaban sujetos a la aprobación, se

⁶⁸¹ Ibidem. P. 311.

denominando a esa manifestación del poder de vigilancia, así de *tutela del municipio*, *tutela de la fundación etc.*⁶⁸².

Además, el derecho de protección representa la parte más destacada del poder de vigilancia porque se refiere a ‘la protección’ que el Estado debe ocuparse para que los cuerpos de la administración actúen en cumplimiento de sus funciones.

Por eso, en el estado constitucional el derecho de tutela del Estado corresponde a todo poder de vigilancia con vistas a impedir que «en nombre de ese ‘pupilo’, se actúe contra el interés público». La *tutela* tiene una característica distinta del antiguo ‘poder de policía’, aunque se espeje en esta idea, porque no objetiva la supresión de toda independencia del ‘pupilo’⁶⁸³, puesto que no excede lo que le otorga su título especial.

1.2.3. El derecho de realizar las prestaciones debidas.

El derecho de vigilancia del Estado puede obligar al conjunto de la administración propia que cumpla con las prestaciones debidas, a través de medidas de coerción. Tales medidas de coerción son de variadas maneras, sea por una decisión dictada de un tribunal civil o tribunal administrativo o de una autoridad administrativa mediante la ejecución forzosa, o en ciertos casos, segundo las formas ordinarias en que el poder de vigilancia puede hacer ejecutar por la ‘vía administrativa’.

Por eso, según afirmaba Otto Mayer:

«La naturaleza jurídica del poder de vigilancia de ser no simplemente un medio de previsión para el cuerpo de administración propia, sino una forma de hacer valer la relación particular que ese cuerpo tiene con el Estado, frente al cual debe cumplir sus fines _ se manifiesta de la manera más evidente en el derecho que pertenece a ese poder de *realizar las prestaciones debidas por*

⁶⁸² Ibidem, p. 313.

⁶⁸³ GIERKE, *Gen.Theorie*, p.645. *Apud* MAYER, O. Ibidem, p. 313 [nota de pie 15].

el cuerpo. Se trata del cumplimiento de obligaciones determinadas para el caso individual; (...)»

De igual modo, la *comprobación de la obligación* hace parte del control de vigilancia, que en esta hipótesis puede perfectamente la Autoridad de vigilancia declarar mediante un acto administrativo las consecuencias en que debe intervenir.

Tomando en cuenta la opinión de Mayer, en ese sentido, el demostró un caso en que el derecho de vigilancia se amolda perfectamente a una situación de acción subsidiaria, conforme lo transcribimos, *in litteris*, adelante:

“Hay controversia cuando se trata de determinar si la inscripción de oficio se aplica únicamente a las obligaciones de derecho público o también a las obligaciones de derecho civil: Loening, *V.R.*, p.193; OERTEL, *Städteord.*, p.402; ROSIN, *Oeff.Gen.*, p.112, nota 43. La solución depende de la distinción que debe hacerse entre la determinación del deber y la ejecución por inscripción; las dos cosas están comprendidas en el término “Zwangsetatierung”. La declaración del deber solo existe para las obligaciones de derecho público resultantes de la misión misma del cuerpo de la administración propia y cuyo cumplimiento debe asegurar la autoridad de vigilancia. La inscripción de oficio responde a esas obligaciones y cualesquiera otras, cuando no existe otra forma de coacción especialmente prescrita. En este sentido, la inscripción de oficio es “subsidiaria”, como lo dice OERTEL, *loc.cit.*”⁶⁸⁴

Respecto a ese caso en concreto explica Mayer que la *inscripción de oficio* es la forma regular para procurar los medios pecuniarios necesarios en el presupuesto del cuerpo de administración propia. Además, referida *inscripción* tenía la validez para ese cuerpo, como si la hubieran hecho sus representantes ordinarios⁶⁸⁵.

i) el estado de las corporaciones territoriales y la subsidiariedad.

⁶⁸⁴ MAYER, *Op.cit.* p. 317 [nota de pie 22].

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 316.

Sin duda, el *estado de las corporaciones territoriales* del modelo alemán en aquello período, ya señalizaba la *función de subsidiariedad del Estado* ante las tareas primarias a cargo de las varias especies del *cuerpo de administración propia*. Este conjunto de entes jurídicos: *asociaciones, fundaciones, corporaciones e incluso los municipios* eran constituidos para ejercieren una carga de servicios de interés público y que desde la constitución eran dotados de un género de actividades de su responsabilidad (a los cuales Mayer llamó de “personas morales del derecho público” o “cuerpo de administración propia” que recibían la carga de la administración pública al lado del Estado, y este era “el punto de partida para el ejercicio del poder público, para todo aquello que se denomina Administración Pública”.⁶⁸⁶)

Un último aspecto destacado por Mayer es que el Estado no era la única persona moral del derecho público, puesto que existían otras colocadas por debajo de él y que se le subordinan⁶⁸⁷, y ante todo eso grupo de instituciones se creaba con un género de actividades formando la *acción* de eso cuerpo de administración, y las acciones cambiaban en esferas distintas conforme el objeto, y se convertían en las *tareas de la administración propia o por acción delegada*.

Por tanto, específicamente cuanto a las tareas de los Municipios algunas eran consideradas *acciones propias y otras acciones delegadas*⁶⁸⁸. Pese a las primeras, la asistencia pública incumbida a los municipios en beneficios del colectivo de personas que vivían en la pobreza era una carga frente al Estado, sin que hubiese derechos correspondientes para los individuos a quienes se beneficiase. En cuanto a las últimas, se entendía que la administración de asuntos públicos el municipio los realizaba en nombre y en interés del Estado, distinto de los fines del cuerpo de la administración propia⁶⁸⁹.

De ahí porque las *funciones públicas* de los municipios se subdividían en cargas y tareas⁶⁹⁰. Cabía a la ley determinar las cargas, y el Estado por medio del poder de

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 254.

⁶⁸⁷ Ibidem, p. 254-55.

⁶⁸⁸ Otto Mayer mencionaba en el rol de *acciones delegadas*: la policía local, la colaboración del municipio en la determinación y la percepción de los impuestos del Estado, los registros del estado civil, la oficina de conciliación y otras cosas análogas. Ibidem, p. 322.

⁶⁸⁹ Ibidem, p.321-322.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 321.

vigilancia era llamado a procurar la ejecución por incumplimiento, con empleo, se necesario, de formas coactivas.

La relevancia de esta neta separación entre *acción propia* y *acción delegada*, Mayer la expuso, destacando sobre los vínculos y los efectos que se desprenden de ellas, cómo se verá en las explicaciones del maestro que ora destacamos para mejor comprensión:

“Para comprender bien la naturaleza de ese lazo, es preciso darse cuenta que el cuerpo, a consecuencia de tareas libremente elegidas, así como a consecuencia de aquellas que le incumben como cargas, puede entrar en relaciones jurídicas que entrañen para él obligaciones frente a terceros, en favor de los cuales debe efectuar prestaciones de una naturaleza cualquiera. Ahora bien; cuando se trata de una carga, el cuerpo puede estar obligado jurídicamente a realizar prestaciones en favor de terceros sin que ese lazo surta un efecto jurídico para aquel a quien la prestación debe beneficiar. La obligación solo existe entonces frente al Estado, el cual, personalmente, no obtiene ninguna ventaja material. Hemos dicho que el cuerpo de administración propia está obligado, de manera general, a cumplir un fin para el cual ha sido creado y que el Estado lo vigila con el objeto de que lo cumpla.”⁶⁹¹

Por fin, creemos que en la tesis de Mayer la *función de subsidiariedad* se desprende en ese contexto de la división de tareas del Estado, subyacente al siguiente postulado enunciado por él: «*cada persona moral tiene su esfera de acción propia; las otras no deben inmiscuirse a menos que un título especial las autorice o hasta se lo ordene.* ».⁶⁹²

Así advertido por Mayer, el derecho administrativo trataba de una ciencia relativamente joven, generada en el Estado de Derecho, que lo esencial es el *poder público* y el modo de se determinar su actividad por la organización del derecho público, en que se ejerce mediante la coacción estatal. Al contrario, del derecho civil que alcanzó

⁶⁹¹ Ibidem, p. 320.

⁶⁹² Ibidem, p. 323.

gran amplitud durante el Estado de policía, centrado en la libertad individual, y fijando «los límites del poder jurídico recíproco de los individuos entre sí.»⁶⁹³

Pese que no trataremos de un recorrido de las varias teorías de los tratadistas del derecho administrativo alemán, consideramos que algunos aspectos importantes dentro del tema de las ‘prestaciones de la administración’, deben ser puntualizados vez que presenta una estrecha relación con la función de subsidiariedad, lo que destacaremos adelante en la teoría de Ernest Forsthoff del siglo XX, que refiere al concepto de asistencia vital.

2. El concepto de asistencia vital y la relación con la función de subsidiariedad en la teoría de Ernst Forsthoff.

El concepto de *asistencia vital*⁶⁹⁴ («*daseinsvorsorge*»)⁶⁹⁵ o también denominado, hoy en día, de *prestación de asistencia social y atención*⁶⁹⁶ surge anclado en la teoría alemán del *Estado prestador de servicios*. Fue elaborado según el teórico del derecho administrativo Ernest Forsthoff, al considerar que un gran número de prestaciones de asistencia social llevadas a cabo por la Administración estatal eran controladas por la misma autoridad, fuesen aquellas ejecutadas directas o indirectas; no obstante, decía el maestro que los conceptos generales tradicionales del Derecho administrativo ya no eran suficientes para explicar la gran extensión de tales prestaciones o servicios de interés en el Estado alemán⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Cfr. MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General. Op.cit.* p.182.

⁶⁹⁴ Véase el término «*daseinsvorsorge*» traducido al español cómo el concepto de «asistencia vital» en la obra «Tratado de Derecho Administrativo» del profesor Ernst Forsthoff, 5ª edición, 1958, cuyo texto originalmente estaba a cargo de los profesores Legaz-Lacambra y Garrido Falla y del organizador. Gómez de Ortega y Junge. En FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.*

⁶⁹⁵ Véase FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*. 1938. *Apud* FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.* P.475. [nota de pie 6].

⁶⁹⁶ Cfr. el tema del «Derecho Administrativo Social», págs. 143-152. En SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. Trad. Mariano Bacigalupo *et al.* Madrid: INAP/Marical Pons. 2003. P.143 [nota de pie N.de.T.].

⁶⁹⁷ Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.* P.475.

Ni tampoco aquellos conceptos elaborados anteriormente por la doctrina del derecho público alemán⁶⁹⁸, si equivalieran al concepto francés de *servicios públicos*⁶⁹⁹, si bien que estos se refiriesen a una institución sólida porque formado bajo un concepto unitario de derecho público. Con todo, los conceptos del derecho francés no eran suficiente claros a satisfacer a las discrepancias del sistema alemán de carácter fragmentario, subdivido entre las formas de derecho público y privado existentes. Habría, por tanto, un obstáculo que se confrontaba entre el concepto unitario del derecho público francés de difícil traducción al derecho administrativo alemán, según señalaba Forsthoff⁷⁰⁰.

En consecuencia, hubo la necesidad de determinar un término que se amoldase al conjunto de ‘prestaciones públicas’ encargadas a la Administración estatal alemán, lo que hizo con que Forsthoff presentase el siguiente concepto de *asistencia vital*, afirmando que: «*Todas las prestaciones llevadas a cabo por la Administración en favor de los ciudadanos son formas de la asistencia vital. No es menester distinguir aquí si estas prestaciones son totalmente necesarias o no.*»⁷⁰¹

Sus ideas basadas, sobretodo en la crítica que hizo respecto de la legislación alemán del periodo antecesor, considerando que la ley alemana mantenía una fuerte reserva sobre la regulación de los servicios, y que los avances de su tiempo, poco representaban en términos de una ordenación legal amplia, pues lo que se había añadido al sistema normativo de su tiempo eran solo regulaciones parciales de diferentes alcances, con todos estos matices Forsthoff se ocupó en plantear una cuestión fundamental en torno de las prestaciones de los servicios públicos alemanes en respecto al derecho administrativo alemán, planteando *si era realmente deseable someter a normas fijas*” una

⁶⁹⁸ FORSTHOFF analizó comparando los conceptos de Otto Mayer ⁽²⁾ bajo el título “Percepciones determinadas” y Fleiner ⁽³⁾ bajo la rúbrica “El aparato administrativo y sus prestaciones” (“queda muy por bajo de la importancia de su objeto, a pesar de algunas observaciones muy atinadas y penetrantes, especialmente de Fleiner”). W. Jellinek ⁽⁴⁾ la trata como “Administración de soberanía simple”. Ibidem, p. 474.

⁶⁹⁹ Clarificando apuntaba la clasificación de BONNARD, *Droit Administratif*, págs. 691-ss: “Para la organización del servicio público, el Derecho Administrativo francés dispone de tres formas fundamentales: el servicio público *en régie*, el *servicio público concedé* y el *établissement public* (...)”. Apud FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.* p.478 [nota de pie 13]:

⁷⁰⁰ Ibidem, p. 475.

⁷⁰¹ Ibidem, P.476.

*materia tan movediza” cómo aquella de las prestaciones públicas y sociales, que necesitaba de adaptarse en todo momento a las cambiantes circunstancias*⁷⁰².

Ante tales planteamientos, Forsthoff daba importancia al tema de las prestaciones vitales y tentaba explicarlas indagando en especial (¿) por qué las *funciones sociales* cómo actividades ‘fines del Estado’ habían quedado ignoradas por la doctrina del derecho público durante un largo período (?), pese ser un problema de gran interés al derecho administrativo en torno de tales cuestiones⁷⁰³.

En otra análisis, decía el maestro que el campo de las ‘funciones sociales’ era vastísimo y propasaba los límites del derecho administrativo, pues la *asistencia vital* se atañía de *per si* a otras disciplinas jurídicas tales cómo el derecho económico, el derecho laboral, el derecho de los seguros sociales entre otros.

De tal manera, a este concepto de «asistencia vital» lo había añadido un otro elemento que era el de ‘utilidad’, lo cual refería el publicista que: «*Todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de personas definido por características objetivas, es la asistencia vital*»⁷⁰⁴.

En suma, puntualizaba el maestro que la *asistencia vital* aparecería en el marco de administración pública alemán con independencia de las formas de prestaciones que se

⁷⁰² Ibidem, p. 474.

⁷⁰³ La opinión del maestro decía que: «Constituye un grave fallo de los conceptos jurídicos-administrativos el no haber podido dar forma científica sistemática a estas obligaciones de la Administración, por lo que debe considerarse como una de las tareas más apremiantes el subsanar este defecto. Lo que ofrecen Otto Mayer (2) bajo el título “Percepciones determinadas” y Fleiner (3) bajo la rúbrica “El aparato administrativo y sus prestaciones” queda muy por bajo de la importancia de su objeto, a pesar de algunas observaciones muy atinadas y penetrantes, especialmente de Fleiner. W. Jellinek (4) la trata como “Administración de soberanía simple”. Pero con esto todavía no se destaca suficientemente nuevo y específico de estas obligaciones administrativas, puesto que precisamente en ella se torna problemático el concepto tradicionalmente recibido de la soberanía. Pero hay que decir, en favor de esas obras, que en la época de su publicación la materia se hallaba en plena evolución, y solo entonces comenzaba a comprenderse la importancia fundamental de estas funciones sociales». Ibidem, p. 474.

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 476.

ejerzan, concordando así con la conclusión hecha por Mayer respecto la relación existente entre “los fines del estado y la actividad que la administración desarrollaba”⁷⁰⁵.

De otro lado, hacia toda la abstracción científica hecha en torno de las «funciones sociales cómo elemento de estudio del derecho administrativo», un otro problema de difícil resolución era puesto de manifiesto, en parte reforzado por la doctrina clásica del siglo XIX, que se mantuvo durante mucho tiempo en aquello período, con arreglo a la dicotomía que se fue delimitando entre *función pública* cómo: _ ‘el obrar soberano’ y ‘la actuación económica’. Es decir, este doble aspecto era definido según finalidades distintas, la primera categoría (el “obrar soberano”) *consistía en realizar las tareas del estado con aplicación del poder coactivo supremo*; al contrario de la segunda categoría (la ‘actuación económica’) que era *direccionada al carácter fiscal y de lucro* donde la administración pública intervenía en el mercado cómo persona jurídica en la concurrencia.

Por tanto, a este ‘problema’ también planteado en la teoría de Forsthoff era necesario una superación de la dualidad coexistente cuanto al contenido de la *función pública*, hasta entonces no alcanzada, lo que solo fue siendo quebrantado por la formación de nuevas categorías de entes particulares identificadas como “prestaciones asistenciales”, clase ésta delimitada por primera vez en Alemania, en 1925, con la legislación tributaria a través de la Ley de tributación de corporaciones.⁷⁰⁶

Sin embargo, posteriormente, la ley de Administración Local, de 30 de enero de 1935, que preveía una neta separación entre las empresas estatales que ejercían actividad lucrativa-fiscal distinta de las otras actividades económicas de la Administración estatal, que llevaban a cabo la asistencia vital, volvió representar la dificultad duramente criticada por Forsthoff lo cual discrepaba de esta dicotomía, en cambio de una nueva concepción para el régimen administrativo alemán.

⁷⁰⁵ Véase Mayer: “La actividad del Estado para sus fines constituye, por su naturaleza, administración pública”. *Apud FORSTHOFF, Tratado de derecho administrativo. Op.cit.* p. 476 [nota de pie 8]

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 477.

Asimismo, justificaba el maestro que respecto a la importancia fundamental de las *funciones sociales* era una materia que aún se hallaba en pleno desarrollo en ámbito del derecho administrativo germánico, careciendo de conceptos más bien estructurados y elaborados que aquellos decantados por Mayer (tales como “percepciones determinadas”) o expresado por Fleiner (de “aparato administrativo y sus prestaciones”)⁷⁰⁷.

Esta preocupación era fruto de una nueva la realidad de la época moderna, en que la humanidad estaba cada vez más vinculada a incontables prestaciones colectivas, cómo por ej., los nuevos servicios del abastecimiento del agua, de fornecimiento de energía, del gas, servicios de comunicaciones de correos, de transportes de ferrocarriles, todos muy necesarios en una escala colectiva a los usuarios que no cabían renúncialos, al contrario de otras prestaciones que se ponían en una escala ‘facultativa’ cómo los programas y eventos culturales, la asistencia a centros oficiales de enseñanza etc.

Otro aspecto destacado por Forsthoff sobre la asistencia vital era que, por ser el elemento central de la función pública necesaria a los Estados modernos, ninguna supresión estaba a merced del arbitrio de la Administración, porque ni el poder coactivo del Estado, ni la voluntad de lucro de una actuación económica simbolizaban lo esencial en este nuevo modelo público de prestación de «servicios asistenciales» (*Versorgungsbetriebe*)⁷⁰⁸.

Al revés, esta teoría, defendía una amplia relativización en lo que difiere del derecho privado y público, pues que la asistencia vital estaba por encima de esta antítesis, en la medida que la creciente demanda de las asistencias sociales generales obligaron la Administración pública a desarrollar actividades empresariales para el suministro de servicios de índole asistencial y esenciales a buena prestación de condiciones del agua, gas, energía, transportes etc.

⁷⁰⁷ Ibidem, p. 474.

⁷⁰⁸ Refiere Forsthoff que el término se encuentra por primera vez en la Ley sobre el impuesto de personas jurídicas, de 10 de agosto de 1925. (RGB, I, pág. 208); cfr. § 2, n° 3, *b*, y § 7. *Apud* FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.* P.524 [nota de pie 5].

Por tanto, la gran expansión de los servicios asistenciales, en la primera mitad del siglo XX en el Estado alemán, se debía en parte a las tendencias expansionistas de la Administración pública, incrementadas simultáneamente por ideas socialistas mezcladas con el espíritu de lucro, de modo que la nota característica de la prestación de la asistencia vital, según Forsthoff, era hacer cumplir una «*función orientada por los principios políticos (ante todo, político-económico y político-sociales)*»⁷⁰⁹, con aras a la conservación de los *finés de la administración*, en el sentido estricto, y no exclusivamente centrada en expectativas de lucro, vez que los fines de las prestaciones públicas se materializan *en función de la necesidad*.

Incluso, en ese período, el conjunto de tareas de asistencia vital llevadas a encargo de las empresas privadas como objeto de regulación del derecho mercantil y del derecho económico desde la vigencia de la Constitución de Weimar, y que no eran propiamente vinculados al derecho administrativo, pasó de un régimen de empresas privadas regidas por el principio de autonomía, a un cambio de la legislación alemana rompiendo con la autonomía que tales empresas sacaban por no se regir a los principios del derecho administrativo.

Al contrario, las nuevas reformas legislativas producidas en Alemania pasaban a regular las empresas privadas con nuevos vínculos y obligaciones del derecho público, por tanto, fueron enlazadas por la administración asistencial fortaleciendo una nueva doctrina del *derecho administrativo directivo*⁷¹⁰.

Ahora bien, se señala que la aportación de principios políticos-sociales y de principios-económicos en la Administración pública del Estado federal alemán resultó en una relación intercambiable del derecho administrativo con el *principio de subsidiariedad* que fue se articulando en la estructura del sistema constitucional-administrativo del estado bajo un poder directivo central repartido entre órganos distintos. Y, después, de modo peculiar internamente aparece la ‘función de subsidiariedad’ implementada en la

⁷⁰⁹ Ibidem, p. 525.

⁷¹⁰ Cfr. Los antecedentes referidos por Forsthoff sobre los trabajos de Hans Peters. *Zentralisation und Dezentralisation*, 1928, p. 4-ss; Waldecker, *Allgemeine Staatslehre*, 1927, págs. 726-ss; Apud FORTSHORFF, E. Ibidem, p. 584 [notas de pie 6, 7 y 8].

arquitectura administrativa del Estado Federal también repartido entre autoridades estatales y servicios autónomos en una doble perspectiva relativa a los servicios asistenciales.

Por tanto, sobre este doble aspecto, será relevante remarcar algunos puntos en torno de la teoría general del derecho administrativo de Forsthoff respecto a la articulación de la estructura administrativa que, a nuestro juicio, hizo hincapié con la aportación de la función de subsidiariedad en este tema⁷¹¹, a partir del concepto de asistencia vital⁷¹².

Se señala, por último, que en España los estudios del profesor Lorenzo Martín-Retortillo⁷¹³ refiere una importante aportación de la doctrina de la ‘*daseinsvorsorge*’ comentándola desde su concepto en la obra del maestro Forsthoff, mejor aclarada en las palabras del maestro:

«La *Daseinsvorsorge* supone la superación de la separación Estado-Sociedad que estaba, en cambio, implícita en la concepción del Estado liberal de Derecho. [...] 6. La *Daseinsvorsorge* se presenta, pues, como un fin que asume la Administración pública y cuya feliz realización está garantizada por una serie de mecanismos internos y externos a la propia Administración. Queda ahora otra cuestión importante por resolver. ¿Cómo realiza la Administración pública esta finalidad de ser una Administración que garantiza a los administrados las prestaciones vitales? Porque esta caracterización no se manifiesta solo en la amplitud con que se lleva a cabo una determinada actividad, sino también en la forma con que se trata de conseguir tales fines. Dicho de otro modo: los fines impuestos a la Administración influyen no solo sobre la magnitud de su actividad, sino

⁷¹¹ Respecto al tema consultar en la doctrina española el trabajo del profesor-catedrático MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"*. RAP (38). Madrid: CEPC. 1962. P. 35-66.

⁷¹² Cfr. el tema § 23. La articulación de la estructura administrativa. En FORSTHOFF, E. *Tratado de derecho administrativo*, págs. 580-597.

⁷¹³ «Es menester distinguir cuidadosamente los fines que a la Administración se atribuyen, y que por ello mismo implican la posibilidad abstracta de su actuación, de las actuaciones mismas que se cumplen para dar desarrollo a aquellos fines. Ello ha de tener también importantes aplicaciones prácticas como cuando se trata de establecer una nueva actuación administrativa o cuando se trata de valorar una ya existente. [...]». Vide. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"*. RAP (38). *Op.cit.* P. 46.

también sobre los procedimientos adoptados para llevar a cabo tales actuaciones». ⁷¹⁴

3. Principios pioneros de la articulación administrativa alemán: centralización y descentralización, concentración y desconcentración.

Afirmaba Forsthoff que el orden federal se caracterizaba por vincular políticamente varios cuerpos estatales, relativamente autónomos, dentro de una misma organización global ⁷¹⁵, formado por una totalidad de entes ⁷¹⁶, que, no obstante, constituido por unidades políticas distintas, se organizaban administrativamente segundo *principios e tendencias* bajo conceptos de dirección y no por finalidades ⁷¹⁷.

Esta opinión señalaba que la teoría del derecho administrativo alemán del siglo XX ya no se ceñía en una exclusiva relación de los fines del estado, idea que fue ampliamente fortalecida durante el siglo XIX atañido al concepto de soberanía ⁷¹⁸, sino que estaba más centrada a un cambio de concepto en el marco del derecho administrativo directivo.

Por tanto, en la teoría alemana, el derecho administrativo directivo surge del supuesto de que la administración pública no se restringe en finalidades, sino que es regida por principios y tendencias que *dirigen* las estructuras orgánicas de las que imparten todas las funciones o tareas a que aspiran ⁷¹⁹.

Tales principios o tendencias fueron matizados en un doble carácter: de un lado, a) la organización administrativa por reparto de funciones entre autoridades públicas y servicios autónomos, estos bajo la inspección del Estado, se divide según las formas *centralización o descentralización*; y de otro, b) la organización administrativa directa

⁷¹⁴ Ibidem. p. 53.

⁷¹⁵ Por organización global, decía Forsthoff, está comprendido en este sentido el Estado, los municipios, las iglesias con *status* público y todos los organismos autónomos de la Administración, estructurados en diversos servicios y órganos. Ibidem, p. 573.

⁷¹⁶ Ibidem, p. 583.

⁷¹⁷ Ibidem, p. 584.

⁷¹⁸ Vide a propósito el tema ya tratado en este estudio en el Cap. III, 2.7. Teoría de los fines del Estado, según Jellinek.

⁷¹⁹ Cfr. FORSTHOFF, E. *Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit.*, p. 584.

por *concentración o desconcentración de funciones* entre las diversas instancias vinculadas por un solo organismo de decisión política (típica del estado unitario francés). No obstante, la primera categoría de conceptos *concentración y desconcentración* fuesen recientes, inspirados del sistema francés y adoptados al sistema prusiano, tenían cómo nota esencial delimitar dos diferentes direcciones de actuaciones de la administración en los sentidos *vertical y horizontal*.

Por así decir, fue a partir de la Constitución de Weimar que se puso de manifiesto en el estado alemán, durante los años veinte y treinta del siglo XX, un escenario fértil a una masiva *desconcentración horizontal* en torno de las distintas funciones distribuidas entre los Ministerios, hecho que se había convertido, después, en un gran obstáculo a la resolución de los temas administrativos, porque se ocupaban más en atender a los intereses de los partidos en la disputa de los cargos públicos, que a satisfacer a las reales necesidades objetivas del Estado.⁷²⁰

Además, en ese contexto, un según obstáculo subyace favoreciendo la centralización del Gobierno de la República de Weimar⁷²¹, observado por Forsthoff, que fue el creciente número de Ministerios concentrando en sus recargas ministeriales temas que antes eran propios de las administraciones inferiores, haciendo con que se desviasen de sus auténticas funciones gubernamentales, y, asimismo, en consecuencia, borrasen los límites entre los gobiernos y las administraciones locales.

Repasaremos, en resumen, algunos comentarios respecto las dos vertientes subrayadas: centralización-descentralización y concentración-desconcentración.

3.1. Centralización.

Según resaltado por Forsthoff, la *centralización* significaba «la aspiración a conservar en lo posible las obligaciones administrativas dentro de la Administración estatal *directa*»⁷²². Heredada, en parte, de la noción de administración absolutista del siglo

⁷²⁰ Ibidem, p. 595.

⁷²¹ Período comprendido entre 1919-1933.

⁷²² Ibidem, p. 585.

XIX, que partía del supuesto de que, en principio, todos los asuntos competían al gobierno central y que las instancias inferiores solo podrían resolver lo que les fuesen expresamente atribuido, se diferenciaba del concepto de descentralización administrativa.

Con todo, hubo una evolución hacia otros dos nuevos conceptos: el de *concentración administrativa* y *desconcentración administrativa* de las funciones, entendidos estos desde la noción de *administración estatal mediata*⁷²³, por tanto, son conceptos elaborados centrados en la relación de administración autónoma, un elemento vinculante entre Estado y sociedad, que se tratará adelante. No obstante, primero se comentará sobre la *descentralización administrativa*.

3.2. Descentralización.

La *descentralización* de obligaciones administrativas implicaba la entrega de un haz de funciones al encargo de los órganos autónomos de la Administración, mantenidos bajo la inspección del poder central del Estado. Se difieren dos modos o aspectos de la descentralización administrativa: un de matice *objetivo* (o *horizontal*) dicho cuando las tareas administrativas se las reparten dentro de una misma instancia o ámbito administrativo (local, regional), y lo otro *espacial* (o *vertical*) cuando las tareas son distribuidas entre instancias distintas, cambiando según el lugar o de grado de autoridad administrativa⁷²⁴.

La *descentralización* caracterizaba un nuevo modelo de la *administración estatal mediata*, lo cual encargaba las diversas funciones a determinados órganos estatales con ‘capacidad de derecho’, reunido una «cierta tipicidad estructural uniforme»⁷²⁵. Era, por tanto, un concepto reciente inspirado en la noción de ‘administración autónoma’⁷²⁶ del estado prusiano de la segunda mitad del siglo XIX, basado en las teorías de la autonomía municipal, donde la administración municipal autónoma surgía cómo un

⁷²³ Vide a respecto el capítulo § 24. La Administración estatal mediata y su articulación en Forsthoff. *Ibidem*, págs. 598-616.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 585.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 599.

⁷²⁶ Forsthoff hizo referencia al concepto de ‘administración autónoma’ elaborado, en época posterior a 1845, por Lorenz von Stein en el trabajo *Verwaltungslehre*, t. I, 2ª ed., 1869, sec. I, págs. 121 ss, y sec III. *Apud* Forsthoff, E. *Tratado de derecho administrativo*. *Op.cit.*, p. 601 [nota de pie 9].

elemento vinculante *intermedio* entre el Estado y la sociedad civil (las asociaciones libres).

La relevancia del tema de la descentralización administrativa entre los teóricos del derecho público había, por supuesto, contribuido por fortalecer en Alemania de los primeros decenios del siglo XX, la estructura de un nuevo perfil de la administración *intermedia*, un concepto que fue siendo matizado en fines del siglo anterior por el jurista Gneist en los antecedentes de su «teoría de la administración autónoma comunal»⁷²⁷ (1870).

Ahora bien, no cabe volver en detalles a esta teoría de Gneist centrada en la noción de «integración de la sociedad en las funciones del estado»⁷²⁸ como elemento esencial y como una especie de “misión política”, un referencial que despertó gran interés respecto al tema en las décadas siguientes, y se proliferó en importantes debates en la teoría publicista alemán (Gierke, Preuss y otros). En cambio, se puntualiza que fue impartiendo de este referencial teórico que se asentó la estructuración descentralizada expansionista de la Administración como principio universalmente acepto en el estado federal alemán.

En términos prácticos, la contribución de la teoría de Gneist marcó un cambio de ideas entre los juristas, a una nueva concepción de administración descentralizada que se desvinculaba cada vez mas de este fundamento inicial del ámbito «comunal» hacia la concepción de «administración por corporaciones», dotadas de capacidad jurídica, preconizada por Gierke y Preuss, en el sentido de que fuese reconocido a los municipios y demás corporaciones germánicas la idea esencial de «vivificar desde dentro el principio de la administración autónoma»⁷²⁹.

Por ultimo, es relevante puntualizar la definición de Forsthoff en la teoría del derecho administrativo, de la segunda mitad del siglo XX, delimitando un concepto

⁷²⁷ Véase la referencia bibliográfica en Forsthoff. Ibidem, p. 602 [nota de pie 11].

⁷²⁸ Véase los comentarios en el analices de Forsthoff. Ibidem, págs. 602-605.

⁷²⁹ Véase los comentarios en el análisis de Forsthoff. Ibidem, págs. 606.

renovado de *Administración autónoma* «como la realización de funciones estatales por Corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público.»⁷³⁰

3.3. Concentración y desconcentración en el sentido vertical o espacial.

La *concentración y desconcentración espacial o vertical* tienen como atributos el *reparto de funciones entre las autoridades locales y la cúspide de la administración*, y se diferencian cuando «la aspiración de situar el centro del control de la actividad administrativa en el órgano central» se refiere a la *concentración* de las funciones; en cuanto, la *desconcentración* se refiere a las «funciones públicas que eran descargadas o repartidas entre las autoridades intermedias y territoriales locales».

Dos causas favorecerían este cambio hacia la desconcentración administrativa en Alemania, a inicio del siglo XX, a saber: _ primer, la creciente extensión de la Administración urgiendo en la ampliación del nuevo aparato administrativo; y, _ segundo, la necesidad de racionalización técnica de los servicios públicos, con tendencia hacia especialización de los sectores de la Administración para mejor servir en los transportes, comunicaciones, suministro de energía, agua, gas, etc., lo que resultaría en la organización desconcentrada de la Administración.

Sin embargo, la desconcentración surge de la necesidad de incrementar la administración prestadora de servicios públicos en la organización de los asuntos internos, cada vez más expandidos, asimismo, en cierta medida reveló consecuencias negativas en lo que refiere a conflictos de competencias entre autoridades estatales, disminución de la capacidad de trabajo provocado por burocracias en los trámites administrativos, desventajas con pérdidas y encarecimiento de los servicios, además de desavenencias entre colectividades y personal⁷³¹.

De acuerdo con Forsthoff, una cuestión que fue planteada en el tema de la *desconcentración* frente a la concentración de los asuntos del Ministerio del Interior del

⁷³⁰ Ibidem, p. 609.

⁷³¹ Ibidem, págs. 588-589.

estado alemán, residía en limitar (¿) dónde y cómo se localizaba y garantizaba la unidad administrativa (?), de una vez que el problema de la reforma administrativa, en aquella época, se había hecho actual y era objeto de renovadas preocupaciones.⁷³²

Por ello, lo resultado de la distribución desconcentrada de los asuntos oficiales entre el gobierno y las instancias subordinadas se fue matizando a través de un *sistema de organismos articulado regionalmente*, lo que fue observado por Forsthoff, que según la extensión territorial de cada Estado y sus peculiaridades estos variaban formando diferentes sistemas estatales de organismos locales autónomos de orden superior e inferior, todos enlazados⁷³³.

Esa compleja red de organismos se expandía, por tanto, en la *desconcentración espacial o verticalizada*, mediante la división del territorio del Estado en límites provinciales, determinando en consecuentemente, en el ámbito territorial, la distribución de competencias de las autoridades de las provincias en un sistema escalonado, e influyendo, también, en la extensión de las corporaciones locales existentes en cada una de las provincias.

3.4. Concentración y desconcentración en sentido horizontal u objetivo.

Desde otro ángulo del análisis, la vertiente de la *concentración y desconcentración horizontal u objetiva*, significaba que las funciones públicas debiesen aspirar, por vía de la *concentración*, en reunir en una misma autoridad lo máximo posible de las funciones, de igual plan administrativo, aunque se proyectase con limitaciones de las esferas territoriales, según el plano de las competencias dentro de una misma provincia; o, al contrario, por vía de la *desconcentración horizontal u objetiva* cabía repartir en un mismo plano administrativo las tareas entre las diversas autoridades con vistas a la división de competencias internas de cada provincia.

⁷³² Ibidem, p.589-590.

⁷³³ Ibidem, p. 590.

Por fin, de conformidad con la realidad administrativa de cada época, vale recordar aquí que las reflexiones que Forsthoff hizo respecto a las nuevas tendencias de centralización-descentralización y de la concentración-desconcentración de las funciones administrativas en Alemania, tuvieron importante contribución al derecho administrativo directivo, tema que se mantienen bien actual, y sirvieron de parámetro al análisis del principio de subsidiariedad como técnica o criterio de delimitación de las actuaciones administrativas de cada instancia administrativa.

La cuestión resumida por Fortshoff en términos de aplicación, sería más de se conocer las necesidades estatales para saber cuál tendencia sería más adecuada:

«La distribución de competencias dentro de este sistema escalonado de organismos es una incumbencia de la política administrativa, en la que deben dominar más los criterios prácticos que las consideraciones teóricas. La experiencia y la eficacia deben ser decisivas, aun cuando se puede atender también a algunas cuestiones generales de importancia fundamental que afectan a la estructura global del Estado; sobre esto cabe dejar un margen a los puntos de vista teóricos.

La mentalidad alemana reacciona, por lo general, con instintiva desconfianza ante la concentración y la centralización. Prefiere la articulación y la distribución, la resolución de los asuntos en un territorio por personas vinculadas a él y conocedoras del mismo [...]. Ahora bien, todas las tendencias a la diferenciación encuentran sus límites en las necesidades estatales. Cuanto más vinculada se halla a su objeto, por razón de competencia, la resolución de una cuestión administrativa, más cabrá sospechar que las circunstancias del lugar influirán en dicha resolución.»⁷³⁴[Destacamos en cursiva]

De todo lo antedicho, es relevante observar que en tal época los estudios del tema aún parecían poco aclarados, en especial, cuando que se trataba de separar cuales eran las funciones del ámbito de descentralización y otras puramente de desconcentración.

⁷³⁴ Ibidem, págs. 591-592.

3.5. La *función de subsidiariedad* un consecretario de la noción de *administración autónoma* en la teoría de Forsthoff.

Ante todo lo que se acabó de analizar en el apartado arriba, se observa que la teoría del derecho administrativo preconizada por Fortshoff no logró formular un concepto jurídico específico del “principio de subsidiariedad”, o mismo insértalo como elemento clave del «sistema administrativo autónomo de las corporaciones con capacidad de derecho», pese haber se aproximado estrechamente del tema, incluso matizando en las teorías de Gneist, Von Stein, Gierke y Preuss, respecto a eso contenido, según los referenciales de la *teoría de la administración autónoma comunal*, pregonada por los dos primeros teóricos, y la *teoría de la corporación*, representada por los dos últimos.

Sin embargo, en ese contexto teórico, estamos convencidos de que la idea de subsidiariedad no fue ignorada por la teoría de Forsthoff, excepto por equívoco de esta investigación, al revés, se observa que fue tratada cómo *principio de la administración autónoma*, el cual no fue textualmente nominado cómo función de subsidiariedad por el maestro, sino que matizado atribuyendo una noción específica, cuando confrontando con el tema de la *administración estatal directa* frente a destacada *articulación de la administración estatal mediata*. Así, reunimos algunas de las puntualizaciones hechas por el maestro alemán para demostrar este punto de vista.

Primer, se diga que Forsthoff hubo destacado que, en Alemania del Imperio prusiano, la administración central partía del supuesto de que todos los asuntos públicos debiesen ser centralizados en los Ministerios del Estado, abandonando la tendencia de distribución de las competencias entre órganos superiores e inferiores, las cuales tenían sus orígenes en la tradición germánica de las asociaciones y corporaciones⁷³⁵, presente en la organización política estructurada por la Confederación.

Segundo, resaltó Forsthoff, en el curso del siglo XIX, hubo un cambio en el sistema normativo del Estado alemán que impuso el retorno al principio de que *la instancia local era la competente en primer término, y la superior solo lo sería cuando*

⁷³⁵ Ibidem, p. 596.

la ley lo dispusiese por expreso⁷³⁶. Aquí, el maestro ya señalaba una importante aportación a desvelar la implícita función de subsidiariedad.

Tercero, otro matiz importante que el maestro valoró fue determinar el sentido jurídico preciso de “administración autónoma”, la definiendo: “*es la administración por corporaciones dotadas de capacidad jurídica*”⁷³⁷, no solo prescindiendo del concepto político de ‘Administración autónoma’, hasta entonces dominante, como también eliminando la doble definición referida, a menudo, entre *administración honorífica y autónoma*, entendida esta última como “la administración política o burguesa”, completamente distinta del sentido jurídico propuesto, lo que ni siempre era aceptable por juristas prominentes (Preuss, Blume, Peters).

Cuarto, se puntualiza que Forsthoff al formular el concepto de *asistencia vital* había ampliado la comprensión de «administración autónoma» y defendía que después de la primera grande guerra, nuevas formas de estructuras hicieron con que la administración fuese expandida a otras disciplinas y ámbitos sociales, económicos, cultural, e incluso del derecho del laboral, y también, por vía de la descentralización y de desconcentración administrativa llevados a nuevos niveles políticos-administrativos (instancias inferiores y medias)⁷³⁸.

Un último punto que se pone de relieve en las aportaciones de Forsthoff, dice respecto a separación de conceptos que hizo entre ‘administración autónoma’ y ‘administración mediata’. A rigor, son conceptos aproximados, pues el objeto coincide en gran parte; sin embargo, la *administración autónoma* estaba centrada en las *funciones estatales por corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público*⁷³⁹, en cuanto

⁷³⁶ Ibidem, p. 596.

⁷³⁷ Ibidem, p.

⁷³⁸ Véase los comentarios de Forsthoff traducido, *in litteris*: «Con esta amplitud que le fue dada, el principio de la Administración autónoma adquirió su genuino significado después de la primera guerra mundial. Surgió entonces el plan de un Estado a base de Administraciones autónomas, cuyas funciones debían ser realizadas fundamentalmente, en las instancias inferiores y medias, por organismos administrativos autónomos, o sea un Estado que establecía una especie de superestructura administrativa sobre un sistema de organismos administrativos autónomos.[...] De ese modo, la Administración autónoma se extendió al campo de la política social, de la economía y de la cultura, por de pronto desde el punto de vista teórico, mientras que la realización práctica se hallaba todavía en curso, sin llenar, ni aun aproximativamente, las perspectivas abiertas por la teoría». Ibidem, p. 607-608.

⁷³⁹ Ibidem, p. 609.

la *administración estatal mediata* se extendería a la *estructura de la organización* y todo lo *concerniente a las autoridades administrativas*⁷⁴⁰.

En eso paso, la distinción se efectiva en el plano práctico, porque señalaba Forsthoff que la «Administración estatal mediata» se halla fuera de un conjunto de autoridades directas del estado, por tanto, difiere cuanto a forma de actuación, porque no existiría un ‘derecho de mando y dirección’ por parte de las autoridades superiores del Estado, sino que una forma de inspección del Estado regulada por leyes. En eso caso, inexistente relación burocrática de subordinación directa entre los entes intermedios e inferiores frente a la autoridad superior⁷⁴¹.

Significa, asimismo, que la *inspección* se refiere a fiscalizar asuntos extraños al órgano de la cúspide central del Estado, que no mantiene relación de dependencia burocrática y administrativa, debe sí actuar en diversas situaciones que lo exija observados ciertos límites de injerencia, mientras en la *dirección burocrática* existe un vínculo directo de asuntos propios entre la autoridad superior y los órganos subordinados, por eso se dice que están sujetos a una disciplina jerarquizada.

En suma, Forsthoff señaló que tales funciones administrativas que fuesen realizadas por órganos administrativos autónomos eran denominadas “asuntos delegados”, y como tales, solo las consideraba válidas si la entidad administrativa correspondiente, con capacidad jurídica, actuase dentro de su esfera de competencia propia, que sería así realizada por *acción delegada*. Al contrario, cuando tales funciones dijese respecto a asunto de la instancia estatal de grado superior, serían entonces sometido a una dirección oficial, excluyéndose de la forma de inspección⁷⁴².

Ahora bien, al cierre de este análisis es digno de nota señalar algunas reflexiones respecto la teoría de E. Fortshoff entorno de la *asistencia vital* y la relación que se establece con el *principio de subsidiariedad*. En un artículo publicado, en 1962,

⁷⁴⁰ Ibidem, p. 610.

⁷⁴¹ Ibidem, p. 610.

⁷⁴² Ibidem, p. 611.

el catedrático español Martin-Retortillo Baquer⁷⁴³ hizo una profunda reflexión respecto a la concepción del teórico alemán tratando de la acuciante necesidad del Estado en atender *a los ciudadanos con un mínimo vital que no puede quedar desatendido*⁷⁴⁴. Ese cambio fundamental del contenido de la actuación administrativa del Estado pasó a contemplar la «esfera vital efectiva», no más centrada en simple intereses individuales, sino que en la resolución de los problemas sociales a través de tareas colectivas en las que se les atribuyese “soluciones supraindividuales”⁷⁴⁵.

Según Forsthoff, el Estado más allá de la función de garante del orden, de la seguridad, se había convertido en un Estado distribuidor y repartidor asumiendo otras cargas con objetivo de satisfacer las prestaciones vitales, cuyo cumplimiento se había hecho imprescindible a la Administración pública de la época⁷⁴⁶.

Por tanto, en el siglo XX, la relación entre administrado y Estado convierte se en una relación de dependencia para la consecución de las condiciones mínimas de existencia, y sin se apartar de sus fines, el Estado-administrador debería aprovechar todas las formas de procedimientos, más oportunos, incluso del derecho privado, para ofrecer con agilidad y flexibilidad efectivamente todas las prestaciones vitales⁷⁴⁷, de modo a proporcionar que se las concretasen según nuevos principios jurídicos fundamentales⁷⁴⁸, mediante técnicas que posibiliten una efectiva vinculación.

Bajo este punto de vista, el profesor Martin-Retortillo sostenía que la forma de actuar del Estado-administración en Forsthoff trascendía del campo sociológico al *jurídico* con tal grandeza que la distribución del reparto de las funciones sociales

⁷⁴³ Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"*. RAP (38). *Op.cit.*, P. 35-66.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 45-46.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁷⁴⁸ Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER afirmó *in litteris*: «El Estado no puede ya discurrir únicamente a través de estructuras formales o a través de la simple contraposición, como intento de compensación de excesos, de los diversos poderes o fuerzas, sino principalmente que debería actuar a través de la vinculación a principios jurídicos fundamentales de significación material». *Ibidem*, p. 42-43.

carecería de esa vinculación a los principios del derecho de carácter material, de modo a garantizar incluso la *participación* del ciudadano en tal cometido.⁷⁴⁹

A eso respecto, fue puntualizado en la tesis de Forsthoff que el imprescindible componente social de la *participación ciudadana*, es un hecho que puso de manifiesto el reconocimiento, aunque de modo implícito, del *principio de subsidiariedad* como un nuevo instrumental jurídico apto a llevar a buen término la consecución de las ‘prestaciones vitales’ en el seno de las ‘funciones administrativas no burocráticas o formales’, sino que a través de la *administración estatal mediata*.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad no fue expresamente transpuesto en la Constitución alemán de ese período pos-guerra como principio. En la opinión, a que se sumó el maestro español Martin Retortillo cuando se refiere a doctrina de Forsthoff, que adelante se transcribe, *in litteris*:

«El carácter no monopolizador por parte de la Administración pública de la idea expuesta es fundamental en la concepción de FORSTHOFF, circunstancia que, con todo énfasis, debe destacarse, siendo realmente significativo que tal tesis, formulada inicialmente en tiempos del nacionalsocialismo, haya adquirido su mayor importancia y alcance su mayor relieve doctrinal⁽³⁸⁾ en *un Ordenamiento jurídico que reconoce de modo directo la cooperación de los particulares con el Estado para la realización del interés general y en el que se admite ampliamente, al margen del reaccionarismo con que frecuentemente suele ser enunciado, el principio de subsidiariedad con todas sus consecuencias*⁽³⁹⁾. Téngase en cuenta también la importancia que en ese mismo Ordenamiento alcanza, entrelazándose íntimamente con la idea de *Daseinsvorsorge*, la descentralización administrativa a través de la técnica de la *Selbstverwaltung*⁽⁴⁰⁾. La común actuación para la consecución de las prestaciones vitales viene atribuida, así, a las distintas Administraciones públicas (Bund, Lander, municipios y demás sujetos de Derecho público), pero también, y de modo importante, a los sujetos particulares».⁷⁵⁰ [Destacamos el texto en cursiva]

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 44-46.

⁷⁵⁰ Véase la siguiente nota de pie de página (39) transcrita del texto original del profesor Martin-Retortillo en que el autor se refiere al principio de subsidiariedad: _ «(39) El principio de subsidiariedad que no ha sido plasmado de modo directo en el texto definitivo de la Ley Fundamental, debe ser, en cambio, deducido del conjunto y significado de la misma. Así, MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 8.ª ed., München-Berlin, 1958, pág. 62; DÜKIG, en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., art. 1, II, pág. 26, este último con abundante

4. La subsidiariedad en el derecho administrativo contemporáneo alemán.

Ante todo, hace necesario destacar que el Derecho Administrativo contemporáneo tiene como característica peculiar las especialidades de sectores ante los problemas, prácticas y modelos normativos propios resultante de un doble orden de cosas⁷⁵¹: de una parte emana de las grandes decisiones entorno de la estructura del Estado que forman un conjunto de condicionantes abstractos, y del otro, resulta de los concretos factores determinantes en que se ponen de manifiesto las distintas tareas o funciones administrativas, con vistas a atender a las exigencias propias de cada tema, genuinamente en torno de la economía, de los recursos naturales, de la seguridad social etc.

Llevándose en cuenta este raciocinio, la teoría alemana hodierna del derecho administrativo sitúa dos temas de gran interés, en dos sectores de actuación, anclados en los fundamentos constitucionales de los artículos 20 y 20a GG⁷⁵², respecto al *derecho administrativo ambiental y el derecho administrativo social*.

Ahora, se reservará en examinar la perspectiva del derecho administrativo sectorial y puntualizar la ‘subsidiariedad’ en este matiz. Después, comentácela en la perspectiva del derecho ambiental, en otro apartado.

En suma, como lo había aseverado el profesor Schmidt-Assmann:

“Las resoluciones judiciales recaídas en las distintas ramas especiales del Derecho administrativo constituyen el manantial con el que se formulan las doctrinas generales; y de las instituciones jurídicas de estos sectores singulares se obtienen los elementos necesarios para construir un ordenamiento general. De esta constatación surge *la idea de las ramas o sectores de referencia*.”⁷⁵³

bibliografía. El mismo FORSTHOFF proclamaba ya en su formulación inicial—y *es muy importante esta aclaración*—el papel subsidiario que el Estado había de desempeñar en el desarrollo de la *Daseinsvorsorge*; un reconocimiento expreso en *Rechtsfragen*, cit., pág. 45». Cfr. MARTIN-RETORTILLO BARQUER. *Ibidem*, p. 56

⁷⁵¹ Vide a propósito el cap. III de la obra de SCHMIDT-ASSMANN. E. *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. Trad. Javier Barnés, Mariano Bacigalupo et al. Madrid: INAP/M.Pons. 2003. P. 127-188.

⁷⁵² *Ibidem*, p.128.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 127.

4.1. Subsidiariedad y sectores administrativos.

Uno de los importantes aspectos a subrayar en el tema de derecho administrativo social es su objetivo precipuo, recortado de la teoría del Derecho Social, cual sea, lo de “evitar, paliar o eliminar «las carencias materiales de los individuos y las necesidades provocadas por ellas»⁷⁵⁴”.

A la vez, se asienta el *derecho administrativo social alemán* en los servicios sociales, el cual había se desarrollado según los objetivos extraídos del *Libro Primero del Código Social (SGB I)* _ editado desde 1975, modificado y ampliado a lo largo de las décadas siguientes_, enumerándose, entre ellos: a) contribuir a garantizar una existencia acorde con la dignidad, b) crear condiciones igualitarias para el libre desarrollo de la personalidad, c) proteger y ayudar a la familia, d) posibilitar obtener una remuneración condigna a una actividad elegida libremente, e) eliminar o compensar determinadas cargas, a través del incentivo a la autoayuda⁷⁵⁵.

En ese ámbito, los derechos sociales alzan los principios generales que orientan la administración social, que entre ellos se citan: el principio de la responsabilidad, de la solidaridad, de la cooperación y el de *subsidiariedad*.⁷⁵⁶

4.1.1. Subsidiariedad y derecho administrativo social.

En el punto de vista más actual, el derecho administrativo social direccionado a garantizar el pleno desarrollo de la persona por medio de la promoción de la autoayuda y autor organización, no prescinde de los valores fundamentales de la solidaridad y responsabilidad en el centro de la estatalidad. A rigor, este binomio orienta el principio mayor de la *cooperación-solidaria* dentro del ordenamiento administrativo del Estado.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Ibidem, p. 143.

⁷⁵⁵ Ibidem, p.144.

⁷⁵⁶ Ibidem, p. 145.

⁷⁵⁷ Ibidem, p. 145.

Bajo otra vertiente, el principio de la cooperación-solidaria en el seno de la sociedad se manifiesta de tres formas:

_ primero, cuando las prestaciones sociales son efectuadas por terceros en situación de intermediarios;

_ segundo, cuando se mezclan las actividades a cargo de entes del voluntariado social con la responsabilidad pública; y

_ tercero, cuando la responsabilidad es asumida por iniciativa de la participación ciudadana, a través de los particulares que pasan a actuar con autonomía en la defensa de sus intereses. Respecto a este último, se resalta aún más que hacia concretar la participación de los individuos cabe a la administración crear mecanismos que desarrollen la conciencia de desenvolvimiento personal y de la ciudadanía.

A través de estos cambios, ora subrayados, fue que el modelo de la administración pública centrada en el Estado de prestación y de policía⁷⁵⁸ fuera paulatinamente reemplazado por nuevos estándares de actuación de la administración pública con el énfasis ‘en las relaciones del entorno social’ y del medio ambiente, posibilitando dinamizar el fomento de las actividades sociales por medio de un conjunto de criterios innovadores, tales como negociaciones, acuerdos, discusiones, compromisos y otros. Además de un nuevo instrumental de la rama del derecho ambiental.

Resultó que se fue materializando por vía del *principio de subsidiariedad* el nuevo modelo dialéctico de políticas públicas en el Estado alemán en que se desarrolló en el Derecho Administrativo una Administración social, y también de dirección sobre los instrumentos de la política medio ambiental según una estructura organizativa instrumentalizada por vía del principio de subsidiariedad.⁷⁵⁹

i) Subsidiariedad cómo un principio jurídico rector.

⁷⁵⁸ Cfr. PANKOKE, Eckart. *Steuern und Verantworthen*. DV, Bd. 21 (1988), p. 429. *Apud* SCHMIDT-ASSMANN. E. *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. *Op.cit.* p. 146.

⁷⁵⁹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN. E. *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. *Op.cit.* p. 130-146.

Desde el Derecho administrativo contemporáneo, la subsidiariedad convierte se en un principio jurídico rector del sistema alemán, consonante con la materialización de los fines del Estado-administración, que tiene la función de repartir la responsabilidad entre los poderes públicos, razón por la que se caracteriza en un «*principio de articulación*» del marco general de la responsabilidad pública, cuyo el objetivo menester será el de equilibrar las instancias de autor organización dentro de límites de actuaciones propias de los poderes públicos en diferentes grados de razonamiento⁷⁶⁰.

En suma, la subsidiariedad del modelo alemán surge como un instrumento dialéctico garantizado por la Constitución en materia de los derechos fundamentales, asimismo, conjugando en una doble faceta: de un lado, *la esfera de actuación del individuo* y del otro, la salvaguarda de *la competencia de las instituciones no gubernamentales actuando en el ámbito de lo social*⁷⁶¹.

Impartiendo de esta perspectiva del derecho administrativo de dirección se despliegan innumerables formas de actuación instituidas por el sistema normativo alemán en el plan social, donde la Administración pública ejerce la función social relacionada con determinados grupos de individuos, según variados tipos de ayudas, concretamente haciendo valer la responsabilidad de la cooperación-solidaria en interés de *garantizar los niveles de renta*, asegurar la *prestación de atención social* y viabilizar la *administración por intervención de terceros*.

En ese aspecto, algunos programas sociales relacionados con “mediación de terceros en las prestaciones sociales” fueron instituidos sobrellevando la función de subsidiariedad horizontal de modo que la Administración pública “*se abstenga de reclamar inmediatamente para sí la entera responsabilidad de su satisfacción*”⁷⁶². En esas hipótesis, ella cómo titular del derecho social en satisfacer el interés general se encarga de la responsabilidad financiera, o del deber de garantizar la disponibilidad del servicio en calidad y cantidad de satisfacción, o a depender del tipo de prestación que se

⁷⁶⁰ Véase a propósito los razonamientos del autor Schmidt-Assmann enfatizando esta tesis. Ibidem, p. 146.

⁷⁶¹ Ibidem, p. 146.

⁷⁶² Señalado por Schmidt-Assmann. Ibidem, p.146.

atañe, debe suministrar la información a los destinatarios y/o facilitar los contactos con instituciones de autoayuda y la colaboración entre ellas⁷⁶³.

4.1.2. Subsidiariedad, derecho administrativo y medio ambiente.

En otro matiz, respecto al *sector del medio ambiente*⁷⁶⁴, en Alemania, los temas de la Administración ambiental empiezan por rigieren legislaciones orientadas a la *policía administrativa*, tales como: contaminación del aire, radiaciones y sustancias peligrosas; o como función pública resultante de la *protección legislativa de los recursos naturales* como suele ocurrir en el régimen de la calidad de las aguas, éste un bien público, o una combinación entre interés público y derecho de policía relativo a legislación de los residuos⁷⁶⁵.

Sin embargo, dos ámbitos de protección del Derecho Administrativo Ambiental se presentan en el derecho alemán: uno centrado en el *derecho del riesgo* relativo a los cuidados que se debe tener al enfrentarse las incertidumbres del desarrollo tecnológico, dirigidos sobre todo por principios generales de la precaución, de la cooperación y de la responsabilidad de que “quien contamina paga”; y el otro ámbito es el *derecho de gestión y protección a los bienes comunes*⁷⁶⁶ que están cada vez más sobreexplotados en consecuencia de múltiples demandas de usos, a saber: la calidad de las aguas, la conservación de acuíferos, de los bosques y superficies forestales, además afrontándose condiciones climáticas cambiantes, etc.

La unidad de estos dos sistemas jurídicos formatea una relevante especialidad del Derecho Administrativo, que sin embargo conllevaron al planteamiento de tres problemas en la esfera administrativa, los que son apuntados por la doctrina

⁷⁶³ Ibidem, p. 150.

⁷⁶⁴ Recogese al concepto actualizado de ‘medio ambiente’ de la doctrina alemán: *sistema de elementos que interactúan entre sí*. En: Schmidt-Assmann. Ibidem, p.135.

⁷⁶⁵ Ibidem, p. 130-131

⁷⁶⁶ Ibidem, p. 131.

germánica como el “dilema de la complejidad”⁷⁶⁷, donde se delimitarían los objetivos del sistema de protección legal del medio ambiente, a saber:

i) conocimiento del problema.

Significa comprender los elementos singulares que conforman el medio ambiente y las interacciones existentes entre ellos, mientras considerada la unidad de un determinado sistema ecológico;

ii) decisión política entorno al problema.

Significa dentro de una complejidad de causas y efectos en una determinada situación de control ambiental que las decisiones que se pone de manifiesto deben analizar cuales son los peligros de irreversibilidad de los daños, además de las consecuencias económicas resultantes;

iii) el problema de gestión o distribución de los recursos.

En este matiz reposa los nuevos cambios en materia de protección medio ambiental ante los múltiples derechos, prácticas y necesidades de regulaciones del derecho administrativo, lo que forzado una innovación a la dimensión clásica de derecho administrativo a los retos de una ruptura con los dogmas clásicos de la parte general al poner de manifiesto la prioridad de la responsabilidad colectiva, al instituir nuevos estándares normativos y nuevas prácticas de actuación en la gestión y distribución de los recursos naturales.

En suma, estas tres dimensiones planteadas reflexiona en un sistema normativo organizado que enlace los elementos técnicos de la gestión de los recursos de medio ambiente llevando en cuenta los principios generales del derecho administrativo, las directrices, los procedimientos y otras especificidades relativas al manejo, explotación, utilización, distribución de los recursos naturales, en vista de hacer una estructura de

⁷⁶⁷ Esta expresión refiere el autor Schmidt-Assmann que fue utilizada en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Assuntos Ambientales en 1994. Véase en la obra citada, p.131.

regulación a la buena política administrativa, caracterizada por la interacción y la información entre el poder público, entes privados y ciudadanos⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ Ibidem, p. 141.

Sección III

La subsidiariedad a partir de los conceptos de centralización, descentralización y autonomía.

En primer lugar, conforme ya se señaló con anterioridad en este estudio, en la teoría constitucionalista, al largo de la evolución histórica-política del Estado, la dicotomía entre los conceptos de soberanía y autonomía es muy evidente cuando tomada esta última en sentido de la ‘autonomía social’⁷⁶⁹. Por así decir, desde los griegos la soberanía se halla en el poder político y la autonomía social en la organización de la sociedad.

Sin embargo, fue en el siglo XX cuando preocupaba a los teóricos del derecho público y constitucionalistas fijar las estructuras orgánicas y funcionales del Estado fuese de régimen unitario o federal, en el marco de las constituciones, se fue delimitando el concepto de *autonomía política* entre los entes del Estado; fue también, un momento de definición de las decisiones políticas⁷⁷⁰ en la administración estatal al que se fue diferenciando con mayor énfasis los tres modelos de sistemas políticos en: *centralización*, *descentralización* y *autonomía* (‘selfgovernment’).

Por tanto, una breve referencia al tema de las estructuras del poder público en el Estado a partir de los conceptos jurídicos de ‘centralización’, ‘descentralización’ y ‘autonomía’ será posible distinguir los matices de la función administrativa vinculada cómo función de subsidiariedad.

En el apartado anterior, se hizo un análisis de estos principios de articulación de las funciones administrativas a partir de la teoría del derecho administrativo alemán, ahora, intentaremos, puntualizar una referencia de proximidad con la función de

⁷⁶⁹ Vide nuestros comentarios en Cap. II. Sección III. 1. Primera aproximación de los conceptos de soberanía, subsidiariedad y autonomía.

⁷⁷⁰ Véase a propósito la teoría del decisionismo político de Karl Schmitt en este estudio el cual refiere que «las decisiones políticas de un pueblo forman la voluntad única del Estado».

subsidiariedad aplicada en el Derecho Administrativo a partir de estas diferentes concepciones extraídas de la doctrina administrativa francesa y española.

1. Notas sobre centralización y descentralización en el derecho público francés.

Volviendo a la noción de *centralización y descentralización* puntualizamos, a continuación, dos supuestos o modelos planteados en la teoría clásica, por M. Hauriou, en el derecho público francés; pero, antes, tenemos que considerar dos hechos importantes que enmarcan la segunda mitad del siglo XIX y comienzo del siglo XX, que caracterizaron un cambio de concepción tanto en la Ciencia Política, cuanto en el Derecho, y que van derivar en diferentes formas del estado moderno descentralizados en Europa :

a) Primer, se pone de relieve la contribución de la ‘teoría de la soberanía nacional’, _ que tiene origen en el Estado francés desde la revolución francesa, representada por las ideas de Sieyès⁷⁷¹_, y que va interferir de manera gradual en la administración estatal, predicada sistemáticamente por la ‘Escuela de Tolosa’, en el modelo de repartición del poder y de las funciones públicas.

b) El segundo hecho, deriva del fenómeno creciente de “sociedad de estados”, que fueron surgiendo en aquella época, dando origen a los ‘Estados federales’, con gran influencia del federalismo norte-americano (en el continente americano) y del federalismo alemán y suizo (en el continente europeo);

Por lo tanto, de estos dos hechos, que según la teoría del derecho público francés se reconocía “la calidad de Estados a formaciones políticas cuya soberanía se encuentra considerablemente disminuida”⁷⁷² generan los dos supuestos o modelos de Estados, que nos referimos de inicio:

⁷⁷¹ Siéyes propone en su obra *¿Qué es el tercer Estado?* publicada en 1789 las primeras ideas hacia la teoría del estado social y del derecho.

⁷⁷² Véase éste problema planteado por Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional. Op.cit.* P. 393.

El primer, propone la ‘soberanía nacional cómo una forma del poder político descentralizado’⁷⁷³, pregonando la existencia de un ‘poder inmanente a la nación’, destacado en la máxima: “*la soberanía reside en la nación. Ésta no tiene más que el disfrute y está obligada a delegar el ejercicio; lo delega mediante la ley a las instituciones gubernamentales, y mediante los electores al personal gubernamental*”.⁷⁷⁴

A la vez, en Francia, a lo largo del siglo XIX, la doctrina de la soberanía nacional evolucionó creando la ‘descentralización comunal y departamental’ sosteniendo una nueva faceta del ‘poder mayoritario’ que procede de las representaciones en las asambleas de electores de los departamentos o provincias, de las cámaras representativas de los municipios y comunas (*ville*), oponiéndose al ‘poder minoritario’ del gobierno que es un poder centralizador.

El segundo supuesto, deriva de la tensión entre ‘centralización’ y ‘descentralización’, en la medida en que se afirmaban la democracia y la soberanía nacional, en el estado moderno, cómo una fuerte tendencia ‘descentralizadora’ en el campo de las administraciones más cercanas a las cuestiones locales o de las regiones (municipios, provincias, departamentos, regiones) se hacía fortalecer el fenómeno de la ‘descentralización política’ de los nuevos estados-compuestos; así, se fueron proyectando, en el siglo XX, con mayor evidencia una extensa autonomía político-administrativa del estado constitucionalista en el reparto de las funciones.

De eso resultando el surgimiento de novas formas de ‘estados independientes’ formando el *estado federal*, en los cuales no se pierde la característica de la ‘centralidad del poder minoritario’ en manos de una Administración centralizada, asimismo se iba organizando la descentralización, en una doble repartición del poder o de las funciones entre “la Unión” frente a los Estados-miembros (_ y aquí, no se puede dejar de referir, en Alemania, la fuerte influencia de la ‘teoría de los tres elementos’ o ‘tres grados’ formulada

⁷⁷³ HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Op.cit. p. 298-299.

⁷⁷⁴ Ibidem, p. 275.

por la teoría kelseniana de normativismo jurídico, distinguiendo las tres dimensiones del Estado: el ‘estado total o global, el estado superior y los estados-miembros’⁷⁷⁵).

Sin embargo, se puede añadir que de esta tendencia *descentralizadora de funciones*, se despliega una tercera forma de estado-compuesto el cual adquirirá, en las últimas décadas del siglo XX, una destacada forma de actuación y de regulación desde la forma de organización determinada por la ‘descentralización territorial’, dando origen, después, al *estado autonómico* distinto de los estados federal y unitario, en lo cual se mantiene un gobierno central y en paralelo los gobiernos descentralizados por regiones o provincias⁷⁷⁶ del mismo dotados de un estatuto propio que no se subordina a la ley del Estado, sino por los límites expuestos en la Constitución.

En suma, la *centralización* consiste en la fuerza catalizadora del poder minoritario de gobierno ceñido en el Estado. Mientras, la *descentralización* se convierte en un poder mayoritario que se reparte en las representaciones de los gobiernos locales (entes regionalizados, provincias, municipios y otros) a través del *sufragio de los electores*, formando un todo consolidado en el principio de la soberanía nacional⁷⁷⁷.

Sin embargo, ante todo lo expuesto está claro que no hay una relación unívoca entre poder y soberanía, pues se encuentran opiniones divergentes entre los teóricos que separaban la idea de poder distintamente de soberanía⁷⁷⁸.

En cuanto al tema de la descentralización no raro también provocó muchas discusiones en torno de la separación entre descentralización política y administrativa, tema que se reservó tejer algunas consideraciones aun en este capítulo.

⁷⁷⁵ Teoría defendida también por Hans Nawiasky en Alemania, en el primer cuarto del siglo XX. Entre los autores de derecho administrativo español con referencia a esa ‘teoría de los tres grados’ ligado al tema de la “Articulación de los ordenamientos estatal y autonómico en el supraordenamiento constitucional” ved los comentarios de GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* (I). 13ªed. Madrid: Thomson-Civitas/Arazandi. 2006. P. 287.

⁷⁷⁶ Vide M.Hauriou “La soberanía nacional y la descentralización”. *Ibidem*, p. 298-304.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 298-299.

⁷⁷⁸ Vide JELLINEK, G. *Teoría general del Estado. Op .cit..*

Por fin, aquí no se adentrará en el análisis detallada de los estados constitucionales, y a menudo de sus formas de organización político-administrativa, pero aportándose de la teoría general del derecho administrativo unos conceptos respecto a la ‘descentralización administrativa’ y de la relación con el concepto de autonomía, el cual se hizo hincapié en el inicio deste apartado, los comentaremos adelante.

2. Descentralización y correlación con Autonomía.

Primero hemos que señalar una importante diferencia remarcada en la teoría del Derecho Público entre descentralización política y administrativa, que es donde reside la idea de autonomía.

La primera, cuando la descentralización es política equivale a una división territorial del poder político e implica también en una valoración de la función de autogobierno de las administraciones territoriales en relación a la administración del Estado (gobierno central), y distinta de la administración local.

En cuanto la descentralización administrativa se concentra en funciones y las tareas meramente administrativas, cuyos entes locales son dotados de poderes meramente reglamentarios.

De antemano, solo para situar el problema planteado en el derecho administrativo entre delimitar los conceptos de descentralización y autonomía, es digno de nota la aportación actualizada que establece la doctrina española. Utilizamos aquí, la referencia del autor Sánchez Morón relacionando estos dos conceptos:

Primer, sobre la *descentralización* subraya que es una tendencia o directriz, que “*consiste en atribuir mayores competencias (y recursos) a las Administraciones públicas de ámbito territorial reducido y también a entidades administrativas especializadas*”⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2006. P.81.

A la vez, este concepto de descentralización, en el marco de la administración pública, se bifurca en dos especies: i) *territorial*; ii) *funcional*;

i) descentralización territorial.

Por descentralización territorial se «supone la fragmentación del poder público, mediante la creación de una pluralidad de administraciones verdaderamente autónomas entre sí, no articulada ya por el principio de jerarquía»⁷⁸⁰. En este concepto formulado por Luciano Parejo reproduce la diferencia entre dos principios basilares el de ‘autonomía’ y de ‘jerarquía’.

La *descentralización territorial* se caracteriza entonces por «los distintos niveles territoriales de gobierno dotados de *autonomía*». Es decir, «*un reparto del poder político entre distintas instancias de gobierno, representativas todas ellas de la respetiva comunidad o colectividad territorial elegidas por los ciudadanos*»⁷⁸¹.

Por eso, afirma el maestro García Enterría que en el sistema español por excelencia las «*comunidades autónomas no son simples entes administrativos, de gestión de intereses subalternos, sino que poseen una verdadera sustancia política por su misma posición constitucional y, paralelamente, cuentan con un elenco de funciones y poderes que igualmente tiene naturaleza política, como revela tanto su extensión e importancia material (...)*»⁷⁸².

ii) descentralización funcional.

Al revés, la *descentralización funcional* es una atribución administrativa o de gestión del ejercicio de actividades o servicios públicos conferidos a determinados entes u organismos públicos con personalidad jurídica propia, con distintos poderes de

⁷⁸⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Madrid. Ariel.2003. P.28-29.

⁷⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte general. Op.cit.* P.81.

⁷⁸² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo (I)*. *Op.cit.* P.282.

decisión, variable según el objetivo perseguido⁷⁸³. De estas potestades no hacen parte aquellas consideradas de jerarquía entre la Administración y los entes descentralizados.

Por tanto, la noción de *autonomía* se trata de “un poder limitado dentro del Estado el cual no sobrepasa la soberanía nacional” (STC 04/81⁷⁸⁴), pero tiene la capacidad de ejercer en ámbito de los entes territoriales (regiones autónomas, provincias y otros) “un conjunto de competencias bajo la propia responsabilidad, sino también la de imprimir a la acción de gobierno y administración una orientación política propia, que puede ser distinta de la del gobierno del Estado”, así referido por Sánchez Morón.⁷⁸⁵

2.1. Autonomía y la relación con la subsidiariedad.

Decimos anteriormente, que la ‘autonomía’ se traduce en una estructura diferenciada en los Estados-compuestos. También, se puede añadir que, es un principio constitucional que se pone de relieve cuando, en un determinado Estado, con vistas a permitir que en las regiones que presentaban tradiciones históricas y culturales en común, además de la proximidad territorial existente, y que mantenían, también, en la vida social relaciones económicas comunes, se les confiera la iniciativa de organizarse en regiones autónomas. Así, con mayor claridad se había denominado de ‘Estado autonómico’ a los Estados Unitarios que presentaban tal forma de estructura compuesta.

Por eso, ‘autonomía’ es una forma de organización estatal descentralizada (ya sea tratando de la forma política o administrativa) lo que implica, también, en identidad de un ‘principio de autonomía’, concepto esto clave que está asociado a la idea de “organización territorial del Estado”⁷⁸⁶.

⁷⁸³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte general. Op.cit.*, p. 81.

⁷⁸⁴ Véase la correlación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España: STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981: “II. Fundamentos jurídicos. 1. (*omissis*). 2. (*omissis*). 3. Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución”. STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981. Cfr. STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁷⁸⁶ Vide Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 1ª ed. Madrid: Iustel. 2004, p.120.

Observase que esta clave mantiene la relación entre los dos elementos: ‘descentralización’ y ‘territorialidad’, no solo de funciones administrativas, pero también, del poder público del Estado, planteada esa relación por la doctrina francesa desde su origen, y que también se desarrolló en la teoría del derecho administrativo español, y tiene profunda relevancia en la construcción de los fundamentos del ‘principio autonómico’ cómo la fuerza impulsora del estado autonómico, consonante se destacará adelante.

2.2. Bases del principio autonómico cómo la fuerza impulsora del Estado autonómico.

La autonomía política presenta, hoy en día, contornos más diversificados y fue perfeccionada durante el pasaje del siglo XX al XXI, y se pasó a referir cómo un concepto más amplio para delimitar una nueva pluralidad de ‘ordenamientos jurídicos’, dando origen al Estado Autonómico de las “Comunidades Autónomas”. Tal como lo hay definido el maestro español García de Enterría es un: «conjunto de entes territoriales sustantivos dotados de fuertes poderes políticos y no simplemente administrativos»⁷⁸⁷.

Asimismo, en otra definición de autonomía puesta en cotejo es la elaborada por Santamaría Pastor que resalta la idea de ‘distribución de titularidad del poder’. Veamos, lo fue sintetizado:

“la *noción de autonomía* evoca primariamente la idea de *distribución de la titularidad de poderes públicos*: un Estado organizado sobre el principio autonómico es, ante todo, un Estado en el que se da una efectiva distribución del poder político entre las instancias centrales y territoriales que lo integran; en el que aquéllas no monopolizan su ejercicio, sino que lo comparten con las restantes. Cuáles sean los poderes públicos que ostentan los entes territoriales inferiores al Estado, cuál sea su forma concreta de ejercicio y protección recíproca es, justamente, contenido del status de autonomía;”⁷⁸⁸ [esta última en cursiva es del texto original]

⁷⁸⁷ Vide Garcia Enterría, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. I. 13ª ed. Madrid: Thomson-Civitas/Arazandi. 2006. Pág.

⁷⁸⁸ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 1ª ed. Madrid: Iustel. 2004. P. 122.

2.2.1. Autonomía territorial.

Añade más Santamaría Pastor, afirmando que la ‘autonomía territorial’ se puede comprender, de forma sistemática, desde una doble vertiente en ‘positiva’ y ‘negativa’, adelante analizados estos supuestos⁷⁸⁹:

i) La viertente ‘positiva’ o ‘activa’.

En esto aspecto la autonomía corresponde “a titularidad de potestades públicas” conferida a los entes territoriales inferiores al Estado (Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios), calificadas con las siguientes características:

a) son dotadas de potestades superiores (tales cómo potestad normativa, de auto tutela, la tributaria, la expropiatoria, la sancionadora etc.), o se tratan de otras potestades que deriven de la naturaleza de entes políticos primarios o territoriales;

b) operan sobre un ámbito material indeterminado, excepto cuanto a las materias reservadas por la Constitución con exclusividad al Estado;

c) son potestades públicas diversificadas, porque o varían según los niveles territoriales (las competencias de las Comunidades autónomas son superiores a de los entes locales), o presentan una forma de atribución que se establecen legislativamente de manera distinta (p.ej., para las Comunidades autónomas las *potestades* son instituidas por las normas del Estatuto de cada una de estas); en contra, las *potestades* de los Municipios y Provincias que pueden ser instituidas a través de leyes específicas dictadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas;

d) potestades que integran el ámbito de autonomía que no son de carácter exclusivo, porque carecen de independencia absoluta.

⁷⁸⁹ Ibidem, págs. 122-125.

ii) La vertiente ‘negativa’

Esta conforma externamente la autonomía bajo dos rangos constitucionales de poderes:

a) la autonomía tiene una garantía institucional protegida por la Constitución, con un diseño constitucional propio respecto su organización, competencias y financiación, por eso consiste en un modelo permanente que se opone a cualquier tendencia centralizadora del Estado;

b) los poderes que se atribuye a la autonomía territorial de los entes son ejercidos sin controles de las entidades superiores, excepto cuando for para asegurar la integridad de las competencias e intereses conferidos a los propios entes superiores;

Otra importante peculiaridad sobre la autonomía territorial relativo a las Comunidades Autónomas, subrayada en la doctrina española, es que poseen mayor relevancia en la ‘potestad política’, con actuación en el ejercicio de la voluntad y de las prerrogativas de la autoridad pública, elaborando políticas públicas en el marco de la función pública estatal, al contrario de los “entes locales”, que solo ejercen *poderes y responsabilidades meramente administrativos*, y por tanto, estos son dotados de *poderes normativo reglamentarios*, característicos de ordenamientos locales con fuerte limitación para legislar sobre materias de gran interés colectivo y personal.

En este último aspecto, lo que refiere a ‘competencia legislativa’ es posible dimensionar que la autonomía necesariamente comprende de una parte, la función reguladora (o legislativa), no obstante, de otra parte, comprende la función de organización y que se relaciona con la idea de principio de subsidiariedad, pasemos a comentar esta segunda vertiente en el Derecho administrativo.

2.2.2. Autonomía legislativa y norma autonómica.

A primera vista, conviene observar que la noción de ‘autonomía’ propiamente dicha se diferencia del contenido de ‘norma autonómica’, lo que se hace tomando como referencia el ordenamiento español, con base en las reflexiones del referido maestro

García de Enterría, que así separó en primer lugar la comprensión de autonomía cómo organización del Estado, de ‘norma autonómica’ cómo fuente del derecho que no están jerárquicamente subordinada a las fuentes de ninguna otra organización diferente. Por ello, ha señalado que:

“Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación respecto de los demás, separación que se expresa, por de pronto, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes del derecho, como propias de la organización específica de que se trata, no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la general que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que inicialmente significa el concepto de «autonomía»”.

Asimismo, relativo a norma autonómica se halla en la doctrina española precepto distinto, que se transcribe adelante por ser necesario en este estudio, a fin de se puntualizar mejor la relación con la “función de subsidiariedad” en el campo del Derecho Administrativo, que se tratará en la sección siguiente:

Tomándose como referencia los conceptos de “autonomía” y de “normas autonómicas”, abstraídos por el antedicho catedrático, _al plantear la relación que mantiene esto último precepto con el principio de la competencia_, decía G. Enterría que no se trata el problema de un principio de jerarquía, sino de un ‘principio de la competencia’, subrayando sobre la comprensión de ‘norma autonómica’ que:

“las normas autonómicas no son jerárquicamente subordinadas a las del Estado y que para explicar su primaria relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al *principio distinto de la competencia*, según la cual en *el ámbito competencial autonómico la norma autonómica excluye a la del Estado y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento*. Por ello el problema básico de todas las autonomías es justamente la delimitación del ámbito competencial donde esa autonomía, y por tanto sus normas propias, pueden producirse.” [Destacamos en cursiva]

Por ello, las ‘normas autonómicas’ presentan distintos límites de competencias ante las ‘normas del Estado’ en el sistema legislativo español, p.ej., se puede deducir del texto de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del

Régimen Local, artículo 7 y apartados, y también, en el capítulo III, artículos 25, 26 y 27, que hay cuatro especies de categorías de las competencias, que definen en:

a) propias: _ solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. (art.7.2.). Estas pueden ser: a.1) universal o general; y a.2.) complementaria;

b) atribuidas por delegación: _ cuando el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los Municipios el ejercicio de sus competencias Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación. (art.7.3 y art. 27)

c) distintas o impropia: el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. (Art. 7.4.)

d) de iniciativa pública en materia económica.

En otro caso, el texto refundido de la Ley de Aguas 29/95 determina específicamente los límites de la competencia de las Comunidades Autónomas, en materia del régimen de dominio hidráulico, en el artículo 18:

«Artículo 18. Régimen jurídico básico aplicable a las Comunidades Autónomas.

1. La Comunidad Autónoma que, en virtud de su Estatuto de Autonomía, ejerza competencia sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, ajustará el régimen jurídico de su administración hidráulica a las siguientes bases:

a) Aplicación de los principios establecidos en el artículo 14 de esta Ley.

b) La representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que los integren»

2. Los actos y acuerdos que infrinjan la legislación hidráulica del Estado o no se ajusten a la planificación hidrológica y afecten a su competencia en materia hidráulica podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

3. Desconcentración y subsidiariedad.

Otro concepto relacionado al tema de subsidiariedad que se incluye en este análisis es sobre el concepto de ‘desconcentración’, según refiere la doctrina francesa: es un modo de organización de entes complejos y en especial las personas públicas territoriales, que constituye en sí misma una manifestación del principio de subsidiariedad⁷⁹⁰. Por tanto, en la idea de desconcentración administrativa de la organización administrativa de Francia, surge la de subsidiariedad como un principio estructurante.

Sin embargo, se hace necesario destacar que, en el plano político, anteriormente la desconcentración aparecía cómo la idea opuesta de subsidiariedad, porque el propósito de la desconcentración sería un medio de evitar la ‘descentralización’, pero conforme lo afirmó el teórico Oliver Dubos, esta idea ya se considera un tanto inadecuada⁷⁹¹. Desde el cambio introducido por el Tratado de la Unión Europea que introduce el principio de subsidiariedad cómo un principio regulador del ejercicio de las competencias en ámbito del derecho europeo, lo mismo está íntimamente relacionado con la descentralización territorial o la funcional.

Se resalta aún, que, en la doctrina española, se entiende que el principio de desconcentración, de una parte, “atañe a la organización y relaciones internas de una misma administración”, y tiene también, de otra parte, “*un alcance relativo u orientativo y consiste en atribuir mayores competencias a los órganos o unidades inferiores y*

⁷⁹⁰ Vide DUBOS, Olivier. *La subsidiariedad*. En *Colloques & débats*. (La compétence). Paris: AFDA/Litec. 2008. P.213.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 213.

*periféricos de una Administración normalmente extensa (...), en descargo de los órganos superiores y centrales”.*⁷⁹²

Sobre el concepto de autonomía y su relación con la subsidiariedad lo trataremos más a seguir.

Ahora bien, pasemos a poner en evidencia algunos matices de la *subsidiariedad* en la doctrina del Derecho Administrativo, más allá de lo antedicho respecto al concepto jurídico y de las categorías (en el capítulo II, Sección I e II) de este estudio.

⁷⁹² *Apud* Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo. Op.cit.* P.82.

Sección IV

La subsidiariedad en el marco del Derecho Administrativo contemporáneo.

1. Los retos de la función de subsidiariedad en el marco del Derecho Administrativo.

Asentada en la idea de Estado que intervenga cuando el sistema social no puede por sí solo garantizar su cohesión y sus necesidades, la subsidiariedad traduce primer una concepción de la sociedad política en que el poder se construye de la base hacia arriba.⁷⁹³ Después, fue matizada por la teoría del liberalismo predicando la ‘libertad del individuo’, que frente al Estado el individuo no puede ‘salir perdiendo’, pues aquello sistema político asentado en ‘la relación entre el estado y los individuos donde a este se reserva una calidad natural e insuperable’⁷⁹⁴, quedaba remeter al Estado el papel de asumir solo determinadas funciones de forma ‘subsidiaria’.

Sin embargo, en la perspectiva del Derecho Administrativo el tema de la subsidiariedad no haya una comprensión pacífica, puesto que gran controversia se registra entre los autores, en el intento de determinar la identidad jurídica de aquel principio o componente jurídico, y donde hall un abanico de múltiples conceptos y métodos lógicos de interpretación; pero, sin duda, tiene él mismo un carácter de principio, al lado de otros principios generales del derecho administrativo, y aún de *función*.

Pasemos a unas cuantas especificidades que dimensionan el contenido de la subsidiariedad en materia administrativa.

1.1. ¿La noción de *estándar* es aplicable a la subsidiariedad?

⁷⁹³ Vide DUBOIS, Olivier. *La subsidiariedad*. En Colloques & débats. (La compétence). Paris: AFDA/Litec. P.193-217.

⁷⁹⁴ Ibidem, p. 194. Vide también CONSTATINESCO, Vlad. *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union Européenne?* *Op.cit.* p. 194.

À propósito, esta cuestión sobre cual categoría jurídica pertenece el elemento de subsidiariedad, _ (¿) si tiene naturaleza jurídica equiparada a los estándares (?), fue planteada en la doctrina francesa (J-M. Pontier)⁷⁹⁵.

Primer, fue tomado en consideración el supuesto de qué: _ «si los *estándares* se tratan de 'conceptos indeterminados', teniendo en cuenta una relación con los valores fundamentales de la sociedad, cuyo el objeto es, en análisis del comportamiento de los actores jurídicos, tomándose por referencia un tipo 'promedio de conducta'»⁷⁹⁶, entonces no se puede afirmar que la subsidiariedad tiene el carácter de 'estándar', según aquel punto de vista.⁷⁹⁷

Sin embargo, parece que esta referencia debe llevar en cuenta la valoración (poca o ninguna) que tenía la subsidiariedad en la tradición del Estado unitario francés.

Por lo tanto, aquello sistema constitucional-administrativo es diferente de otros contextos de Estados más descentralizados, en que las relaciones jerárquicas por veces son menos centralizadoras, de modo se pudiese comprender que 'acción subsidiaria' está relacionado con un modo de proceder de la sociedad en su organización más tradicional con las costumbres y usos de cada lugar (se menciona, a título de ejemplo, el Estado federal alemán). Pero, no se quiere hacer así, una vinculación de la comprensión de 'estándar' con 'centralización de poder o de soberanía'. No, la propia comprensión de 'estándar' por ser, de hecho, un tanto cuanto indeterminada requiere cierta atención en se comparar o designar subsidiariedad a *estándar*. Veamos, a título de aclarar esta idea, que

⁷⁹⁵ Profesor de la 'Faculté de Droit d'Aix-en-Provence' (1980) y de 'l'Université de Paris I' (Panthéon Sorbonne) desde 2007.

⁷⁹⁶ Este argumento lo defiende por el autor Jean-Marie Pontier: «sont les "concepts indéterminés, yant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite» Cfr. PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. P. 1516.

⁷⁹⁷ Cfr. Pontier: "No hay dudas que la subsidiariedad no es un estándar: no reenvía, por lo menos directamente a valores, no es una regla tópica, muy al contrario, mientras que los estándares son pruebas o evidencias relacionadas, la subsidiariedad se caracteriza por una cierta oscuridad. Su comprensión no es inmediata, no implica en nada determinado." PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. P. 1516.

el vocablo *estándar* tiene la comprensión de algo que «Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia»⁷⁹⁸.

En este aspecto, se añade aún, no es lo hecho de subsidiariedad «no remitir a una relación de valores» que pierde la configuración de ‘estándar’. Por al contrario, nos parece que la subsidiariedad sí que tiene fuerte relación de valores con las cuestiones locales, lo que se permite considerar, aunque sea este un concepto un tanto oscuro, tiene por un lado, la emblemática categoría de ‘principio’ garantizado en el Estados federal (sea cómo norma implícita o explícita); y bien así, en el Tratado de la Unión Europea, con el objetivo de hacer con qué las acciones propuestas su cumplan, en primer plano, por los entes competentes más cercanos encargados de la ejecución; y, no se concretando ese objetivo, sean cumplidos en segundo plan por lo ente mayor. Y, por otro, tiene la función administrativa de actuación.

En suma, consideramos que subsidiariedad tiene una relación de ‘estándar’, cuando se pone de relieve que puede ser comparado cómo un modelo o referencia de un sistema, en ese aspecto fue reflejado sobre el tema de esta investigación que lleva el título de un análisis del ‘modelo subsidiario de agua’ existente entre dos sistemas normativos, administrativo y políticos desiguales de Unión Europea y de Brasil.

Otra opinión recogida, en la doctrina francesa refiere la subsidiariedad cómo un ‘argumento o índice’.

1.2. La noción del ‘argumento subsidiario’ o ‘índice subsidiario’.

En esta hipótesis en el Derecho administrativo se presenta un significado de la subsidiariedad considerando cómo el ‘argumento subsidiario’⁷⁹⁹ o ‘índice de subsidiariedad’⁸⁰⁰, paulatinamente puesto al descubierto en la jurisprudencia francesa, cuando se trata de decisiones relativas a la creación de los servicios públicos dentro del

⁷⁹⁸ Véase el significado en el Diccionario de Real Academia Española. *Op. Cit.* <en línea> <<http://lema.rae.es/drae/?val=adherencia>> [Consultado en 11 de mayo de 2013].

⁷⁹⁹ Cfr. PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* P. 1517-18.

⁸⁰⁰ Cfr. VALÉRIE, Michel. *La subsidiarité* *Op.cit.* P. 615-616.

terma de la intervención económica del poder público, o también, en la materia del ‘recurso por exceso de poder’.

Dos ejemplos ilustran esta construcción de la jurisprudencia administrativa francesa:

i) el primer respecto a un caso clásico, referido por Michel Valérie⁸⁰¹, de una sentencia de los años 30, en Francia, en que el ayuntamiento de Nevers había instituido una empresa pública para prestar servicios públicos en sectores encargados a la iniciativa privada⁸⁰².

En concreto, los antecedentes se reportan a dictamen de la ley de 03 de agosto de 1926, y de los Decretos de 5 noviembre y 28 de diciembre de 1926, objeto de reclamación, en que decían que la creación de un servicio público en un sector encargado a la iniciativa privada, se sujeta a dos condiciones fundamentales: _ que sea de ‘especial satisfacción del interés público’, y atendiendo a las ‘circunstancias específicas de tiempo y lugar’.

Así esta última condición, era importante demostrar, fue el punto clave en que se sitúa el ‘índice de subsidiariedad’, porque se reconocía que esta ‘circunstancia específica de tiempo y lugar’ apunta donde está ‘la ausencia o escasez, cuantitativa o cualitativa de la iniciativa privada para satisfacer las necesidades de la población’.

De modo que la alegada justificación presentada por el juez administrativo⁸⁰³ en los fundamentos jurídicos se refiere a la ‘condición de carencia que ordena la

⁸⁰¹ Ibidem, p. 615.

⁸⁰² Veáse el site del Conseil d’État respecto a la sentencia ‘*Chambre Syndicale du commerce en détail de Nevers*’. Según los *Decretos 5 de noviembre y 28 de diciembre 1926*: “*Las empresas son de naturaleza comercial, por lo general reservada para la iniciativa privada y que los ayuntamientos no pueden erigir esas empresas en los servicios públicos municipales si, debido a circunstancias particular, tiempo y lugar, un interés público justifica su intervención en el asunto.*”). Cfr. el texto original de la decisión: 30 mai 1930 - Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers - Rec. Lebon p. 583. [en línea] <<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html>> [Consultado 22 jun de 2013].

⁸⁰³ Por decisión en ‘Cámara Sindical del comercio minorista de Nevers’, el Consejo de Estado señaló que las empresas con carácter comercial son generalmente reservados para las empresas privadas y las autoridades públicas no pueden intervenir en la economía si, debido a las circunstancias particulares de tiempo y lugar, un interés público justifica la intervención. Bajo la ley de 2 y 17 de marzo 1791 la proclamación de la libertad de comercio y la industria, el Consejo de Estado aceptó la intervención de las autoridades locales a favor de un comercio o negocio si, en razón del fracaso de la iniciativa privada, no había otra manera de satisfacer las necesidades de la población. Sin embargo, dos textos de 1926, el gobierno trató de promover intervenciones económicas de los Comunes. El decreto del 28 de diciembre

subsidiariedad', no obstante, no aceptando el Tribunal (adelante Consejo de Estado), en este caso específico, que el ayuntamiento de Nevers procediese con la intervención económica, puesto que al considerar que no habían circunstancias especiales que justificasen la creación en 1923 y, el mantenimiento en años posteriores, de un suministro municipal, fueron, por tanto, considerados nulos los procedimientos judiciales en los que el Ayuntamiento había organizado el servicio.

Sin embargo, añade el profesor de Estrasburgo, que tal interpretación del Consejo de Estado de ningún modo desvaloró el principio de subsidiariedad que fue, al contrario, se salvaguardando a través de la constante referencia al principio de la libertad del comercio y de la industria, aun cuando tal condición sería, posteriormente, ampliamente interpretada⁸⁰⁴, o compensada por la teoría de los poderes implícitos que fundarían la admisión de actividades anexas o accesorias a otra actividad principal.

1926 que autorizaba en particular los municipios "a explotar directamente los servicios de interés para los industriales y comerciales." Es en este contexto que el municipio de Nevers había establecido un servicio municipal de reabastecimiento en diversos productos con el objetivo de frenar el aumento en el costo de vida. Las deliberaciones que autorizan la intervención habían sido atacados por los comerciantes de la ciudad. La cuestión planteada por el caso era si el término usado por el texto, es decir, la expresión de "servicios de interés público" podía considerarse contraria a los principios de la legislación y la jurisprudencia anterior. Convencidos de que, cuando se trata de actividades comerciales o industriales, la legislación permite a las comunidades a eriger en los servicios públicos con los servicios que presentan, debido a las circunstancias particulares de tiempo y lugar (esto es en realidad el fracaso de la empresa privada), un interés público, el Consejo de Estado dictó en el caso, que no se cumplían estas condiciones. Al hacerlo, el Consejo de Estado confirmó su caso anterior y señaló que las actividades de carácter comercial o industrial son generalmente reservados para la iniciativa privada. Según esta jurisprudencia, el propósito es proteger la libertad de comercio y la industria, y la intervención económica del poder público está sujeto a dos condiciones: la necesidad de satisfacer la legitimidad y la falta de iniciativa privada. (...) 30 de mayo 1930 - Cámara Sindical de Comercio minorista de Nevers - Rec. Lebon p. 583. Cfr. el texto original de la decisión: 30 mai 1930 - Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers - Rec. Lebon p. 583 [en línea] < <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html> > [Consultado 22 jun de 2013].

⁸⁰⁴ Vide los comentarios de la decisión en la página del Conseil d'état et la Juridiction Administrative. Sección: Décisions, Avis & Publications, adelante: «Aunque el entorno económico y la legislación ha cambiado desde 1930, esta importante decisión ha mantenido amplia. Además del hecho de que el Código general del gobierno local regula en la ayuda sea más restrictiva que está disponible en los negocios locales, los artículos L. 1521-1 a L. 1525-3 del CGCL relativa a las empresas semi-locales establecen que los gobiernos locales pueden crear este tipo de empresas, en particular para explotar servicios públicos industriales y comerciales. En una decisión de 23 de diciembre de 1994 (Municipio de Clairvaux-d'Aveyron y otros, p. 582), el Consejo de Estado recordó la condición de falla de la iniciativa privada para la creación de una empresa pública mixta en el sector comercial e industrial es considerado como legal. La jurisprudencia del Consejo de Estado también vale para las intervenciones económicas del Estado. En ausencia de autorización legislativa, el gobierno no puede en principio erigir en servicios públicos una actividad comercial (Sect., el 29 de febrero de 1952, Cámara sindical de los minoristas en artículos de deporte y de camping de Francia, p. 143). Sin embargo, ciertos aspectos restrictivos de la jurisprudencia de la Cámara Sindical del comercio minorista de Nevers fueron compensados por la jurisprudencia posterior. Prohibición general de la intervención del poder público en ausencia de incumplimiento por la iniciativa privada no es obviamente cierto para los servicios que no son industriales y comerciales. Tal es el caso de la administración y servicios, cuya finalidad no es servicios comerciales a pesar

ii) el segundo supuesto, ampliamente aceptable por los publicistas, cómo el principal ‘remedio’ del procedimiento del contencioso-administrativo fue dictado por primera vez en el Consejo de Estado francés en 1950, se trata del ‘recurso por exceso de poder’ (adelante REP)⁸⁰⁵, durante mucho tiempo calificado también de ‘recurso subsidiario’ o ‘recurso paralelo’, y en un análisis más actual, es denominado de ‘recurso d’utilidad pública’⁸⁰⁶.

El ‘recurso por exceso de poder’ surge de un caso llevado al Consejo del Estado a través de una demanda conocida como ‘Ministre de l’Agriculture c/ Dame Lamotte’⁸⁰⁷ en 1950, en que se discutía los dictámenes de una ley francesa de 23 de mayo de 1943, cuyo fin manifiesto era eludir la resistencia de los jueces a la aplicación de otra ley de 1940 (que había dado a los alcaldes la facultad de conceder a terceros las explotaciones agrícolas abandonadas o incultas, desde hace más de dos años, para cultivos inmediatos). Así, la nueva ley de 1943 había previsto que ‘el otorgamiento de la concesión’ no podía ser objeto de ‘ningún recurso administrativo o judicial’.

de que su rendimiento se puede lograr en una forma comercial (Sección 18 diciembre de 1959, D ..., No. 22536, p. 692). Además, el Consejo de Estado amplió las necesidades legítimas que pueden justificar la intervención de la autoridad pública en beneficio incluyendo la recreación, diversión y entretenimiento (21 de enero 1944 ... L , N ° 59847 . p 26). También se reconoce que las autoridades públicas operan servicios industriales y comerciales que son una extensión de un servicio existente y entidades públicas a satisfacer sus propias necesidades por sus servicios». Cfr. el texto original del análisis [en línea] < <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html> > [Consultado en 22 jun 2013]

⁸⁰⁵ Cfr. el texto original del análisis ‘Principe selon lequel toute décision administrative peut faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir’. 17 février 1950 - Ministre de l’agriculture c/ Dame Lamotte - Rec. Lebon p. 110. [en línea] < <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html> > [Consultado en 22 jun 2013].

⁸⁰⁶ Vide CHAPUS, R. *Droit du contentieux administratif*. Apud VALÉRIE, Michel. *La subsidiarité*. *Op.cit.* p. 1518 [nota de pie 3].

⁸⁰⁷ Por dos veces las tierras de señora Lamotte en la provincia de León habían sido objeto de una orden gubernativa de concesión. El Consejo de Estado había anulado cada una de estas decisiones. Por una orden del 10 de agosto de 1944, el alcalde del municipio de Ain había concedido de nuevo las tierras en causa. Pero una ley del 23 de mayo de 1943, aprobada que fue claramente dirigida a eludir la resistencia de los jueces en la aplicación de la ley anterior de 1940 se había previsto que “el otorgamiento de la concesión no podría haber apelación administrativa o judicial”. Así, en 4 de octubre de 1946, el Consejo Interdepartamental del Ayuntamiento de Lyon expidió una orden que anuló la orden del alcalde, dando razón a la Sra lamotte. El Ministro de la Agricultura formó entonces un recurso de casación con el fin de anular la orden del Consejo de Ayuntamiento, que según argumentó el recurrente iba manifiestamente en contra de la ley de 1943 que prohibía el recurso administrativo en el marco de estas concesiones. Sobre la base de esta disposición, el juez administrativo debería haber declarado inadmisibles el cuarto recurso de la demandante Lamotte. Sin embargo, el Consejo de Estado dictó una sentencia sin precedentes reconociendo que habría un principio general según el cual toda decisión administrativa puede hacer objeto de un recurso, aún sin texto, lo que con este fallo se creó el llamado ‘recurso contra el exceso de poder’.

Por tanto, en ese recurso, la cuestión principal confrontada por el Consejo de Estado cabría responder si el ‘recurso por exceso de poder’ presentado delante del mismo lo era admisible a la vez que ningún texto lo preveía (?)⁸⁰⁸

El Consejo de Estado no accedió a esta solución de la ley, estimando según un fallo inédito para proteger los administrados contra la arbitrariedad del Estado, que reconoce un principio general del derecho según el cual *toda decisión administrativa, incluso sin texto, puede ser objeto de un recurso en contra el exceso de poder*, y por tanto la disposición de la ley del 23 de mayo de 1943, por no haberlo precisado expresamente, no había podido tener por resultado excluir este recurso. El mismo raciocinio prevaleció, después, tratándose del derecho al recurso de casación (CE, el 7 de febrero de 1947, de Aillières, p. 50).

En suma, el Consejo de Estado había a través de ese recurso de carácter subsidiario instituido un nuevo principio general de derecho de que cualquier decisión administrativa puede ser objeto de recurso por abuso de poder por parte de autoridad⁸⁰⁹. Por eso, en esta especie reside, el sentido de subsidiariedad cómo expresión de la idea de que por una vía secundaria o de suplencia (hecho de suplir o sustituir), los administrados podrían recurrir en contra a anular la orden que manifiestamente iba en contra de la ley de 1943 que prohibía el recurso administrativo en el marco de tales concesiones.

En consecuencia, de la aplicación de esta jurisprudencia, confirmada repetidas veces, el poder reglamentario no puede prohibir el recurso por exceso de poder contra las decisiones que toma relativo a sus ciudadanos, ni al derecho de acceder a la instancia superior en contra todas las decisiones administrativas arbitrarias y que les sean desfavorables.

⁸⁰⁸ Cfr. los comentarios de la sentencia en el site jurídico de la Société OBOULO.COM (la « Société ») en France. [en línea] <<http://www.dacodoc.fr/commentaire-arret-dame-lamotte-132544.html>> [Consultado en 23 jun 2013].

⁸⁰⁹ Véase la sentencia SSCE. Ministre de l’agriculture c/ Dame Lamotte. Fallo: Artículo 1 - La Orden de la prefectura de 4 de octubre la Junta de Lyon antes mencionado, 1946 es cancelada. Artículo 2 - El decreto del prefecto de la Ain de 10 de agosto 1944 se cancela. Artículo 3 - El envío de la presente decisión se envió al Ministro de Agricultura. Arrêt du 17 février 1950. Lebon p. 110. [en línea] < <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html>> [Consultado en 22 jun 2013].

Ahora bien, se podría precisar que, en principio, el legislador, si lo precise, podría prohibir el recurso por exceso de poder contra ciertas decisiones, pero el alcance de este principio, sin embargo, no está restringido al contencioso-administrativo francés, sí que se cultiva en nivel constitucional e internacional en materia de la protección de los derechos fundamentales, y sin duda mediante en el ‘recurso efectivo contra las decisiones administrativas’ se ha convertido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en un principio general del derecho comunitario (el 15 de mayo de 1986, Johnston, n°222 / 84, p. 1651)⁸¹⁰ y también inspirado el artículo 13 del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que prevé el derecho a un recurso efectivo.

Otros aspectos, respecto al contenido de la subsidiariedad que refiere la doctrina administrativa europea, serán comentados a continuación.

1.3. La subsidiariedad como ‘línea de conducta intermedia’.

Al contrario, de la discutible idea estándar, otra delimitación del elemento de subsidiariedad, es cómo una ‘línea de conducta intermedia’, posición más centrada entre autores de la doctrina de Bélgica. Sintetiza, Francis Delpérée⁸¹¹, que:

“la subsidiariedad es la ‘línea de conducta’ en que es sugerida o impuesta a una autoridad pública y que le hace ejercer las funciones o competencias que a elle fueron atribuidas como de ‘segundo orden’, es decir, después de se comprobar que la otra autoridad pública o persona privada no era capaz de realizar correctamente, por no estar en situación de cumplirlos adecuadamente, o por tener renunciado a hacerlo”.

En se considerando que la subsidiariedad en los aspectos administrativos sirve de ‘vía’ para materializar técnicas y medidas de la norma general del nivel que coordina la acción a los destinatarios, es posible, en nuestro entendimiento que sea referida cómo una

⁸¹⁰ Cfr. el mismo documento *ib idem*.

⁸¹¹ Cfr. el texto original en francés en DELPÉRÉE, F. *Avant-propos. AAVV. Le principe de subsidiarité. Op.cit.* p. 11. Este concepto fue también utilizado por los autores belgas NIHOUL, Pierre; LOMBAERT, Bruno. *Belgique. Op.cit.* p. 43

línea de conducta que indica o direcciona la solución adecuada a satisfacer el cumplimiento de los objetivos previstos por la norma general.

Además, que se puede considerar que, la Constitución establece los límites de la actuación subsidiaria del Derecho nacional entre los entes territorial y local, la acción subsidiaria, asimismo sigue una línea de conducta entre todos los actores relacionados con la gestión administrativa. En se tratado, por ej., de gestión de los recursos hídricos, hay una línea de conducta que orienta el régimen público de la gestión hídrica, de puede tornar más viable las acciones entre los participantes.

1.4. La noción de complementariedad cómo función administrativa subsidiaria.

Por último, en el derecho administrativo, también surge la idea de ‘complementariedad’ aplicable a la noción de subsidiariedad tomado este sentido en el aspecto de la ‘organización y las potestades administrativas’, porque toda la estructura administrativa es fruto de un compromiso de diferentes exigencias⁸¹², en que se agregan una pluralidad de derechos diversificados.

De un lado existen los intereses públicos de la administración estatal, y de otro los intereses de los particulares que también, éstos bajo determinadas reservas de la ley, son autorizados a actúen en determinadas áreas, lo que es cada vez más frecuente en las parecerías público-privado, en áreas sociales, de infra-estructuras económicas e incluso de seguridad.

Así, explica Pontier, que en el derecho público cualesquiera que sean por otro lado, la extensión y la intensidad, en particular, de las normas que lo rigen, siendo este problema, de otra parte y teóricamente dissociable del problema del juez llamado a aplicar estas normas, se tiene, además, las normas del régimen del derecho privado que aparecen tan complementarias, unas del otro régimen⁸¹³. En suma, la subsidiariedad es aplicable a

⁸¹² VALÉRIE, Michel. *La subsidiarité*. *Op.cit.* p. 1518.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 1518.

la dualidad del régimen jurídico, hecho que no prejuzga de ningún modo el punto de saber cuál es el derecho que es subsidiario con relación al otro. Por tanto, en la acción puesta en cuestión ante un tribunal se encuentra, igualmente, la idea de argumentos, de conclusiones y medios con caracteres subsidiarios.

Por último, a nivel teórico se tiene resaltado que, en cualquier estructura administrativa hay una complementariedad de ciertas estructuras sobre las demás. Este análisis se aplica a las estructuras en los niveles territoriales diferentes como dentro de la misma estructura administrativa: cuando incluye una pluralidad de órganos, algunos pueden ser llamados subsidiarios sobre otros.

1.5. ¿La subsidiariedad es una función de organización específica?

De una parte hay que considerar (¿) el que se plantea por una organización específica (?), pues si se trata de una estructura organizacional exclusiva, creada por la ley, en el seno de la administración pública⁸¹⁴ para el fin de distribución de las funciones técnicas de los servicios públicos entre las diversas estructuras de las instituciones públicas en un determinado modelo jurídico, entonces se puede decir que ni siempre la función de subsidiariedad se va poner de manifiesto como una organización específica.

En eso sentido, propiamente dicho, la subsidiariedad solo puede ser considerada una ‘función de organización específica’, cuando prevista en determinado sistema administrativo, lo que puede variar de un Estado a otro, según la relevancia y conformidad que se dé al momento (se puede considerar que en estados de régimen totalitario no habría una forma de subsidiariedad⁸¹⁵). Luego, es posible conformar la subsidiariedad en una *función de organización*, desde que el sistema jurídico así lo prevea.

⁸¹⁴ Ibidem, p. 1520.

⁸¹⁵ Se afirmó en este texto publicado en la prensa española que: «... fomentar el voluntariado no necesariamente expresa una visión de la subsidiariedad acorde con la libertad del hombre, pues sucede, salvando las enormes distancias, que países totalitarios como Corea del Norte instrumentalizan, como servicio al Estado y no a la sociedad, toda participación ciudadana.». Cfr. SATUÉ, Ángel; MEDINA Francisco. *La sociedad civil en los países nórdicos: ¿una subsidiariedad descafeinada?* Madrid: NMedio/: Paginasdigital. <enlínea>

<http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=3004&te=17&idage=5758&vap=0> [Consultado en mayo 2015].

Véase, por tanto, p.ej., que en el Estado unitario francés la ley elige el ‘principio de la especialidad’ como un criterio de la descentralización funcional⁸¹⁶ (distinto de la descentralización territorial) a través del cual se permite a las autoridades locales la toma de decisiones para el conjunto de habilidades que mejor podrá implementar en su estancia administrativa⁸¹⁷. De esta forma, en este caso en concreto, es posible concluir que el ‘principio de la especialidad’ se opone al de subsidiariedad. Asimismo, habrá que se exceptuar que en el Derecho Administrativo francés el principio de subsidiariedad no está de todo excluido del sistema legislativo, al considerar que las Directivas del Derecho Europeo han sido transpuestas fielmente.

De otro modo, es posible determinar que en los sistemas de los países federales la función de subsidiariedad puede sí conformar una función de organización específica, lo que remite a variados modelos de organización de las estructuras político-administrativa, según las autonomías que les confiere el sistema constitucional de cada país, las cuales pueden ser más descentralizadas en determinadas esferas que en otras. Véase, p.ej., que, en la federación del Brasil, se ha instituido una forma de subsidiariedad organizacional específica a los Estados-miembros, *ex vi* del art 25 § 3º de la Carta Federal⁸¹⁸, al disponer sobre la competencia para la organización político-administrativa interna relativa a los municipios y microrregiones que integran en materia *organización, planificación y ejecución de las funciones públicas de interés común*.

1.6. Subsidiariedad: ¿oposición a la descentralización o complemento?

Puntualizadas algunas de las características del elemento de subsidiariedad en la doctrina del Derecho Administrativo, queda por presentar la definición que sirve de orientación al mismo.

⁸¹⁶ Cfr. PONTIER, J-M. *La Subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* p. 1524.

⁸¹⁷ Cfr. TIFINI, Piere. *Droit administratif français – Première Partie – Chapitre 3, Chapitre 3: L’administration décentralisée*. En: *Revue générale du droit on line*, 2013, número 4294. URL: nov 2012 <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4294> [Consultada en 10 feb 2013].

⁸¹⁸ Véase art. 25 § 3º: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

Si bien ya señalada arriba la subsidiariedad cómo una ‘*línea de conducta*’⁸¹⁹, no obstante, otras posiciones se destacan en la teoría administrativa, a seguir comentadas.

En los manuales del derecho administrativo de la doctrina francesa de los años ochenta, no se encuentra una clara definición de subsidiariedad, no obstante, según destacado por Jean Rivero era posible conducir al entendimiento de subsidiariedad con el tema de las competencias locales, extrayéndose tal aportación del derecho extranjero, comparando con la idea de descentralización de las funciones de regulación y ordenación de las estructuras de los servicios públicos. Así, Jean Rivero había delimitado que *la subsidiariedad es el opuesto de la descentralización*⁸²⁰.

Según J. Rivero: “*En el caso de subsidiariedad, se ejercitan competencias en la base, con excepción de los que se incluyen en el nivel superior. En los demás casos, las competencias generales son en la parte superior, y es solo a quienes se les ha confiado al ‘menor nivel’ que asumirá*” tal tarea.⁸²¹

Ya en el derecho español el autor Sánchez Morón la define cómo un ‘complemento’ del principio constitucional de descentralización, desde que fue incorporado al Derecho comunitario europeo⁸²². Eso porque, a partir de algunas políticas de coordinación de la Unión Europea, la subsidiariedad se despliega en un principio, que sirve de orientación o de aproximación de los ordenamientos nacionales y de adopción en

⁸¹⁹ La definición de Francis Delpérée (apartado 6.2.)

⁸²⁰ Opinión esta referida por el constitucionalista francés Alain Delcamp confrontando el tema del derecho constitucional y administrativo. Vide RIVERO, J. *Colloque organisé à Aix-en-Provence. Annuaire européen d’administration publique. Tomo III, p. 282. Apud DELCAMP. Alain. Droit Constitutionnel et droit administratif. Op.cit. p.611 [nota de pie 8].*

⁸²¹ Cfr. con el texto original en francés de Jean Rivero *apud DELCAMP. Droit Constitutionnel et droit administratif. Op.cit. p.611.* Afirmaba J.Rivero: “Quiero decir que, en ciertos países, la descentralización, en sentido propio, se imparte del centro’ y es el poder central que va, en cierto modo, de ‘forma descendente’, atribuir un cierto número de competencias propias a las colectividades locales que lo consagró, o del mismo modo, para algunos de ellos, creado del cero. La solución inversa es la *solución ascendente*, en el cual se reconoce la competencia de principio a autoridades locales, con la excepción de competencias en textos formales atribuidos a órganos superiores. Me parece que es el caso de Austria, de Suiza, los Países Bajos; habría otros ejemplos. En todos estos casos, la plenitud de competencias es la base, en contraste con el caso contrario, dónde la plenitud de las competencias está en la parte superior. En el caso de subsidiariedad, se ejercitan las competencias en la base, con excepción de los que se incluyen en el nivel superior. En los demás casos, las competencias generales son en la parte superior y es solo a quienes se les ha confiado al “menor nivel” que asumirá. *Ibidem, p. 611.*

⁸²² SÁNCHEZ MORÓN. M. *Derecho administrativo. Op.cit. p.82.*

la toma de decisiones, relativo a la ejecución de políticas de la integración europea en que estas medidas se revelan en una especie de fórmula de administración indirecta descentralizada ante el ordenamiento propio de cada Estado-miembro.

À propósito, en la práctica, ni siempre esta ‘idea de complemento’ del principio de subsidiariedad suele ser la que debe prevalecer, porque el derecho administrativo nacional sufre las interferencias de la política de programas de alcance comunitario o incluso de ámbito global, en que, por ej., relacionado con el derecho europeo en determinados temas el principio de subsidiariedad tiene logrado gran relevancia, no solo cómo principio delimitador entre la acción comunitaria y de los Estados-miembros, pero cómo un principio director de transformación de la regulación y de organización territorial, introduciendo nuevos cambios del derecho interno y de adaptación de prácticas administrativas o de gestión.

Por eso, tomándose por ilustración la Directiva Marco del Agua (adelante DMA), se puede dimensionar, un ejemplo típico, que en el momento de transposición de la Directiva necesariamente los Estados-miembros deben aplicar los principios generales en conformidad con el principio de subsidiariedad, por eso este ya no subyace cómo un mero complemento, pero cómo un instrumento catalizador que parece más de oposición a la descentralización de los estados integrados, que propiamente un complemento de ese derecho interno.

Eso porque, la Directiva marco del agua 2000/60-CE, de 23 de octubre⁸²³, al establecer un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, en que tiene asentado en algunos considerandos sobre la responsabilidad de los Estados-miembros en lo que concierne a las acciones que son propias de cada uno, en hacer cumplir con la transposición aplicando las medidas, reglas de programas previstos, debiendo incluso adoptar un cambio de regulación del derecho interno, aunque en la medida de sus competencias constitucionales y territoriales, ello configura un modo de imponer a cada Estado-miembro cómo debe actuar, o sea, de conformidad con los

⁸²³ Consultado el texto pdf en Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 327/1-ES de 22.12.2000. [en línea] < <https://www.boe.es/doue/2000/327/L00001-00073.pdf> >

principios general y de subsidiariedad de la Directiva a ser transpuestos, con el fin de cumplir los objetivos allí consignados.

En ese aspecto, se refiere los considerandos 13, 18 y 26 conjuntamente de la DMA:

(13) «la planificación y ejecución de las medidas destinadas a garantizar la protección y el uso sostenible del agua en el marco de la cuenca hidrográfica. Las decisiones deben tomarse al nivel más próximo posible a los lugares donde el agua es usada o se halla degradada. *Ha de darse prioridad a las medidas que son responsabilidad de los Estados miembros*, elaborando programas de medidas que se ajusten a las condiciones regionales y locales.» [Destacamos en cursiva].

(18) La presente Directiva establecerá dicho marco y *garantizará la coordinación, la integración* y, a más largo plazo, *la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso sostenible del agua en la Comunidad de conformidad con el principio de subsidiariedad*. [Destacamos en cursiva]

(26) “Los Estados miembros deben tratar de lograr el objetivo mínimo del buen estado de las aguas mediante la definición y aplicación de las medidas necesarias dentro de los programas integrados de medidas, teniendo en cuenta los requisitos comunitarios existentes”.

En otro ángulo, la subsidiariedad será en el derecho administrativo un complejo de interpretaciones, pese no se encuentre solo un matiz entorno de la función de subsidiariedad en el Derecho Administrativo, ésta tiene un carácter dinámico y está directamente relacionada con la distribución vertical de competencia entre los diversos niveles estatales, considerándose esta repartición una auténtica *«séparation verticale des pouvoirs»*.⁸²⁴

⁸²⁴ DEROSIER, Jean-Philippe. *La dialectique centralisation/decentralisation_Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*. Estudio presentado en el «VI^{ème} Congrès de Droit constitutionnel. Atelier 6: Pouvoir local et Constitution Montpellier 9-11 juin 2005». Montpellier: 2005. Artículo publicado en la Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC). Vol.59. 2007 (1). Págs.107-140. <en línea> > http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2007_num_59_1_19504 [Consultado en 07 abril de 2013]

Por tanto, se concluye, que la función de subsidiariedad será variable según el grado de determinación de mayor centralización o descentralización del poder en el Estado.

Se resalta aún más, en la teoría publicista alemán, que desde Kelsen se afirmaba, que lo que diferencia el grado de mayor centralización del poder o de su repartición en el Estado serán las normas establecidas, a través del número y de importancia que estas presenten cómo normas centrales o locales⁸²⁵. Pero, hoy en día, lo tiene advertido la doctrina contemporánea, que la ‘descentralización’ será mejor efectivada si a los entes locales fueren conferidas más funciones importantes por medio de más normas, no obstante, eso mecanismo de llevar en cuenta «el número y la importancia de las normas editadas», no será por sí mismo suficiente para determinar la fuerza de la descentralización, pues a este requisito se sumarían dos otros: *el método de decisión* y las *garantías para reclamar* el ámbito de decisión y hacerla efectiva⁸²⁶.

En otro aspecto, relativo al Derecho Europeo_ que tiene toda una influencia en el derecho administrativo interno de los países integrados y una base propia de doctrina administrativista europea_, se señala que los problemas de las competencias aún que se presentan más complejos, cuando en el momento de transposiciones de las directivas al derecho interno, no raramente, ignoran la dinámica constitucional existente en los sistemas constitucionales de dichos miembros, y que, sin embargo, la implementación de la normativa europea sea obligatoria, por veces, dichas normas dejan margen a problemas de ‘conflictos de competencias constitucionales’. Eso porqué al efectuar la aplicación de la transposición, dependiendo del tema, los Estados lo hacen “invadiendo” el ámbito de competencia que pertenece a las entidades infra-estatales⁸²⁷

Por tanto, suele pasar que una Directiva puede repercutir dentro de un ámbito de competencia perteneciente a entidades sub-estatales (de nivel territorial o local),

⁸²⁵ Cfr. esta idea de Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, p. 355. Apud Derosier, Jean-Philippe. *La dialectique centralisation/decentralisation_Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*. Op.cit., P. 109.

⁸²⁶ Cfr, esta idea en autor Derosier, Jean-Philippe. *La dialectique centralisation/decentralisation_Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*. Ibidem, p. 109.

⁸²⁷ En ese sentido ver la tesis del prof. J-P Derosier. Ibidem, págs. 110-111.

hipótesis en que el sistema constitucional del Estado-miembro tendrá que se adaptar para hacer valer la aplicación de los imperativos generales de la norma comunitaria.

En suma, tiene ratificado la doctrina administrativa que la subsidiariedad tiene un carácter ‘dialectico’ porque se permite concluir que una significativa variación del grado de descentralización se opere de acuerdo con las normas constitucionales de un determinado sistema jurídico⁸²⁸, aunque con independencia de las circunstancias y problemas afrontados de conflictos de competencia antes referido.

2. El principio de subsidiariedad: nuevos matices en el Derecho Administrativo contemporáneo.

En primer lugar, volviéndose al análisis de qué el principio de subsidiariedad tiene una relación intrínseca con otros principios generales del derecho administrativo, y por tanto cumple con determinadas funciones, conviene aclarar algunos problemas en torno de explicar cómo se da la aplicación de este principio en el derecho administrativo y de su abordaje en contexto con los demás.

En esta orden de ideas, se supone dos dificultades a ser aclaradas⁸²⁹, *à priori*: a) la primera, se revela en comprender la noción misma de este principio, lo que ya fue analizado en el capítulo inicial de este estudio; b) la segunda, es relativa a la afirmación de pertenencia del elemento de subsidiariedad a la categoría de principios, hecho que también venimos analizando a lo largo de esta investigación.

Sin embargo, no se detendrá ahora revolver lo que fue reflejado sobre cada uno de estos aspectos, solo matizar, en síntesis, unos otros puntos sobre estas reflexiones basados en la teoría francesa del derecho administrativo contemporáneo.

⁸²⁸ Cfr. la opinión del autor Derosier en texto referido: « Le principe de subsidiarité, dans son sens normatif et dynamique qu’il faut répreciser, offre la possibilité de réguler cette dialectique, en permettant une variation du degré de décentralisation opérant selon les règles constitutionnelles. » Ibidem, p. 113.

⁸²⁹ À propósito este de supuestos fueron enmarcados por PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. P. 1521.

Sobre la primera asertiva, no obstante, el tema evoca largas discusiones porque ‘comprender los principios del derecho’ y delimitar el contenido, alcance y sentido de aplicación’, ni siempre fue algo inteligible fácilmente. A considerar que algunos principios son claramente reconocidos con cierta concordancia de opiniones; al revés, ha otros que se establecen formalmente como principios, para algunos, pero ni siempre tiene una primera aceptación. De todos modos, lo cierto es que el universo de los principios no cesa en evolucionar, a enriquecer y exigir nuevas formas de actuaciones.

En ese sentido, un rol de principios tiene énfasis y característica de ‘heterogeneidad’, porque son principios con diferentes campos, márgenes variables y valor jurídico muy disímil⁸³⁰; y, otros, al contrario, aparentan vaguedad, rodeado de obscuridad, lo que sucedió al principio de subsidiariedad cuando insertado en el Tratado de Maastricht.

Se añade otra una cuestión de relieve tratada por Jèze sobre los principios generales y su forma de interpretarlo:

«el *teórico* debe hacer la 'síntesis crítica' de los hechos»⁸³¹, y que le incumbe: «no solo mostrar, bajo la diversidad aparente de las soluciones, en detalle, los principios, que son, de hecho, las aplicaciones, pero buscar, todavía, cómo este o aquel principio, aplicado en un país determinado, en un momento dado, está de acuerdo con otros principios jurídicos y corresponde al sentimiento de justicia, relativa de la época y medio, a las necesidades sociales, económicas y políticas»⁸³².

Hecha tales ponderaciones, tratemos, en relación a la segunda dificultad antes subrayada, es decir, sobre la pertenencia de la subsidiariedad a la categoría de principios, que se despliega de postulado afirmado de que «los principios están en la frontera del

⁸³⁰ Entre los principios menciona J-M. PONTIER los principios generales del derecho: el principio de constitucionalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de compensación, el principio de especialidad; los principios del servicio público: el principio del equilibrio del contrato, el principio de responsabilidad, los principios de descentralización. los principios presupuestarios, el principio por el que una persona - pública no debe ser condenado a pagar una cantidad que no debe, el principio por el que el contrato es la ley de las partes, el principio de contradicción, etc. Ibidem, p. 1522.

⁸³¹ Cfr. G.Jèze. Ibidem, *Apud* PONTIER *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. p. 1522

⁸³² Ibidem, p. 1522.

derecho; rigen éste, y guía al juez que es el artesano tanto como lo interpreta. (...)»⁸³³, por tanto, sería la razón por la cual «los principios jurídicos no sean primero unas reglas jurídicas»⁸³⁴.

En otro matiz, basado en este supuesto, Pontier destacó que en el derecho francés, en general, la subsidiariedad no se presentaba como ‘principio’, pero, _en el sentido sostenido por Y. Gaudemet_, se explicaría que aquel elemento pasó a la condición de ‘principio de subsidiariedad’, que en otras palabras, la noción de subsidiariedad significa que es solo una ‘expresión jurídica más formalizada’⁸³⁵, que relacionado a otros principios jurídicos presenta ciertas particularidades, aunque no sea un principio fundamental del derecho. Así, basado en estos supuestos, el principio de subsidiariedad puede tener un alcance amplio en el derecho administrativo francés, puntualizándose algunas de estas funciones⁸³⁶:

i) El principio de subsidiariedad puede apuntar cuando dos posibilidades se presentan igualmente factibles;

ii) O, el principio de subsidiariedad puede servir de parámetro cuando dos reglas jurídicas son teóricamente aplicables, y no es de ninguna manera decir que el principio de subsidiariedad exprime una *alternativa*, porque el criterio puede que sea, teóricamente, entre dos soluciones, igualmente, factibles;

iii) al contrario de estos dos caracteres subrayados, otra situación en que interviene el principio de subsidiariedad, es solo cuando delante de una primera posibilidad, que es principal, ha sido agotada, y, no se puede aplicar. En este último ejemplo, se apunta el carácter subsidiario, en el sentido de *supletorio*⁸³⁷.

⁸³³ Cfr. GAUDAMET, Y. *Les méthodes du juge administratif*. LGDJ. 1972, P. 35. *Apud* PONTIER *La subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* P. 1522-1523.

⁸³⁴ PONTIER *La subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* P.1523.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 1523.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 1523.

⁸³⁷ El autor J-M. Pontier refiere en este caso, el sentido de ciertas reglas del derecho privado, particularmente del Código de procedimiento civil aplicadas en materia administrativa, aunque el Consejo de Estado parece transponer mucho, en lugar de referirse directamente a dichas reglas. *Ibidem*, pág. 1523.

En suma, teniendo en cuenta un conjunto de principios, en el seno del ordenamiento jurídico, en el cual ciertos principios ordenan otros principios, formando una 'serie' bajo las normas concretas del derecho, en el sistema constitucional francés el principio de subsidiariedad no se inserta en la categoría de 'fundamental'. Lo que no hace del mismo un dato despreciable, según resaltado por Pontier, porque se lo encuentra en todos los campos del derecho administrativo.

Asimismo, en esto supuesto se inserta el interrogante de la naturaleza jurídica de la subsidiariedad, y de ahí se justificar la dificultad en conocer la 'razón misma' de tal naturaleza, sea cómo principio o función, en la acción administrativa.

2.1. Características y particularidades del principio de subsidiariedad.

Algunas de las características y particularidades relativas al principio de subsidiariedad son enunciadas entre los teóricos franceses del derecho administrativo, consonante ya se resaltó en el apartado 1, observándose aún las siguientes:

i) En general, no es presentado como principio. Si este punto no es en sí mismo determinante, es significativo desde su origen porque en la ley francesa el principio de subsidiariedad no tenía un 'lugar original' hasta la reforma de la Constitución en 2008. Fue introducido después, por influencia del Tratado de Lisboa, Además, se distingue de otros principios, también porque el principio de subsidiariedad es, en su origen, tanto exterior al juez como al legislador, ya que ninguno de los dos son los creadores⁸³⁸.

ii) Dicho principio no se inserta en una cadena de principios, porque el principio de subsidiariedad, ni procede de otro principio, ni se impone a otros principios. Él se basta en cierto modo, lo que parcialmente se explica por su exterioridad respecto al derecho.

iii) En otro aspecto, se trata de una noción en "segundo-plano" por su carácter no inmediatamente perceptible, el principio de subsidiariedad presenta una especificidad

⁸³⁸ Ibidem, p. 1523.

en cuanto a sus *funciones*, que entre estas se citan: _ a) participar de la regulación del sistema jurídico, b) informar o comunicar un programa a ciertos destinatarios (*principio de información*), y c) servir de garantía contra el arbitraje en el procedimiento administrativo y procesal⁸³⁹. Las trataremos en otro momento.

Es cierto que no se puede concordar con todas estas particularidades señaladas arriba, pero estos interrogantes hechos sobre la naturaleza jurídica del mismo en el sistema jurídico francés son relevantes por evidenciar, en particular, una contribución al debate de: (¿) cuáles fundamentos justifican la subsidiariedad en forma de principio en la ciencia del derecho administrativo hodierno(?).

A nuestro juicio, una cuestión que permite la discrepancia de este punto de vista, fue logo expuesta, en el inicio de este tópico, que *à priori*, es bien comprendido que el principio de subsidiariedad registra particularidades variables según cada sistema jurídico, por tanto, *in casu, del* estado unitario que es tan diverso del sistema federal, las características del principio de subsidiariedad pueden cambiar sea para se ampliar o restringir su aplicación.

En suma, llevándose en cuenta la advertencia de G. Jèze, _antes subrayada por Pontier_, de qué si «*el teórico debe hacer la síntesis crítica de los hechos*», para comprender «*cómo éste o aquel principio, practicado en un país dado, en un momento dado, está de acuerdo con otros principios jurídicos y corresponde al sentimiento de justicia, en relación a la época y medio, a las necesidades sociales, económicas y políticas*», se puede deducir que los modos de interpretación de este principio son mutables conforme la realidad de cada sistema jurídico.

Ahora bien, es difícil no asimilarlo con una posición de enlace con otros principios constitucionales, o negar que el principio de subsidiariedad se sitúe directamente en ámbito de articulación con los otros principios del derecho público.

⁸³⁹ Cfr. PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. P. 1525.

Por ello, dos rápidas referencias serán aportadas a eso respecto: primer recordando la ‘teoría de la heterogeneidad’ de los principios, donde interesa poner de relieve el principio de subsidiariedad en ese contexto; y segundo, estableciendo la relación de este principio con los demás principios del Derecho Administrativo.

2.2. La teoría de la heterogeneidad de los principios y la relación con la subsidiariedad.

Normalmente, los principios generales del derecho presentan en última instancia *demandas sociales fundamentales, valores centrales que se introducen en el ordenamiento, superando la concepción del Derecho como simple agregado de normas que son producto de la decisión de los poderes constituidos*”, como bien lo afirmó el jurista español Sánchez Morón⁸⁴⁰.

Añade este autor, que será a través de las demandas sociales que se agregan los conceptos lógicos con gran imprecisión de contenido que forman, por tanto, los conceptos jurídicos indeterminados (tales como ‘seguridad jurídica’, igualdad, buena fe, etc.)⁸⁴¹.

Sin embargo, la subsidiariedad pasó por ese proceso de indeterminación, de modo singular, cuando introducido por el Tratado de la comunidad europea, de modo que, no tenía un enclave en la ‘teoría de heterogeneidad de principios’.

Primer, es necesario aclarar que el tema de la heterogeneidad de los principios generales del derecho estuvo en evidencia en la doctrina del derecho público en los dos siglos pasados, a través de varios estudios teóricos⁸⁴², y hoy en día, sigue de gran interés entre los teóricos del Derecho Administrativo⁸⁴³, lo que resultó en una sistemática elaboración de los ‘principios generales del derecho’ clasificados en especies o tipos, según algunos criterios variables, razón porque quedó evidenciada las características de

⁸⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Op.cit.* p. 123.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁴² Estudios de Gaston Jèse de la ‘Escuela del Servicio público’ francés; en Alemania, estudios de Hermann Heller, después, por Josef Esser y otros.

⁸⁴³ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 124.

‘heterogeneidad’ de algunos principios más que otros, lo que derivó en el análisis más profundizado de cómo se presentaban tales principios.

Se citan en este sentido, una de las clasificaciones más destacadas propuesta por Josef Esser⁸⁴⁴, el cual divide los principios generales del derecho⁸⁴⁵ en dos categorías: *principios ordinamentales* y *principios institucionales*⁸⁴⁶.

i) principios ordinamentales.

Son los principios que tiene aplicación en todas las ramas del ordenamiento jurídico, algunos con sentido de aplicación distintos, pero tienen un alcance amplio. Entre ellos se citan los principios de legalidad, seguridad jurídica, jerarquía normativa, principio de la tutela general de los derechos y libertades, de publicidad de las normas etc.).

ii) principios institucionales.

A la vez, estos ‘principios institucionales’ se relacionan con distintas instituciones del derecho⁸⁴⁷, y son relevantes en la labor interpretativa, pues según lo explica el maestro García Enterría, es a partir de ellos que las reglas alcanzan su sentido en concreto, precisando el ámbito de aplicación de cada una en ‘extensiva’, ‘restrictiva’ o en sentido ‘estricto’, donde se articulan todas estas entre sí⁸⁴⁸.

Los *principios institucionales* se sub-especializan en las siguientes modalidades:

a) *principios de la organización* (tal cómo, autonomía, descentralización, coordinación, jerarquía, y el propio ‘*principio de subsidiariedad*’ tiene su anclaje en esta subespecie, etc.)⁸⁴⁹;

⁸⁴⁴ Véase a propósito Sanches Morón. Ibidem, p. 124-ss.

⁸⁴⁵ Por principios generales del derecho tomado en la definición de García Enterría son: «los principios generales del derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad (...).» Se tratan de “principios técnicos”, «fruto de la experiencia de la vida jurídica y solo a través de ésta cognoscibles.». En: GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho Administrativo I. Op.cit.* P. 85.

⁸⁴⁶ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 124.

⁸⁴⁷ El concepto de ‘institución jurídica’ según el jurista español José Lois Estévez se dice que: “En principio, cada especie de relaciones humanas, tipificadas *sub nomine iuris* se conceptúa, por lo general; como una institución jurídica”. En: LOIS ESTÉVEZ, J. *El concepto de naturaleza jurídica. Op. Cit.* P. 170.

⁸⁴⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho Administrativo I. Op.cit.* P. 99.

⁸⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 124.

b) *principios procedimentales y procesales* (son estos los principios de contradicción, de congruencia, de conservación de actos, de la economía procesal, etc.);

c) *principios de actividad y relacionales* (son principios que relacionan las instituciones en la concreta realización de la voluntad de determinados actos, entre ellos se citan el principio de ejecutividad de los actos, *pacta sunt servanda*, responsabilidad etc.);

iii) principios rectores de la política social y económica.

Estos son considerados en la doctrina publicista como principios programáticos, significa que son ‘normas de finalidad’ o ‘normas de programación final’. Puede ser citados en esta categoría los principios: de la economía del mercado, de ‘quien cotamina paga’, de la participación en plusvalías decurrente de la acción urbanística, principio de protección a la confianza legítima, entre otros.

Estos principios tienen, así, cómo característica básica servir, tal cual los principios generales del derecho, en calidad de información de la legislación positiva, de la interpretación judicial y de las acciones de los poderes públicos. Sin embargo, se diferencian de los ‘principios generales’ porque los principios rectores de la política social y económica solo pueden ser invocados ante la Jurisdicción común cuando previstos en ley que los desarrollen⁸⁵⁰.

De hecho, sirven de interpretación de otras normas no importando que sean normas constitucionales, y de otro modo, sirven también de «valor legitimador de ciertas actuaciones públicas», pudiendo incluso ser limitativa relativas a determinado derechos de propiedad, p.ej., o servir de justificativa de desigualdades en el trato formal de determinadas relaciones sociales (p.ej., discriminación positiva en derecho de familia)⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 124.

⁸⁵¹ Véanse los comentarios de SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 124.

2.3. Relación del principio de subsidiariedad con otros principios del derecho público.

Cabe añadir aún, que la pluralidad de ordenamientos y de los distintos niveles de entes en el Estado, o bien se esté tratando de un estado federal o bien de un estado unitario o de un estado autonómico, o incluso del sistema organizativo de la Unión europea, lo cierto es que afloran en la teoría administrativa cuestiones controvertidas en torno de los problemas que afectan las estructuras del ordenamiento jurídico-administrativo ante las potestades *administrativa* y *normativa* que las ejercen de forma exclusiva o simultánea, tomadas éstas dos en sus debidas limitaciones.

Dichos problemas resultan, de una vez, de la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo en el espacio y en el tiempo, por un lado, y de la interpretación de las normas jurídicas, por el otro⁸⁵²; en este último, se halla la dificultad en sistematizar la coexistencia y articulación de determinados principios⁸⁵³ en el campo específico de aplicación de la función *administrativa* o *normativa* propios de la Administración Pública.

Por ello, no cabría, en particular, establecer una jerarquía de principios constitucionales, pues lo que existe es una «*relación de instrumentalidad entre valores superiores y principios constitucionales y demás principios generales del ordenamiento, en el sentido de que no es posible alcanzar aquellos valores, hacerlos realidad sin respetar los valores generales*»⁸⁵⁴. Son dichos valores esenciales del ordenamiento (libertad, justicia, igualdad, pluralismo jurídico).

Otro problema singular que circunda el ordenamiento jurídico-administrativo radica en la convivencia y articulación entre la Ley y el Reglamento⁸⁵⁵, problemática esta que se plantea entre los ‘principios de jerarquía’ y de ‘reserva de Ley’. Aún, desde otro

⁸⁵² Sobre estos problemas vide el desarrollo de este tema de fondo en GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho Administrativo I. Op.cit.* P. 92-100.

⁸⁵³ Vide los comentarios del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA en (A) La estructura jierarquizada del ordenamiento jurídico-administrativo. *Ibidem*, p. 73-74.

⁸⁵⁴ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo.... Op.cit.* .p. 125.

⁸⁵⁵ Recordando los preceptos de este tema decía Garcia Enterría que el derecho administrativo constituye un ordenamiento jurídico y, en concreto, este ordenamiento jurídico administrativo es la parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración Pública. Esta no está, a la vez,

punto de vista, el *reglamento* no tiene solo una forma, sino que se distingue en una variedad de normas reglamentarias, y, por tanto, esta pluralidad de normas reglamentarias se organiza internamente dentro de una estructura jerárquica propia.

Un rol de principios constitucionales se presenta de gran interés con el principio de subsidiariedad en ámbito del derecho administrativo, no obstante, solo hacemos referencia a algunos de ellos, los cuales se justifican en la órbita de la organización política y administrativa respecto a la institucionalización de un orden del poder relativo a otro, pues que la relación que se establece entre la subsidiariedad emana en gran parte, como lo dicho antes, en tres aspectos: *servir de información de la legislación positiva, de interpretación judicial y de las acciones de los poderes públicos*.

En consecuencia, tal principio está directamente conectado con los otros *principios institucionales*, clase en la que también se incluye cómo principio de organización (vid. la clasificación del apartado anterior), y está relacionado con las otras dos otras órdenes de principios: *los ordinamentales y los rectores de la política social y económica*.

Pasaremos a referir algunos de estos principios, tomados aquí en referencia las nociones compiladas de la doctrina española del derecho administrativo, genéricamente, sin seguir la opinión de un único autor⁸⁵⁶:

i) principio de jerarquía:

A través de este principio el Estado se auto organiza en esferas o niveles de la voluntad política, administrativa, legislativa y jurisdiccional; Sin embargo, la jerarquía se halla en dos aspectos esenciales el de la territorialidad (espacio) y de la función (actuación) propiamente dicha. Según el principio de jerarquía la Ley tiene valor superior al Reglamento, y éste se subordina a aquélla. En suma, el ordenamiento administrativo es formado de un conjunto de normas escritas, y como tal esta pluralidad se estructura dentro de una orden de normas jerarquizadas.

simplemente infraordenada a las normas jurídicas, sino que ella misma tiene potestad de crearlas, por tanto, la norma creada por la Administración Pública es el Reglamento.

⁸⁵⁶ Algunos de estos conceptos los extraimos de autores diversos de la doctrina española.

ii) principio de la competencia o principio general de separación de los ordenamientos.

Este principio deriva de la noción propia del concepto básico de ‘competencia’ considerado en la teoría de la organización político-administrativa, un concepto indeterminado, no raro porqué tiene varias acepciones.

Ahora, sin adentrar en la discusión de cual concepto es más adecuado, apenas para aclarar, se tomará dos ideas asentadas sobre la comprensión de competencia. La primera, deriva de la noción de competencia en el Derecho Administrativo en sentido de un ‘calificativo’, que es: *la «asignación de un determinado círculo o conjunto de intereses que las normas hacen a cada nivel de entes públicos primarios»*⁸⁵⁷, recogido de la doctrina administrativa española, según una circunstancia o calidad subjetiva, consiste en la *«titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias, servicios o fines públicos determinados»*⁸⁵⁸.

La otra idea que se recoge, más antigua, deriva de la doctrina alemana y se había desarrollado según el postulado de la Ley Fundamental pregonado por Kelsen, es decir, aquí entendida la competencia constitucional, que reside en la “competencia de las competencias”. Eso traduce, en otras palabras, la idea de que la *función primaria de la constitución es la de distribuir todas las competencias públicas*⁸⁵⁹.

Este principio de competencia comprende, por tanto, que la Constitución centraliza una posición básica en el Estado donde parten los sub-ordenamientos del ordenamiento constitucional. En se tratando de un Estado autonómico hay una doble separación de los ordenamientos que emanan de la estructura de la constitución, que será el *ordenamiento estatal* en paralelo al *ordenamiento autonómico*. En otro aspecto, también en el Estado Federal unitario⁸⁶⁰ hay un conjunto de sub-ordenamientos

⁸⁵⁷ Cfr. Santamaria Pastor. J.A. *Principios de Derecho Administrativo General*. T. I. Op. Cit. P. 446.

⁸⁵⁸ Ibidem, p. 446.

⁸⁵⁹ Véase el capítulo “Relacion entre pluralidad de ordenamientos”. P. 288 en GARCÍA ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R. *Curso de derecho administrativo I*. Op.cit. p. 288.

⁸⁶⁰ «El Estado federal unitario muestra que en el Estado social ya no se da una divergencia entre lo

independientes que corresponde a cada estado-miembro, los cuales están ordenados en un haz con respecto a la Constitución, y ésta ejerce la ‘primacía’ de todo el ordenamiento.

La síntesis de esta relación, resulta en dos postulados subrayado por la doctrina del derecho público, de que: a) la validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos esté condicionada a su constitucionalidad, por tanto, se dice que hay una jerarquía constitucional; b) de esta centralidad constitucional deriva que todos los ordenamientos mismo que autónomos deben ser interpretados ‘conforme la constitución’⁸⁶¹.

El principio de la separación de los ordenamientos guarda, por tanto, una relación con el principio de subsidiariedad en el sistema federal, con respecto al tema de las competencias concurrentes, al revés, desemejante de las relaciones estatales del sistema de la Unión Europea, lo que ocurre por fuerza de la integración que ordena del Tratado (TUE) ante los distintos ordenamientos de los estados miembros la Unión.

iii) principio de la reserva de la ley

A través de este principio la Constitución reserva a la Ley, con exclusividad, la regulación de determinadas materias. En el Estado autonómico también la constitución reserva a los entes autonómicos tal competencia legislativa sobre determinadas materias con exclusividad a los Estatutos. Por supuesto, la Administración pública es dotada de capacidad reglamentaria y ante el principio de la reserva de la ley, el Reglamento no debe inmiscuirse en la materia reservada a la ley, no obstante, hay hipótesis en que el Tribunal Constitucional de España, ha consolidado un entendimiento en que se puede flexibilizar en materia sancionadora, conforme quedó asentando en la sentencia STC 25/2004 de 26 de febrero de 2004, comentada más adelante.

estatal y lo social». Veáse HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario. Op.cit.* P. 36.

⁸⁶¹ Ibidem, p.

iv) principio de la autonomía local.

Refiere la doctrina que este principio es una garantía constitucional ⁸⁶² consagrada en la Constitución, resaltado también, cómo ‘garantía institucional’ en la interpretación de la jurisprudencia ⁸⁶³, que confiere a la Administración local una potestad reglamentaria donde los entes locales ⁸⁶⁴ son dotados con poderes y responsabilidades meramente administrativos, y los poderes normativos son simplemente reglamentarios, como ocurre en el sistema estatal autonómico.

Sin embargo, en el estado federal puede la autonomía local de los municipios se les conferir la ‘competencia legislativa’ para legislar entorno las materias del interés local, como ocurre, para ejemplificar, en el sistema constitucional brasileño ⁸⁶⁵. No obstante, esta competencia legislativa se ejerce, también, con una limitación salvaguardando las materias de la ley general; se dice, por tanto, que la función del ordenamiento local es *complementaria*, frente aquella de orden general.

Ante estos dos aspectos distintos de la *potestad administrativa y reglamentaria*, en un sistema; y la *potestad administrativa y legislativa* en otro, se subraya que el principio de la autonomía local guarda una relación con el *principio de subsidiariedad* en dos sentidos:

⁸⁶² Ibidem, p. 285-286.

⁸⁶³ En España se cita la STC 46/1992, de 2 de abril, Pleno: “la autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 C.E. Y es necesario recordar primeramente que, como este Tribunal ha manifestado (así, STC 170/1989, fundamento jurídico 9º), la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 C.E., 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 jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten esa garantía institucional”. Cfr. STC 46/1992, de 2 de abril, Pleno. BOE núm. 109, de 6 de mayo de 1992, págs 23 a 26. Sección: Suplemento del Tribunal Constitucional. Disponible en URL: <en línea> < http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1992-9767> [Consultado en 08 de enero de 2014]

⁸⁶⁴ Según destacado por Santamaria Pastor en el sistema español la Ley de Base del Régimen Local (Ley 7/1985, art. 3º), la tipología de las entidades locales se distribuyen en dos grupos, a saber: I) _ la clase de ‘*entidades locales territoriales*’ compuesta por el municipio, la provincia y la isla; II) _ y otra clase en que se incluyen: a) las entidades territorialmente inferiores al municipio como las comarcas, b) otras entidades que formen asociaciones de municipios (instituidas por las Comunidades autónomas en los *Estatutos* parroquia rural, ladeas, caseríos, concejos, pedanías etc, c) las áreas metropolitanas, y d) las mancomunidades de municipios, esta últimas son calificada de ‘*entidades de régimen especial o de carácter dispositivo*’. En SANTAMARIA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general (I)*. Op.cit. Kp.623-625.

⁸⁶⁵ Vide CF de 1988: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)”.

a) primer, en cuanto se trata de la gestión, la función de subsidiariedad es *ascendente*, porque los entes locales ejercen la potestad administrativa primaria o de base, y solo en situaciones que no las puede resolver, será llamada a intervenir la administración de ámbito general del Estado-miembro y la Unión (o Confederación), si fuera del Estado federal⁸⁶⁶; o la Comunidad Autónoma y el Gobierno central, si fuera del Estado autonómico⁸⁶⁷.

b) segundo, en el aspecto de la ‘competencia legislativa’ el principio de subsidiariedad ejerce una función *descendente*, cuando en un sistema federal, los entes locales solo pueden complementar y suplir las lagunas de la ley general, sin con todo modificarlas. Asimismo, en el estado federal alemán⁸⁶⁸ es en la competencia reglamentaria y no legislativa que se central el poder normativo de los entes locales.

⁸⁶⁶ Véase, para ilustrar, la Constitución Suiza: “Art. 52 Orden Constitucional. 1. La Confederación protegerá el Orden Constitucional de los cantones. 2. Intervendrá cuando el Orden será alterado o amenazado en un cantón y el cantón en cuestión no esté en situación de preservarlo, solo, o con la ayuda de otros cantones”. (Subrayamos).

⁸⁶⁷ Cfr. las formas de competencias, p.ej., disciplinadas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 7 y apartados y también el capítulo III, artículos 25, 26 y 27:

a) propias: _ solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. (art.7.2.). Estas pueden ser a.1) universal o general; y a.2.) complementaria;

b) atribuidas por delegación: _ cuando el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los Municipios el ejercicio de sus competencias Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación. (art.7.3 y art. 27)

c) distintas o impropia: el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. (art. 7.4.)

d) de iniciativa pública en materia económica;
Vide Ley 7/1985, de 2 de abril. Reguladora de las Bases del Régimen Local de España. BOE (139). Atualizada en 30.12.2013. Madrid. <en línea>: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>> [Consulta en 08-01-2014].

⁸⁶⁸ Véase “Art. 28. Apartado 2 de la Ley Fundamental: “Artículo 28. 1. *omissis*. 2. Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”. (Subrayamos y cursiva). En: Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Traducción: Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Texto actualizado hasta octubre de 2010. <en línea>: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>> [Consulta en 08-01-2014].

A eso respecto cabrá aún observar que, en el estado autonómico la interpretación del Tribunal Constitucional de España suele determinar que las grandes cuestiones personales y colectivas no compiten a los entes locales legislaren, vez que solo las Leyes del Estado o por disposición de los Estatutos de las Comunidades Autónomas (adelante ECCAA) se pueden regular⁸⁶⁹. Por tanto, los ordenamientos locales son ordenamientos de rasgos más restrictos, al contrario de los ECCAA que cuentan con un haz de funciones y poderes dotados de naturaleza política extensa en materia de gestión de las funciones y el poder legislativo de hacer leyes formales.

De todos modos, respecto a los entes locales que gozan de autonomía institucional para “gestión de sus respectivos intereses”, variando de un modelo político-organizativo a otro, sea por medio de una competencia *reglamentaria* administrativa o emanada de la *competencia legislativa* de un poder legislativo municipal genuino, este principio representa un punto decisivo en la cuestión del principio de subsidiariedad.

v) principio de cooperación

Es un principio que está en la base de otro_ el principio de solidaridad_, y también tiene sido considerado como una ‘técnica’⁸⁷⁰ para hacer emprender la políticas interestatales o intercomunitarias, dependiendo de qué sistema jurídico se esté refiriendo.

Primer, respecto al principio de solidaridad es un principio vertebral de la organización político-social y territorial del Estado, y se consubstancia en dos matices⁸⁷¹:

_ Cómo una directriz a los poderes públicos para hacer en lograr el equilibrio económico interterritorial, de un lado; y,

_ De otro, establece una forma de actuar que obliga a todos los involucrados; sufre algunas variaciones cuando se atañe a otro principio: a) se dice, que

⁸⁶⁹ Véase las STC 4/1981, SSTC 213/1988 y 259/1988, STC 148/1991, STC 46/1992 dentre otras.

⁸⁷⁰ Véase los estudios de SantaMaria Pastor, Juan. AF. *Principios de Derecho Administrativo General I. Op. Cit.*, Págs. 476-480.

⁸⁷¹ Cfr. esta posición en SantaMaria Pastor, Juan. AF. *Principios de Derecho Administrativo General I. Op. Cit.*, Págs. 137-139.

unilateralmente que es el ‘principio de lealtad o fidelidad’ (la solidaridad en el los Estados Autonómicos se despliega en el principio de lealtad autonómica; de otro, modo se fuera en un Estado Federal, se relaciona con el principio de ‘fidelidad federal’ o ‘pacto federativo’ (cómo suele referir en el sistema constitucional brasileño); *b*) se dice, que la solidaridad es *multilateral o bilateral*, en esto se relaciona al *principio de cooperación*.

Precisamente, el principio de cooperación se despliega en otras acciones que enmarcan el modelo de pluralismos de organización político-administrativa de los Estados (federal o estadual): en coordinación y colaboración. Estos son cómo un instrumentos o técnicas para equilibrar el grado de autonomía o de descentralización de los entes inferiores ante la tendencia de centralización del poder central en el Estado, de forma que la participación de los entes territorial y local en las decisiones políticas del Estado y en el interés de las cuestiones de cada entorno, a través de las técnicas de *coordinación, colaboración, participación* son más susceptibles de tener equilibradas tales posiciones en la ‘distribución de los poderes internamente’ y de ‘defensa o respeto a la autonomía’ en la orden constitucional.

Por ello, la cooperación es un principio de ordenación del territorio, incluso de gran evidencia en la gestión del agua, al lado de la subsidiariedad, por eso ora tiene el perfil de función administrativa o técnica de la interpretación, ora con mayor fuerza formalmente presentando en la especie de un principio del derecho.

Por último, se tiene referido que, en el Estado español, por ej., el principio de cooperación añadido de la función de colaboración, son interpretados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cómo un «*deber general de todas las administraciones públicas para con las demás, inherente al modelo mismo de Estado, y que no necesita justificarse en preceptos constitucionales o títulos competenciales concretos*»⁸⁷² (SSTC 18/82 y otras).

⁸⁷² Consultado a propósito en el referido autor. Ibidem, p.139.

2.4. Síntesis: casos en concreto de aplicación del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia española.

Desde lo antedicho, se permite concluir que, aún se esté tratando de una relación de conflicto de aplicación entre principios al nivel comunitario o del derecho interno, o entre colisión de principios de un mismo ordenamiento constitucional, o entre principio constitucional en confronto con el derecho territorial (ECCAA o ley local), el principio de subsidiariedad tiene sido objeto de valoración en la interpretación de los Tribunales bajo variados matices y contextos; O, en el caso que se esté refiriendo a jurisprudencia de un Tribunal Europeo, del Tribunal Constitucional español o de Supremo Tribunal Federal del Brasil, no faltan controversias de interpretación de los ordenamientos y de superposición de regulaciones.

Así, ilustramos a continuación confrontando algunas sentencias, relativas a hechos en concreto.

_ Sobre la interpretación del ‘principio de subsidiariedad’ en que deba ser interpretado y aplicado ante al ‘principio de la competencia’ en el sistema constitucional español, el Tribunal Constitucional de España afirmó, en varias oportunidades, y en particular en la STC 102 de 1995, que lo mismo no afecta en nada en el ordenamiento interno el valor del ‘principio de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas’, y asimismo, el principio de subsidiariedad no tiene el carácter de ‘norma básica’ y no interfiere en los preceptos del ordenamiento interno en este sentido de ‘normas básicas’, porque en la interpretación jurisprudencial “las vinculan según su propia fuerza normativa”, como lo tiene dicho la Sentencia 102/95, analizándose adelante sobre el principio de la competencia, *in verbis*:

STC 102, de 25 de junio de 1995:

«El principio cardinal consiste en "que la adhesión de España a la Comunidad Europea no altera en principio, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas". Así, pues, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 236/1991 y 79/1992). Por

consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien naturalmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno "puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario" (STC 141/1993) que asume la doctrina sentada por las antedichas.

Por otra parte, el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente "básicas". Aquellas disposiciones del Derecho comunitario vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas, pero por su propia fuerza normativa y no por la que le atribuya su traslación al Derecho interno como normas básicas.»⁸⁷³ [subrayamos]

_ Otro caso en concreto, fue objeto de recurso en procedimiento penal en que se presenta en el conflicto una demanda contra varias resoluciones judiciales, en que el recurrente alegó vulneración de los derechos fundamentales: uno relativo a denegación de la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y otro en relación con el derecho a la presunción de inocencia. Al revés, el Ministerio Público sostenía ante el Tribunal sobre los antecedentes entre otros argumentos dijo que el recurrente no agotó la vía judicial previa. El Tribunal Constitucional en los fundamentos de la sentencia se enfrentó a un conflicto entre la aplicación del 'principio de la tutela general' y el 'principio de subsidiariedad del recurso de amparo', entendiéndose que este último solo debe ser aplicado cuando agotado las vías previas de las instancias judiciales ordinarias en respecto al 'principio de la tutela general'. Se transcribe adelante la disposición de tal fundamento destacada en la Sentencia 85/1999.

STC 85, de 10 de mayo de 1999:

«Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo,» evitando que el acceso a esta jurisdicción

⁸⁷³ STC 102 de 1995, de 26 de junio de 1995. Disponible en URL del Tribunal Constitucional:<en línea> < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2956>> [Consultado en 10 ago 2013].

constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo" (STC 8/1993, fundamento jurídico 2º), pues son ellos quienes tienen encomendada en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades (STC 61/1983, fundamento jurídico 2º). Por consiguiente, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se malogra cuando no se hace uso de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental. Es en uno y otro caso cuando se infringe el principio de subsidiariedad»⁸⁷⁴. [subrayamos]

_ Otra controversia o supuesto que fue objeto de apreciación en la interpretación del ‘principio de la reserva de la ley’ por el Tribunal Constitucional, seguidamente, trata del artículo 25.1 de la CE⁸⁷⁵. Esta materia pone de manifiesto la relación entre la norma penal y el ordenamiento sancionador administrativo, y en este confronto reside la cuestión de ser dimensionado el principio de subsidiariedad. Así, el Tribunal al considerar que el artículo 25.1 CE contiene el ‘principio de reserva de la ley’ (en la expresión «según la ley vigente»), afirmo asimismo que, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3). De ahí, concluye que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2). Véase, por todas adelante el texto de la sentencia 218/2005 que refiere esta conclusión:

STC 218, de 12 de septiembre de 2005⁸⁷⁶:

⁸⁷⁴ Cfr. STC 85/1999, de 10 de mayo de 1999. Disponible en URL del Tribunal Constitucional. <en línea> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1999/85#complete_resolucion&completa> [Consultado en 10 agosto 2013]

⁸⁷⁵ Vide Constitución española: «Artículo 25. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». [subrayamos]. Cfr. Constitución Española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. Disponible en URL. <en línea> <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229> [Consultado en 10 de agosto de 2013]

⁸⁷⁶ Cfr. STC 218, de 12 de septiembre de 2005. Disponible en URL del Tribunal Constitucional. <en línea> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5478#complete_resolucion&completa> [Consultado en 10 ago 2013]

« [...] 4. De acuerdo con la consolidada doctrina de este Tribunal, recogida en las recientes SSTC 50/2003, de 17 de marzo (FJ 4), 52/2003, de 17 de marzo (FJ 7), y 161/2003, de 15 de septiembre (FJ 2), el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al Ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3). A este respecto es preciso reiterar que en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas como por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). En todo caso, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3). De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2), lo que significa que la reserva de Ley no excluye en este ámbito la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, de forma que, a partir de la Constitución, no es posible tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley (por todas, STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3).

En este punto, al tratarse de la imposición de una sanción en virtud de una ordenanza municipal, es necesario traer a colación la doctrina sentada en la STC 132/2001, de 8 de junio. En el fundamento jurídico 6 de dicha Sentencia reconocimos una cierta flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de ley del art. 25.1 CE en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo, señalando que la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Sin embargo, también se dijo que tal flexibilidad no sirve para excluir de forma tajante la exigencia de ley, "porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios -conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL- no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador". [subrayamos]

_ Una cuestión puesta en evidencia respecto al principio de la autonomía local, se cita de modo singular el modelo español, en que el Tribunal Constitucional interpretó sobre el respecto de la autonomía declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 26.3 de la Ley de Madrid 4/1984, de 10 febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, en que se transcribe una parte del fundamento asentado en la sentencia STC 46/1992 versando sobre control de constitucionalidad, a seguir:

STC 46/1992⁸⁷⁷:

“(...) el legislador estatal, mediante la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local ha desarrollado, respecto de la Administración Local, el art. 149.1.18 de la Constitución, regulando las bases del régimen de dicha Administración. Y entre esas bases se encuentran las previsiones de los artículos 65 y 66 de la Ley, que regulan la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas

⁸⁷⁷ Cfr. STC 46/1992 de 2 de abril. Pleno. BOE núm. 109, de 6 de mayo de 1992, págs 23 a 26. Sección: Suplemento del Tribunal Constitucional. Disponible en URL: <en línea> <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1992-9767> [Consultado en 10 agosto de 2013].

en el ámbito de sus respectivas competencias, y establecen que la suspensión de acuerdos de las entidades locales es solo potestad de los Tribunales (con la excepción, en favor del Delegado del Gobierno, recogida en el art. 67 de la Ley). Estas son las normas que deben servir como punto de referencia para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid, al ser las normas vigentes en el momento de plantearse la cuestión: y como ya hizo este Tribunal en las Sentencias citadas, respecto de normas de la Comunidad Autónoma de Cataluña que permitían la suspensión, por parte de las autoridades autonómicas, de acuerdos de las corporaciones locales referentes a aprobación de programas de urbanización y otras actuaciones urbanísticas, procede en el presente caso estimar igualmente que el artículo cuestionado de la Ley de la Comunidad de Madrid, se opone a lo dispuesto en los arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local y vulnera, por tanto, la autonomía municipal establecida por la normativa básica del Estado. En efecto, el precepto cuestionado, contradiciendo lo previsto en esos artículos, permite una suspensión, por parte de las autoridades de la Comunidad Autónoma de Madrid, de acuerdos que la Ley de Bases encomienda específicamente a los Municipios, como son los referentes a ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (25.2 d) L.B.R.L.) y más precisamente, la autorización para la edificación y otros usos del suelo, que, por otra parte, constituye una competencia característica de los Municipios como muestra tanto el citado art. 25.2 d) L.B.R.L., como los arts. 179 y 214 de la Ley del Suelo [...] No nos corresponde, por tanto, y a la luz de lo indicado, pronunciarnos sobre si la suspensión administrativa que establece el precepto cuestionado protege los intereses públicos a los que sirve la ordenación urbanística con un grado mayor de efectividad que el régimen establecido por la L.B.R.L.; por lo que, habiendo determinado el legislador estatal que resulta básico que el control de la legalidad de los actos municipales que causan estado, por suponer el ejercicio de competencias propias en régimen de exclusividad, esté confiado exclusivamente a los Tribunales de Justicia, incluyendo las medidas cautelares de suspensión, ninguna razón impide alcanzar la misma conclusión que declaramos en nuestras SSTC 213/1988 y 148/1991. Fallo. [...], Ha decidido Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 26.3 de la Ley de Madrid 4/1984, de 10 febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística.”

2.5. Otras perspectivas de la subsidiariedad: entre función y principio.

Ante lo expuesto, una última nota se hace necesaria relativo a subsidiariedad en el contexto del derecho administrativo, aclarándose primero que el tema converge para dos facetas distintas dentro del Estado-administración, lo que anteriormente ya nos

referimos en este estudio cuando tratamos en el Capítulo II del concepto jurídico de subsidiariedad, no obstante,

Existe, por tanto, una dualidad entre *función y principio de subsidiariedad* (Cap. II, Sección III), siendo oportuno ahora detallar, un poco más sobre estos dos matices que se consideran relevantes en el campo del derecho administrativo, llevando en cuenta los matices que fueron abordados en esta sección IV centrada en el pensamiento más contemporáneo de la doctrina administrativista.

i) una de estas identidades de la subsidiariedad en la rama del derecho administrativo es la relación cómo *función o técnica administrativa*, en que se pone de manifiesto la primera definición de subsidiariedad cómo una ‘línea de conducta’, comprendida aquí la perspectiva funcional y procedimental⁸⁷⁸.

Esta categoría o calidad de la subsidiariedad cómo ‘función’, ‘línea de conducta’, ‘técnica’ o ‘instrumental’ de la actividad administrativa guarda una relación específica con otras diferentes especies de técnicas funcionales encadenadas por la teoría del derecho administrativo, pero que ni siempre son destacadas por los teóricos que se dedican al tema, por cuanto no aparece explícita la vinculación con la función de subsidiariedad en este tema.

Entre las técnicas de unidad y coherencia en la acción administrativa, referidas, por ejemplo, por Santamaría Pastor⁸⁷⁹, se señalan: a) el deber general de información, b) el deber de asistencia, c) la participación en procedimientos conjuntos, d) la planificación conjunta y e) la cooperación.

⁸⁷⁸ Vide nuestros comentarios en el ítem que trata de las «Categorías Jurídicas en el Cap. II».

⁸⁷⁹ Estas técnicas encuentranse descritas en la doctrina española por Santamaría Pastor que no obstante, no las relaciona con el principio de subsidiariedad. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General*. T. I. *Op. Cit.* P. 482-485.

Tema este muy aproximado en materia de subsidiariedad⁸⁸⁰, ya que algunas de estas técnicas guardan pertenencia con la función de subsidiariedad, pero tampoco, fue aquella allí mencionada por el maestro.

ii) la otra relación de identidad de la subsidiariedad es con la *función normativa* donde se centra objetivamente la esencia del ‘principio de subsidiariedad’ puesta en alineamiento con otros principios de ‘ordenación’ de un dado sistema jurídico con vistas a hallar una armonización en la aplicación de las normas.

A considerar que es inviable hablarse de uniformidad dentro de un determinado conjunto de normas, y en este punto entenderse también, que no se puede aislar un principio en detrimento o en superposición a los demás, por eso el principio de subsidiariedad no se puede considerar, excepto si encadenado con otros principios, donde en una determinada situación o hecho jurídico, en concreto, se halle conectado dentro de un mismo sistema.

En otras palabras, fuera de los hechos en concreto, cada principio tiene una identidad y virtualidad propia dentro del sistema jurídico, que es solo aparente mientras no se efectiva su aplicabilidad. Por ello, una relación entre principios, en nuestro modo de comprender, envuelve siempre un haz de normas en un dado sistema jurídico.

En ese sentido, se atañe la reflexión de la doctrina española, en que puntualiza Santamaría Pastor, sobre el sistema normativo de este que es, en efecto, «un *complejo de elementos interactivos que forman una totalidad articulada, dinámica, autorregulada, abierta y plural.* »⁸⁸¹

Por último, en la perspectiva constitucional-administrativa si la subsidiariedad pierde la característica de ‘poder subsidiario opuesto a la libertad’ (un supuesto del pensamiento liberal), para ser alzado por un nuevo rasgo de ‘principio de un

⁸⁸⁰ Cfr. la subsidiarité: principe implicite informant le droit administratif. En VALÉRIE, Michael. *La subsidiarité. Op. Cit.* P.614-616.

⁸⁸¹ Ibidem, p. 172.

poder subsidiario a otro'⁸⁸², eso poder explicar que el principio de subsidiariedad se convirtió en una norma constitucional implícita y en norma de orden en el ejercicio de los poderes y de las competencias (concurrentes). De eso, derivó que el principio de subsidiariedad poco a poco se fue insertando en las estructuras de las instituciones públicas e privadas del Estado, afirmado implícitamente como principio constitucional, y remitido simultáneamente a 'regla de organización del poder y de distribución de competencias' en la Ley Fundamental (del Estado Federal).⁸⁸³

Sin embargo, después, del pasaje de 'la constitucionalización del poder' en un modelo jurídico del Estado Federal de distribución de competencia entre entes políticos, en que se transfiere a una organización centralizadora (Unión), principios rígidos de reparto de competencia con prevalencia de 'exclusivas' y 'privativas' de la Unión, en relación a los diversos entes inferiores (Länder, Estados-miembros), _incluso caracterizado por un 'federalismo cooperativo' en que los recursos financieros está bajo la hegemonía de la Unión en la distribución a los entes federativos _, ahora, paulatinamente, se traspone el principio de subsidiariedad a un sesgo distinto de Federalismo: un modelo basado en la 'cooperación e integración'.

La tendencia en los Estados Federales o en otras formas de organización político-administrativa (Unión Europea, p.ej.) regidos por principios de cooperación e integración, en que este último principio pone de relieve la mayor participación de los entes locales. En caso de los Estados federados se puede referir los Estados-miembros, municipios y distrito federal (o *Landes, kreis* y *gemeindes*), en que las decisiones políticas de problemas o cuestiones relacionados con los intereses regionales y locales que les afectan la sostenibilidad económica y medio ambiental, se dimensiona la aplicación del 'principio de subsidiariedad', cómo la tendencia de dejar que las decisiones se den a cargo de los entes inferiores para desarrollaren la gestión, y que más se adecue a la realidad de cada entorno (cómo suele ser el incremento de los servicios públicos en planificaciones de temas de interés público, _ tal cual el tema de gestión de los recursos hídricos_, o

⁸⁸² Cfr. GAUDAMET, Y. *Libres propos sur la subsidiarité.... Op.cit.* p. 318.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 318.

agrupamientos de los costes en las distintas actividades públicas, etc.). Todo va a interferir en la aproximación de las políticas económicas y social en el interés común.

Por supuesto, las reflexiones sobre el principio de subsidiariedad o función en el derecho administrativo no se agotan aquí. A continuación, se harán algunas puntualizaciones sobre la relación del principio de subsidiariedad en el contexto del Derecho Europeo en la Sección V, pero antes pasemos a unas conclusiones previas de algunos puntos que ahora consideramos más relevante puntualizar.

3. Conclusiones previas.

De todo modo, consideramos que la subsidiariedad tiene una característica *pluridimensional* en el Derecho Administrativo, puesto que sea como principio o función, la relación sistémica con el principio de Cooperación el cual, sin duda, tiene cambiado profundamente la realidad político-jurídica del Estado, pone de relieve la flexibilización entre los poderes del Estado y de la sociedad⁸⁸⁴, en que la participación ciudadana tiene un papel prominente como un modo de completar las acciones de este y cooperar para el propio desarrollo del entorno.

No obstante, hay quien defiende que la subsidiariedad no será un principio fundamental de la Administración pública, llevándose en cuenta el argumento de que la relación que el mismo mantiene con los demás principios encadenados, “ni procede de otro principio y ni controla otros principios”⁸⁸⁵, sería entonces un principio *sui generis*, de suficiencia que se auto determina exteriormente a la ley.

Ahora bien, el que parece relevante dimensionar son los retos de la función de subsidiariedad en el marco del Derecho Administrativo, debido su importante aportación, sea como un principio o una incardinación de una función administrativa más esencial, de modo que, se permita profundizar y sacar algunas consideraciones respecto,

⁸⁸⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN. E. Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. *Op.cit.*

⁸⁸⁵ Vide PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* Pág. 1517.

incluso sobre la aplicación práctica en las políticas sectoriales o de gestión de los recursos naturales, en especial en tema de la gestión hídrica.

En ese paso, se puede concluir que variados estudios del Derecho Administrativo profundizaron el tema de la *subsidiariedad* en los sistemas jurídicos internos de los Estados-miembros del ámbito europeo, configurando una relevante herramienta de distribución de las competencias administrativas del Estado nacional hacia las estructuras de organización territorial local. Y posteriormente, también en ámbito de la construcción de un Derecho Administrativo Europeo hubo delimitado el tema de subsidiariedad a partir de los conceptos jurídicos más aclarados según la idea de territorialidad y de funcionalidad de las administraciones, consonante ya mencionado en este trabajo⁸⁸⁶, y que ahora se hace resaltar que:

Por medio de la subsidiariedad se encomienda a cada nivel de autoridad el ejercicio de unas atribuciones propias, prescindiendo de recurrir a una autoridad de mayor grado de envergadura, excepto si la intervención del ente superior, sea necesaria por supuesto de carencia o deficiencias del ente local subordinado⁸⁸⁷. Eso refiere al concepto *territorial*.

En el sentido *funcional* se dice que el principio de subsidiariedad se aplica a las relaciones entre las autoridades públicas y las personas privadas. En uno de esos aspectos plantea cuáles son los límites del control del Estado, mientras ejerciendo una actuación de subsidiariedad ante la actividad económica esencialmente privada, y cuáles son los interrogantes a mensurar en materia de derecho administrativo económico. En otras palabras, se distingue la *función* del Estado como órgano regulador de la economía, donde es muy discutido en modelo económico del mercado libre.

La subsidiariedad fue notablemente discutida en ámbito del Derecho Europeo, y de esa rama surge otra nueva concepción, en el Derecho Administrativo desarrollando una actualización de este principio según la influencia del Derecho Administrativo Europeo, bajo una doble conjugación de enfoques:

⁸⁸⁶ Vide PONTIER, Jean-Marie. *La subsidiarité en droit administratif*. Op.cit. Pág. 30.

⁸⁸⁷ Vide. D'ONORIO, Jöel-Benoit. *La subsidiarité analyse d'un concept*. Op. cit. p.13.

El primer se refiere a un *principio de información implícito* a los instrumentos de actuación del Derecho Administrativo interno de cada Estado fijando a este nuevo planteamiento; así que la *subsidiariedad*, aunque que sea una cuestión ubicada al tema del federalismo, dejará un poco de lado la prioridad del derecho constitucional y señalará una grande contribución del Derecho Administrativo Europeo.

La segunda concepción está relacionada con la *interpretación de la jurisprudencia*, también centrada en la materia administrativa, en el sentido de que existen muchos instrumentos del Derecho Administrativo los cuáles necesitan de una respuesta del derecho positivo, y a través de la *subsidiariedad* fue adecuada como principio de interpretación.

Determinados autores acentúan que de cierta forma esta segunda posición coincide con la concepción del *principio de subsidiariedad* desde su origen, lo que significa que, siendo un principio de la filosofía política, destacase por ser un principio que determina una concepción de poder y su relación con los ciudadanos.

Por lo tanto, la subsidiariedad resurge de vital relevancia en el objeto de este estudio. Es cierto que aparece matizado por el derecho constitucional, y de tal forma, lo haría hincapié a otra perspectiva en los sistemas políticos de países federativos, cómo en el caso de Brasil, pero cómo ya fue referido este aspecto del principio constitucional, no volvemos a ello, seguimos con el enfoque administrativo.

En suma, un punto relevante que se reporta al *principio de la subsidiariedad* en derecho administrativo es concerniente a *la acción pública* que es propia de la legitimidad del Estado, y que se puede analizar en diversos planes jurídicos, fue lo que se intentó hacerlo, además de comparar la relación que se establece entre función y principio de que una no es excluyente de la otra, dependiendo del enfoque que se esté aplicando.

Sección V

Derecho Europeo y el principio de subsidiariedad.

El principio de la subsidiariedad en el ámbito del Derecho Europeo, como lo fue reafirmado con anterioridad en este estudio, es de difícil aplicación dado su indeterminación, en la opinión de muchos autores⁸⁸⁸. Aunque el matiz jurídico, en concreto, trata de determinar los *límites de la acción comunitaria* en el marco de las competencias concurrentes⁸⁸⁹, sea porque aparece como una fórmula que permite a los organismos europeos de regular el ejercicio de las competencias que les son reconocidas⁸⁹⁰, sea porque es considerado el *principio de organización estatal* o de *organización política*, antes proveniente de las estructuras del Estado Federal alemán⁸⁹¹, _ y que, sin embargo, es muy distinto de este modelo_, lo cierto es que la subsidiariedad convirtiese en un poderoso instrumento del Tratado de la Unión Europea hacia la integración de los estados-miembros europeos.

Así, se puede decir que, en el Derecho Europeo este “principio organizacional” propiamente, no vislumbra el mismo concepto de la tradición cristiana, propuesto en la *Encíclica Cuadragésimo Año*⁸⁹² que se refiere a un sentido del *principio general de la solidaridad*, _ en que tal objetivo no esté previsto en el Tratado de la Unión Europea_, pero sí que la función de *subsidiariedad* tiene aplicación dentro del orden jurídica descentralizada, creada por el regionalismo europeo, de modo a permitir la

⁸⁸⁸ Cfr. SCHWARZE, Jürgen. *Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand*. En: *Revue du Marché Commun*. 370. Paris: Éditions techniques et économique. 1993. P. 615-19. QUADROS, Fausto. O principio de subsidiariedad no direito comunitário após o Tratado da União Europeia. *Op.cit.*p.

⁸⁸⁹ Cfr. HIRSCH, GUNTHER. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. *Op. cit.* p. 54-56

⁸⁹⁰

⁸⁹¹ SCHWERER, François. *La Subsidiarité dans l'organisation européenne ou le détournement d'une valeur chrétienne*. En : AAVV. ACTES DU XII COLLOQUE NATIONAL DE LA CONFÉDÉRATION DES JURISTES CATHOLIQUES DE FRANCE. *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*. Paris: TÉQUI. 1993.. p. 121

⁸⁹² Sobre esta opinión véase SCHWERER, François. *La Subsidiarité dans l'organisation européenne ou le détournement d'une valeur chrétienne*. *Op. Cit.* p. 120-1.

resolución de los conflictos de competencia con el objetivo de implementar la integración europea⁸⁹³.

En este aspecto, se pone aún de relieve que hay quien defienda la tesis de que la subsidiariedad no se trata propiamente de un principio comunitario de repartición de competencias, sino que reparto de *atribuciones*, de una vez que no existe un Estado europeo jurídicamente constituido, discrepando así, de la tesis de la “competencia general” o “competencia de las competencias”⁸⁹⁴. De ahí, que la subsidiariedad tiene este matiz de regulación del ejercicio de las atribuciones relativo a los objetivos previstos en el Tratado de la Unión Europea.

A rigor, si no se constituye en el reparto de ‘competencias’ entre la Unión y los Estados nacionales, tal cual equivalente a la realidad de los Estados Federales, pero, al menos se puede considerar que el principio de subsidiariedad atrae para sí dos elementos comunes, que se está tratando en la arquitectura del principio de subsidiariedad de Estados federados: _ el elemento *negativo*, relativo a insuficiencia de la instancia local (Estados nacionales), en concreto, la acción o ejercicio de la función administrativa; y, el elemento *positivo*, relativo a capacidad de la Unión (comunidad europea) en proseguir con los objetivos previstos en el Tratado.

Sin embargo, años después con la revisión del Tratado en la cumbre de Lisboa, en que fueron modificadas las disposiciones del Tratado de Maastricht el nuevo texto del dispositivo 3 B sigue señalando la relación competencial entre la Unión y los Estados miembros, por medio del principio de atribuciones⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Véase HIRSCH, GUNTHER. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. *Op. cit.* p. 54-56.

⁸⁹⁴ Cfr. QUADROS, Fausto. *O principio de subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*. *Op.cit.* p.40-43.

⁸⁹⁵ Véase el texto actualizado del dispositivo: «Artículo 3 ter 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.» [...] <en línea> <http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf> [Consultado en 10 de agosto de 2011]

Ahora bien, seguimos a tratar de los antecedentes teóricos del derecho europeo que centralizaron importantes cuestiones entorno de la subsidiariedad.

1. Breves consideraciones sobre la arquitectura del principio en ámbito europeo.

Una importante definición de subsidiariedad fue introducida a partir del Derecho Europeo, en los años noventa, cómo está indicado en los artículos A y B del Tratado de la Unión Europea. Eso se explica delante del fenómeno de adhesión de varios países europeos a la Unión Europea, coexistiendo desde allí los objetivos del Tratado de las Comunidades Europea con los particularismos de cada sistema normativo de los Estados miembros integrados en comunidad.

Por ello, la Unión Europea descansa en el ‘principio de subsidiariedad’⁸⁹⁶, el cual según afirmado en las *Conclusiones de la présidence del Consejo Europeo*⁸⁹⁷ tiene la noción de contribuir al respecto de la identidad nacional de los estados integrados, en preservar las competencias respectivas, cuyas decisiones deben ser tomadas en los niveles más próximos de los ciudadanos.

Como ya dicho anteriormente, el principio está estrechamente relacionado a la noción *reparto de competencias o reparto de atribuciones*, cómo prefieren algunos autores, en ámbito de los Estados miembros ante las acciones de la Unión Europea, bajo el supuesto de que la “competencia nacional es la regla, y la ‘competencia’ de la Unión (o comunitaria) la excepción”,⁸⁹⁸ el que a comienzo de los años noventa fue introducido por el Tratado de Maastricht, artículo 3-B, donde aquel es calificado de ‘elemento fundamental del sistema jurídico de la Comunidad’⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Cfr. DELCAMP, A *Constitutionnel et droit administratif. Op.cit.*, p. 612.

⁸⁹⁷ Vide *Actualités communautaires*, n° 283, 1993, p. 21. Apud Delcamp, A. *Constitutionnel et droit administratif. Op.cit.* P.613.

⁸⁹⁸ Ibidem, p. 613.

⁸⁹⁹ Ibidem, p. 613.

Aún se observa que algunos autores⁹⁰⁰ lo entiende, fundamentalmente, cómo un ‘mecanismo regulador del ejercicio de las competencias comunitarias’⁹⁰¹ entre la UE y los Estados miembros, y por eso, lo ponen límites de aplicación y sobre todo se recuerda que puede ser en ambas direcciones tanto en favor de la Comunidad o de los Estados⁹⁰², como también el principio de subsidiariedad es aplicable en el sentido de ampliar los límites de las competencias de la Unión cuando las circunstancias les recomiendan o en poner la restricción cuando no esté justificada la actuación incluso exentándose de esta.

Por supuesto, la transposición del principio de subsidiariedad al Tratado Europeo no recibió la misma interpretación del derecho alemán⁹⁰³ considerándose que la integración europea no correspondía a un modelo de Estado federal, sino que una forma de ‘competencia’ o ‘atribución limitada’ de un organismo supranacional, cuyo principio nominado de “arquitectural”⁹⁰⁴ desencadena el debate entorno de la evolución de las acciones de la Comunidad y su control *versus* la crisis del proceso de integración entre las sociedades de los Estados miembros⁹⁰⁵.

De todo modo, el interrogante que se acercó en el proceso de integración entorno de una ‘crisis de legitimación en el seno de la Comunidad’ a finales de los años 80 era el de que los mecanismos de protección de la soberanía de los Estados habían dejado de ser efectivos ante la extensa ‘intervención competencial comunitaria’, factor preponderante a lo que hay introducido el elemento de subsidiariedad en los Tratados⁹⁰⁶.

Desde aquí se observa que la relación estrecha entre los elementos de la ‘soberanía y subsidiariedad’ se enciende otra vez en la escena política e histórica y cambia la teoría general del Estado, ahora en tema de la integración y no solo del constitucional.

⁹⁰⁰ Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht en 07 de febrero de 1992, tuvo su entrada en vigor a partir de 01 de noviembre de 1993. Vide. QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Lisboa: Almedina. 2004, p. 46 y 54-75; VALLÉRIE, Michel. *La Subsidiarité*. Op. Cit. p.613.

⁹⁰¹ Cfr. ESTELLA DE NORIEGA, A. *El dilema de Luxemburgo...* Op.cit., p.59.

⁹⁰² Véase DELCAMP, A. *Constitutionnel et droit administratif*. Op.cit., p. 612.

⁹⁰³ Este previsto en la Ley Fundamental desde 1992 _ “Grundgesetz”.

⁹⁰⁴ Véase HIRSCH, GUNTHER. *Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste*. Op. cit. p. 54.

⁹⁰⁵ Véase en ese sentido el análisis de Estella Noriega: «Atarse las manos: la incorporación del principio de subsidiariedad en el TCE por el Tratado de Maastricht ». ESTELLA DE NORIEGA, A. *El dilema de Luxemburgo*. Op.cit., p.45-50.

⁹⁰⁶ Ibidem, p. 48.

Quizá, como lo había afirmado Estella de Noriega respecto a la introducción de la subsidiariedad en el escenario del derecho comunitario, después, derecho europeo:

“[...] hubiera sido para limitar en lugar de habilitar, serviría para convencer a los Estados más recalcitrantes de que la integración europea se conduciría a partir de entonces de forma más respetuosa con las peculiaridades nacionales⁹⁰⁷.”

Lo cierto es que la subsidiariedad fue insertada no solo en el artículo 3B del Tratado, pero también en relación al preámbulo donde intenta asegurar una aproximación de los ciudadanos al proceso de integración de la comunidad europea, cuya la redacción original previa explícitamente conforme se subraya:

«Artículo 3 B:

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 sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al *principio de subsidiariedad*, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.»⁹⁰⁸ [Destacamos en cursiva]

En el mismo año de 1992, después de la edición del Tratado de la Unión Europea (TUE) el principio de subsidiariedad fue interpretado a través del Protocolo (nº 2) aprobado por el Consejo Europeo de Edimburgo⁹⁰⁹ firmado por las partes contratantes

⁹⁰⁷ Ibidem, p. 48.

⁹⁰⁸ Vide. Tratado de la Unión Europea (92/C 191/01). [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>> [Consultado: 07 de enero de 2010].

⁹⁰⁹ La versión actual del protocolo pos Tratado de Lisboa tiene modificado el texto original, por tanto, nos referimos a la primera versión. Vide el texto original del “Protocolo sobre la aplicación de los principios

en 1993, documento ese anexo al Tratado de Ámsterdam, donde se hizo las aclaraciones del concepto y objetivos del principio para una concreta aplicación en ámbito comunitario. Este Protocolo fue modificado al nº 7. Véase adelante una primera idea del concepto de subsidiariedad, extraído del ítem 3 del documento:

“La *subsidiariedad es un concepto dinámico* y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada”⁹¹⁰. [Destacémoslo en cursiva]

Posteriormente, el artículo 3B fue renumerado cuando del Tratado de Constitución de la Unión Europea en 2004, en el artículo 5, apartado 2, y después de la revisión del *Tratado de Lisboa*, en 2007, fue nuevamente modificado en su numeración y en el contenido pasando a ser el artículo (3) en el texto definitivo que reafirmó, con mayor énfasis el principio de subsidiariedad destacándose, que el dispositivo añade una concepción más amplia de alcance del principio en el apartado 3, adelante destacado:

“6) Se inserta un artículo 3 ter, que sustituye al artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE):

«Artículo 3 ter

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos

de subsidiariedad y proporcionalidad” (nº 2) aprobado por el Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad. (11997D/PRO/07). <en línea>. Diario Oficial nº C 340 de 10/11/1997 p. 0105. <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11997D/PRO/07>> [Consulta: 30 de junio de 2010]. Para comparar con el texto actualizado modificado, véase en Diario Oficial de la Unión Europea-ES de 30.3.2010 (C83/1). <en línea> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0001.01.SPA#C_2010083ES.01020101>. [Consulta: 30 de junio de 2010].

⁹¹⁰ Recordase que el Protocolo resultó del Informe preparado por el “Consejo Europeo de Birmingham” de 16 de octubre de 1992. Contiene las conclusiones del Consejo sobre el enfoque global en la aplicación del principio de subsidiariedad adoptado por el Consejo Europeo en su Sección celebrada en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992. *Op.cit.*

determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.*

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. [Destacado en cursiva].

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.⁹¹¹

A tenor del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁹¹² son tres las directrices que orientan la acción o intervención de Unión Europea, a saber, introducidas en el punto nº 5:

“Deberán aplicarse las siguientes *directrices* al estudiar si se cumple esta condición:

- el asunto que se considera presenta *aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros;*

- las *actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado* (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o

⁹¹¹ Cfr. publicación del documento en la página web consultado en 10 enero 2010. <http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf>

⁹¹² Cfr. publicación del documento en la página web consultado en 10 enero 2010. <<http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>>

perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros;

- la actuación comunitaria proporcionará claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros”. [Destacamos en cursiva]

Sin embargo, una aclaración muy contundente sobre determinados aspectos de la interpretación de la subsidiariedad se pasó conforme va evolucionando el contenido del principio, en que se puede primero observar que en el Tratado de Maastricht no había una definición muy bien definida del principio, el cual aparecía cargado de ‘ambigüedades’, y después, en un segundo momento, el problema fundamental entorno al principio de subsidiariedad era relativo a su eficacia jurídica cuando fue introducido al Tratado de Ámsterdam⁹¹³.

Entonces por hacer necesario aclarar los límites de aplicación y de vinculación de la subsidiariedad entre los entes de la Unión Europea y la actuación propia de los Estados-miembros fue aprobado el ‘Protocolo sobre la subsidiariedad y proporcionalidad’ y anexo al Tratado de Ámsterdam⁹¹⁴. Algunos de los puntos más destacados los comentaremos, sucintamente, a seguir:

1.1. ¿Quién son los obligados por hacer cumplir el principio de subsidiariedad?

Una primera aclaración del Protocolo fue delimitar quién son las instituciones que lo aplicarían y cómo. En el punto nº 1 el Protocolo ha dejado expreso que toda institución que tenga capacidad de dictar normas jurídicamente vinculantes están obligados a observar el principio. Y, además fue reforzado por el Tratado de Lisboa que las autoridades de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de Justicia de la UE velarán por el respeto al principio. En suma, se aplica a todas las instituciones de la Unión.

⁹¹³ Consultar en este estudio el Cap. II, Sección I, 1.2. Concepto jurídico en el derecho europeo. Véase asimismo en el análisis de Estella de Noriega, ya antedicho en este estudio, uno de los críticos de las directrices fijadas al principio de subsidiariedad.

⁹¹⁴ Cfr. à proposito los análisis de ESTELLA DE NORIEGA. *El dilema de Luxemburgo... Op.cit.* p. 50-61.

En otro matiz, se reflexionó también sobre ¿de qué manera la subsidiariedad no afectaría o se limitaría con los demás principios comunitarios? _ Lo que fue mencionado en el punto nº 2 del Protocolo_ poniéndose de relieve el respeto al *acervo comunitario*⁹¹⁵, *al equilibrio institucional de la Comunidad*, de que no afectaría los *principios del primado, del efecto directo, de la responsabilidad y seguridad jurídica* en tanto cuanto respeta a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la relación al derecho europeo y nacional de los estados-miembros, y por fin, sopesar al principio de *suficiencia de medios*⁹¹⁶.

Por último, hay que tener aclarado los ámbitos de actuaciones del principio, según *las competencias no exclusivas* compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

1.2. ¿Cómo se aplica el principio de subsidiariedad?

En este aspecto, es importante señalar que hay variadas formas de operatividad o aplicación del principio de subsidiariedad, consonante el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y algunas relevantes aportaciones de la doctrina, dicho que será a través de este conjunto de aplicaciones reunidas que se concretará la instrumentalidad de la subsidiariedad en seno Comunitario, y paulatinamente, fue ampliando los rasgos de su aplicación.

Por ello, el principal argumento que se puede deducir es que la aplicación del principio de subsidiariedad tiene el reto de establecer un control jurídico, dejando por eso de ser un mero principio político o norma programática⁹¹⁷, sino que un mandato jurídico con fuerza vinculante y obligatoria. Es un mandato porque se impone como regla del derecho, que vincula los órganos centrales y los Estados-miembros a limitar las actuaciones según aquel principio general en un determinado contexto o situación.

⁹¹⁵ Por *acervo comunitário* se comprende todo el conjunto normativo vigente en la Unión Europea.

⁹¹⁶ Véase ESTELLA DE NORIEGA. *El dilema de Luxemburgo...* *Op.cit.*, p. 58-59.

⁹¹⁷ Cfr. QUADROS, Fausto. *O principio de subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina. 1995. Págs. 56-61.

De inmediato, se fue distinguiendo tres hipótesis⁹¹⁸ de aplicación del principio de subsidiariedad con el fin de facilitar la concreción de los objetivos del proceso de integración en el interés de las relaciones políticas, económicas, sociales y de seguridad de la Comunidad, en armonía con los Estados miembros, en que se observaba a menudo las siguientes formas de concreción del principio:

_ La primera, en que la necesidad de la Unión utilizar la Directiva en lugar del reglamento o decisión, para el fin de realizar los objetivos pretendidos en el concreto desarrollo de la integración, no obstante, se reservaba a los Estados-miembros la soberanía en la toma de las decisiones de cual criterio de la transposición debería elegir.

_ La segunda, se refiere a una especie de limitación que se estaba imponiendo ante el fenómeno de fortalecimiento del ordenamiento centralizador de la Unión llevando al creciente proceso de uniformización de los sistemas normativos nacionales. En cambio, una exigente concreción del principio de subsidiariedad fuera necesaria para el fin de que fuese aplicado el acervo comunitario en pro del desarrollo de la integración, desde el punto de vista de una *armonización*, sin obligar con todo el conjunto de los ordenamientos nacionales a cambios de uniformidad. Luego, el principio de subsidiariedad sería un mecanismo de interpretación sustrayendo los ordenamientos internos de los Estados-miembros del ordenamiento Comunitario de manera que las restricciones de este último fuesen por la armonización, el que en otro aspecto reforzaría aún más la aplicación de las Directivas en relación a los reglamentos.

_ La tercera forma de aplicación del principio de subsidiariedad consistía en determinar si los reglamentos que se hallaban en ejecución, en el momento de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1992), en efecto, aquellos deberían seguir siendo aplicados. Se evidenciaba cómo una especie de *cláusula de disposición transitoria* relativa a interpretación.

⁹¹⁸ Estas hipótesis analizadas según el autor Fauto de Quadros. Ibidem, p. 52-53.

Este último matiz fue objeto de intensa discusión en las cumbres y reuniones de las instituciones europeas en los dos años siguientes⁹¹⁹, incluso pese haber algunas opiniones de relieve en contra esta hipótesis de aplicación, el que en 1994 el Parlamento Europeo deliberó que no se aplicaba el principio de subsidiariedad a las normas europeas ya vigentes. Sin embargo, la Comisión discrepando de esa posición mantuvo en su Informe para el Consejo Europeo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad.⁹²⁰

Queda también, tener en cuenta la clasificación que distingue el Protocolo n° 2⁹²¹ en los puntos n° 5, e n°s 4, 9 a 13, respectivamente, dos clases o categorías jurídicas de subsidiariedad ‘material’ y ‘procedimental’, ya mencionadas con anterioridad en este estudio⁹²², el que constituye las dos vertientes en que se reflexiona cómo poner en la práctica la efectividad del principio⁹²³. Por ello, vamos a referir adelante algunos aspectos respecto a este análisis adelante.

Mientras tanto, se subraya que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2010, gran parte de las divergencias de interpretación sobre el ámbito de aplicación de la subsidiariedad se fueron desvaneciendo, porque al delimitar formas más precisas de las competencias conferidas a la Unión, quedaron en efecto, delimitadas las competencias de la Unión en tres categorías en *exclusivas*, *compartidas* y *de apoyo*, en conformidad al que se acordó en el Título I, en la primera parte, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).⁹²⁴

⁹¹⁹ Refiere Fausto de Quadros la Cumbre de Lisboa de 1992, la Conferencia de Helmut Kohl en Oxford en 1992, El Informe de la Comisión Europea sobre adaptación del principio de subsidiariedad en 1993, y objeto de discusiones en las Reuniones del Consejo Europeo de Edimburgo y de Bruselas. En: autor Fausto de Quadros. *Ibidem*, p. 54.

⁹²⁰ Véase documento COM (94) 533, parte final *apud* referencia del autor Fausto de Quadros. *Ibidem*, p.55 [nota de pie, 88].

⁹²¹ Vide el texto del “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” (n° 2) aprobado por el Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad. [en línea]. Diario Oficial de la Unión Europea-ES de 30.3.2010 (C 83/1). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0001.01.SPA#C_2010083ES.01020101>. [Consulta: 30 de junio de 2010]

⁹²² Véase Capítulo II, Sección II, 2. de este estudio.

⁹²³ Véase ESTELLA DE NORIEGA. *El dilema de Luxemburgo... Op.cit.*, p. 58-59.

⁹²⁴ Véase <URL: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf> [Consultada en 10 enero 2010]

Por ello, pese haber tres directrices predefinidas por el Protocolo, arriba mencionadas:_(i) *aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros*; (ii) *las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros*; y, (iii) *la actuación comunitaria proporcionará claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros*_, otros dos criterios de análisis del principio de subsidiariedad son utilizados en la reflexión, uno de interpretación y otro de aplicación, los cuales son evidenciados a seguir por la doctrina: (i) el criterio de transnacionalidad y (ii) el criterio de la corrección de las distorsiones⁹²⁵.

i) *critério de transnacionalidad*:

Este criterio supone las directrices nºs (1) y (3) subrayadas. A través de lo cual se observa que, donde exista un problema que excede a un Estado-miembro sea porque afecta más de uno, es decir donde la acción relativa a dos o más Estado deben ocurrir en un plan transnacional, la subsidiariedad será aplicable según la orientación o decisión emanada de la UE, de modo que sus efectos se reflejan en nivel transnacional. Se cita, p.ej., que serán en las *cuestiones de riesgo medio-ambientales* donde suele ocurrir hechos o situaciones en que se utilizan el *criterio transnacional*. De antemano, es aquí, que se pone de manifiesto entre otras, la cuestión de la protección de las aguas, tema de esta investigación, sobre el cual comentaremos en el próximo apartado sobre la Directiva marco del agua.

Aún cabe resaltar, pese que la regulación del medio ambiente fue una de las materias en que más se ha discutido sobre la legitimación de una regulación transnacional. Habrían muchas opiniones en contra que consideraban dos órdenes de argumentos: _ ser innecesaria una acción comunitaria en varios de esos temas medioambientales, por se trataben de cuestiones que carecerían de significativo interés transnacional; o, _ habrían temas que son de regulación local o regional, en materias cuyas prácticas serían

⁹²⁵ Este punto de reflexión se toma prestado de ESTELLA DE NORIEGA, A. *El dilema de Luxemburgo*. *Op. Cit.* P. 61-65.

esencialmente nacionales, tales como la gestión de residuos (regulaciones del tratamiento de vertidos domésticos, reglamentos del reciclaje), planificaciones de impactos ambientales (en construcciones de autopistas, refinerías, instalaciones agrícolas etc.), control de la contaminación auditiva o temas relativo a flora y fauna, además de otros.⁹²⁶

En algunos de este temas se recuerda las Directivas 85/337/CEE (relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente)⁹²⁷ y 91/156/CEE (relativa a los residuos)⁹²⁸ solo para mencionar algunos de los temas medioambientales que exigirían una dimensión transnacional, aunque que no fuera exclusivamente por el carácter medioambiental exclusivo, sino que por motivación económica, el que implicaría en añadir un valor distinto del criterio de suficiencia propio de cada regulación nacional.

Así que la nueva Directiva marco de los residuos 2008/98/CEE se refiere en el Considerando nº 8 que uno de los objetivos sería “centrar los esfuerzos en disminuir el impacto en el medio ambiente de la generación y gestión de residuos, reforzando así el *valor económico* de los residuos”⁹²⁹.

⁹²⁶ Véase el análisis de J.Golub en los comentarios de ESTELLA DE NORIEGA. *El dilema de Luxemburgo*. *Op. Cit.* P. 62-65.

⁹²⁷ Véase esta Directiva vigente hasta 2012 (denominada «Directiva EIA», por «evaluación del impacto ambiental») supedita la autorización de determinados proyectos con una influencia física en el medio ambiente a una evaluación que deberá llevar a cabo la autoridad nacional competente. Esa evaluación deberá determinar los efectos directos e indirectos de los proyectos en los siguientes elementos: el ser humano, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el clima, el paisaje, los bienes materiales y el patrimonio cultura, así como la interacción entre estos elementos. Cfr. En la URL:<http://europa.eu/legislation_summaries/other/128163_es.htm> Consulta en [10 enero 2010].

⁹²⁸ Véase la Directiva 91/156/CEE, de 18 de marzo del Consejo que fue derogada por la nueva Directiva marco sobre residuos 2008/98/CE de 19 de nov del del Parlamento Europeo y del Consejo. Cfr. el texto de la Directiva 91/156/CEE. Disponible en URL: < en línea> < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0156:ES:HTML> > [Consulta en 10 enero de 2010]. Asimismo, consultar el texto de la Directiva 2008/98/CE. Disponible en <en línea> <2008/http://europa.eu/legislation_summaries/environment/waste_management/ev0010_es.htm > [Consulta en 10 enero de 2010]

⁹²⁹ Cfr. En el texto de la Directiva el *Considerando (8)*: «Por lo tanto, es necesario revisar la Directiva 2006/12/CEE con objeto de aclarar conceptos clave, como las definiciones de residuos, valorización y eliminación, reforzar las medidas que deben tomarse respecto a la prevención de residuos, introducir un enfoque que tenga en cuenta no solo la fase de residuo sino todo el ciclo de vida de los productos y materiales, y *centrar los esfuerzos en disminuir el impacto en el medio ambiente de la generación y gestión de residuos, reforzando así el valor económico de los residuos*. Considerando además que es importante favorecer la valorización de los residuos y la utilización de materiales valorizados a fin de preservar los recursos naturales. En aras de una mayor claridad y legibilidad debe derogarse la Directiva 2006/12/CE y sustituirse por una nueva directiva. (Destacamos en cursiva). Cfr. Directiva 2008/98/CEE, de 19 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.

ii) criterio relativo a corrección de las distorsiones económicas o de mercado:

Este otro criterio se reporta a la directrice nº (2). Es un criterio muy importante porque se ocupa con la *cuestión del mercado común*, de modo que se entiende que una medida adoptada por un Estado-miembro no puede producir un cambio que afecte las relaciones económicas del mercado como un todo, lo que resulta en la necesidad de corrección que permiten a la Unión actuar para corregir tales medidas o situaciones que críen distorsiones en el mercado.

Por tanto, se puede considerar que no existe una jerarquía o especificidad entre estos dos criterios de *transnacionalidad* y *corrección de distorsiones*, en conformidad al problema que fue puesto de relieve en la doctrina⁹³⁰, los cuales, incluso, pueden ser aplicados cumulativamente; pero, entiende el profesor Estella de Noriega que cuando existir una contradicción entre ambos los criterios, la elección de preponderancia debe ser dada por el segundo criterio, es decir, el de ‘corrección de distorsiones del mercado’, al considerar que el origen de la integración de los países europeos fue por el mercado común⁹³¹. Lo que pasa, en nuestra opinión, es que en cuestiones que sobrepasan temas ambientales y económicos hay que sopesarlos hacia la mejor respuesta en que la eficacia de la acción sea en pro de las comunidades atingidas.

Sin embargo, se puede sacar algunas de las conclusiones, apuntadas por este autor, que serían muy relevantes en el momento del análisis del problema y de la toma de decisiones entorno de las medidas que serán suficientes a dimensionar la aplicación del principio de subsidiariedad, en ámbito del derecho europeo, y que por ello justificaron su adopción, y que ahora se enumeran, en resumen:

_ La finalidad esencial de la incorporación del principio de subsidiariedad en el TCE, ante todo, fue suministrar argumentos a los Estados-miembros que se oponían a

Disponible en URL: <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0098&from=ES>>. [Consulta en 10 enero de 2010]

⁹³⁰ Véase a propósito los análisis de J.Golub en los comentarios de ESTELLA DE NORIEGA. *El dilema de Luxemburgo. Op. Cit.* Págs. 62-65.

⁹³¹ Cfr. ESTELLA DE NORIEGA, *El Dilema de Luxemburgo. Op.cit.* P. 64.

una abundante regulación de la actuación comunitaria, dejándoles un margen a la intervención nacional en aras de proteger con ello los intereses minoritarios.⁹³² Asimismo, el principio convierte se en un instrumento operativo hacia la protección de los Estados-miembros que quedasen en minoría en el seno del Consejo europeo⁹³³.

_ La intervención a nivel de la Unión (o Comunitario) en problemas de regulación respecto al medio ambiente u otras materias y del mercado común puede justificarse desde la vertiente transnacional, sin parecer de todo modo que se refieren a argumentos incongruentes, sino que pueden ser medidas de ‘aplicación cumulativa’ entre estos criterios que se harían necesarias delante de determinadas contingencias que propasarían al mero impacto local.

_ Además, la dimensión de tales problemas regulatorios no es siempre unívoca y presentan en su gran parte un interés económico, más allá de la protección del medio ambiente, de la sanidad, de los servicios etc., de ahí la importancia de exigencia de una regulación comunitaria tendente a armonizarlos, y sin embargo, se añade también que relativo a la protección medio ambiental es poco frecuente que un problema transnacional sea exclusivamente ecológico, sin contemplar a la vez los efectos económicos⁹³⁴.

_ Y, por fin, se señala que en contra, al que se pasó en el inicio del debate comunitario entorno del principio de subsidiariedad donde en el primer momento habría una indeterminación jurídica del contenido del principio que, parecía entre los juristas, “se tratar una gran ilusión la tarea en discernir las líneas divisorias” entre la interconexión funcional de distintas áreas que debiesen ser reglamentadas desde el espacio transnacional y de otras, con total exactitud, de ámbito nacional⁹³⁵. Sin embargo, se puede afirmar que el telón de fondo donde se centraron las dificultades en fijar los criterios o

⁹³² Ibidem, p. 63.

⁹³³ Ibidem, p. 67.

⁹³⁴ Hoy muy frecuente el problema de los bajos estándares de protección del medio ambiente que resultan en las prácticas del *dumping ecológico*, en que si un país tiene abaratado sus costes, produce más y todo a costa del deterioro medioambiental, en detrimento de otros países que si poseen una regulación de altos estándares se producirá a estos últimos un desequilibrio en la competitividad de los productos y en consecuencia la distorsión en el mercado.

⁹³⁵ ESTELA DE NORIEGA, *El Dilema de Luxemburgo*, *Op.cit.*, p.68.

términos sustantivos generales del principio de subsidiariedad fue en determinar: *¿qué nivel regulatorio debería ejercitar una determinada competencia?*

Todavía, aún hoy, sea una tarea difícil delimitar con exactitud algunos puntos de regulación pues importa en una *limitación de tipo funcional*⁹³⁶, que son llevadas a la instancia jurisdiccional supla nacional (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos), con todo solo la naturaleza de los problemas contemporáneos va a mostrar y permitir que se opere la intervención en ámbito de la centralidad de la regulación en pro del interés general y no solo a nivel de un Estado-miembro o de un espacio regional más restricto.

Véase a eso respecto que en el Informe del Centro de Investigación de Políticas Económicas⁹³⁷ elaborado en 1993 ya se planteaba sobre la centralización de los poderes de Unión, al considerar que el principio seguía siendo una ‘guía incompleta’ a las decisiones que demandaban muchas veces del examen de las circunstancias de los hechos en concreto, y que, sin embargo, la política del agua para el consumo era una de las medidas que exigían atención de una regulación excepcional.

Posteriormente, a la inclusión del principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea, subrayado arriba, se hace referencia a otros tres documentos de gran relevancia al tema de la subsidiariedad que fueron editados en ámbito del acervo normativo europeo, el que se citan la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000/C 364/01)⁹³⁸, la Directiva 2006/123/CE (*Directiva Bolkestein*) que reglamentó los Servicios en el mercado interior y la Directiva marco del agua 2000/60/CE, de 23 de octubre. En esta última centraremos mayor análisis.

⁹³⁶ Ibidem, p. 68.

⁹³⁷ Cfr. AA.VV. *Making sense of subsidiarity: how much centralization for Europe ?* (Org.) BEGG, David et al. *Collecció Monitoring European Integration* (4). London: 1993. p.158

⁹³⁸ Véase Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, de 18.12.2000. En: <en línea> <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [Consultada en 21.10.2012]

2. El principio de subsidiariedad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000/C 364/01)⁹³⁹ proclamada en Nice en 2000, tiene reafirmados los derechos, libertades y principios vigentes en el espacio europeo dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, en el que referido documento reafirmó el *principio de subsidiariedad señalado* en el Título VII relativo a las disposiciones generales que rigen la forma de interpretación y la aplicación de la Carta.

Este principio es orientativo, sirve para aclarar la forma y límites de aplicación, según el cual las instituciones, órganos y organismos que forman la Unión deberían actuar dentro las respectivas competencias y consonante los límites de las competencias atribuidas por los Tratados a la Unión; además regula la actuación de los Estados miembros en materia de los derechos erigidos en ámbito. Véase en el artículo 51 tal disposición:

“*Artículo 51 - Ámbito de aplicación*

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del *principio de subsidiariedad*, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.” [Destacamos en cursiva y subrayado]

En especial, se añade aún que, entre los derechos reafirmados en relación a la Comunidad (respecto a las tradiciones constitucionales y obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros) y de las generaciones futuras emanados del texto aprobado, se reconocía en ámbito de la Unión el *derecho de acceder a los servicios de*

⁹³⁹ Véase Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, de 18.12.2000. En: <en línea> <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [Consultada en 21.10.2012].

*interés económico general*⁹⁴⁰ (artículo 36) y de *protección del medio ambiente* (artículo 37).

Estos derechos conllevan en responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás, en condiciones de *igualdad* entre los usuarios, cómo el de *progresividad* que constituye el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y por fin, el de *universalidad* al acceso general de los ciudadanos a los bienes públicos. A continuación, se transcribe los artículos⁹⁴¹:

“Artículo 36 - Acceso a los servicios de interés económico general

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Artículo 37 - Protección del medio ambiente

En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

3. El principio de subsidiariedad en la Directiva de los Servicios en el mercado interior.

Respecto a los servicios de interés general estos fueron objeto de regulación en la Directiva 2006/123/CE (*Directiva Bolkestein*)⁹⁴², en que se delimitó entre los

⁹⁴⁰ Los servicios de interés económico general son objeto de regulación en la Directiva 2006/123/CE (Directiva Bolkestein). El Considerando (8) prevé que: «(8) Conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución.» En: Diario Oficial de la Unión Europea L 376/36. Publicación 27.12.2006. <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF>> [Consultado en 21.10.2012].

⁹⁴¹ El texto supra se recoge de la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, pero que fue actualizado a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Cfr. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNIÓN EUROPEA 2010/C83/02. Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389. Publ. 30/03/2012. Véase <en línea>: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>> [Consultado en 21.10.2012].

⁹⁴² Recordase que este documento es referido así debido al apellido del iniciador de la propuesta en en la Comisión, el político liberal Frits Bolkestein (holandés) responsable de las cuestiones de mercado interior, que fue presidida por Prodi entre los años 1999 y 2004.

objetivos centrales de la Directiva: (i) la supresión de obstáculos para la libertad de establecimiento de prestadores en los Estados miembros; y (ii) la libre prestación de servicios entre Estados miembros.

La Directiva contempló el *principio de subsidiariedad* (en el Considerando 116)⁹⁴³ cómo el instrumento jurídico que mejor alcance de viabilidad puede dar a la satisfacción de la prestación de los servicios en ámbito Comunitario, cuando estos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, guardadas las dimensiones de la acción que se pretenden ejecutar.

3.1. La relación entre principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad.

El *principio de proporcionalidad* lo tiene asentado la jurisprudencia europea, reiterada veces, que él mismo forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, y se exige que:

«...los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo legítimo propuesto por la normativa de la que se trata y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (sentencia de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros, C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, Rec. p. I-10423, apartado 68 y la jurisprudencia citada)»⁹⁴⁴.

⁹⁴³ Cfr. en el texto de la Directiva 2006/123-CE: «(116) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, la supresión de obstáculos para la libertad de establecimiento de prestadores en los Estados miembros y la libre prestación de servicios entre Estados miembros, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos». Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea L 376/36. Publicación 27.12.2006. <en línea> < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF>> [Consultado en 21.10.2012].

⁹⁴⁴ Cfr. STJE C-58/08, de 08 de junio de 2010, en que son partes High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido) *versus Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd*. En URL: <en línea> < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79665&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=67064>> [Consultado en 12 de enero de 2014]

Por tanto, es un principio que se pone de manifiesto como una faceta del principio de subsidiariedad⁹⁴⁵. Es decir, el principio de proporcionalidad fue desarrollado cómo un elemento regulador de las acciones de la Unión, al lado del principio de subsidiariedad, que tiene como punto de articulación el equilibrio entre las competencias de la Unión en relación a las competencias de los Estados.

Se recuerda aún, que el énfasis del principio de proporcionalidad radica en la actuación de los Estados-miembros en el ejercicio de las funciones relacionadas con las políticas comunitarias:

«El principio de proporcionalidad se suele aplicar, como se sabe, con frecuencia, a las medidas adoptadas por los Estados miembros cuando actúan ejecutando la legislación comunitaria; cuando los Estados miembros son agentes de las políticas comunitarias»⁹⁴⁶.

Además, consonante los poderes de las instituciones europeas frente a las responsabilidades políticas propias de cada Estado-miembro y de los entes y organismos internos de estos, a través de la *subsidiariedad* y *proporcionalidad* se fijará un límite entre la distribución adecuada de esa responsabilidad política entre la Unión y los Estados, de modo que los ciudadanos sepan de verdad quien son los responsables en cada acción delimitada⁹⁴⁷.

Se señala que las acciones de la Unión, más a menudo, puedan ser aplicadas según los diversos imperativos en los sectores del mercado común y del medio ambiente.

Así, en la Directiva de servicios, el *principio de proporcionalidad* conduce la *acción subsidiaria en favor de la Unión que no debe exceder más que lo necesario para*

⁹⁴⁵ THIFFRY, Patrick. *Direito europeu do ambiente*. Traducido por Maria Fernanda Oliviera. Lisboa: Insittuto Piaget. 1998. Pág. 63.

⁹⁴⁶ Véase MONTORO CHINER, M.J. Agua, Derecho y Cambio Climático. (Monografías de RArAP, XI). Zaragoza: Gov. de Aragón/IAAP. 2009, Págs. 227-266.

⁹⁴⁷ Cfr. razonamiento extraído de las *Conclusiones* del Abogado General Sr. Poiares Maduro presentanda en el Asunto C-58/08, de 01 de octubre de 2009. *Op.cit.* En URL: <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79665&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=67064>> [Consultado en 12 de enero de 2014]

alcanzar dichos objetivos. De modo que, toda intervención de carácter subsidiario de la Unión debe ser orientada también por la proporcionalidad, en cuanto tanto debe mirar «suprimir los obstáculos impuestos a la libertad de los prestadores se establecieren» y «la libre prestación de servicios entre los Estados miembros».

Se resalta aún, respecto al principio de proporcionalidad que los Estados miembros deben cumplir y garantizar en la ejecución de la prestación de los servicios que éstas sean atendidas en sus territorios, según las condiciones (o principios) de evaluación allí indicadas (*no discriminación, necesidad y proporcionalidad*⁹⁴⁸), requisitos estos establecidos en el artículo 15 de la Directiva; y bien así, se destacó en la Directiva que referidas condiciones serán observadas por los Estados-miembros relativo el *acceso a una actividad de servicios* o su *ejercicio en sus respectivos territorios*.

Por tanto, de conformidad con las tres condiciones (*no discriminación, necesidad y proporcionalidad*) antes mencionadas, y que fueron, otra vez, previstas en el artículo 16 letras *a, b* y *c* de la Directiva⁹⁴⁹, respecto a la «libre prestación de los servicios» y del «libre acceso», donde la relación de *proporcionalidad* se exige cómo un deber de los Estados-miembros guardaren de debida adecuación en fijar los requisitos para el ejercicio de la prestación de los servicios en la normativa interna con el fin de conseguir el objetivo pretendido en la Directiva, sin ir más allá de este objetivo.

⁹⁴⁸ Art. 15, apartado 3: «3. Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes: a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social; b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general; c) proporcionalidad: *que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado*». (subrayamos y destacamos en cursiva). Ibidem.

⁹⁴⁹ Art. 16, apartado 1, letras *a, b, c*: «1. Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos. El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio. Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes: a) no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas; b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; c) *proporcionalidad*: *el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo*. Ibidem.

De otra banda, importante aún señalar que fueron excluidos de esta regulación de la *libre prestación de los servicios* previstos en el artículo 16 de la Directiva, algunos servicios de interés económico general, que fueron enumerados en las «excepciones adicionales» del artículo 17, y de entre éstos los *servicios relacionados con el agua*, que se citan en dispositivo 17 letras (d) y (e) de la Directiva: *d) los servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales; e) el tratamiento de residuos;*

Ahora bien, dedicaremos un análisis exclusivo de la regulación del principio de subsidiariedad anclado al tema de la «gestión sostenible del agua» del derecho europeo según la Directiva Marco de Agua 2000/60/CE, de 23 de octubre, pero este tema será remitido a segunda parte de esta investigación, en capítulo propio.

4. A modo de conclusión.

En vista del principio de subsidiariedad transpuesto al Derecho Comunitario se concluye que en la Unión Europea, de regla general, solo interviene en acciones que son de competencia de los Estados nacionales cuando la actuación del ente supra nacional sea más eficaz que la de estos últimos, pero, la cuestión de limitar en la práctica cuando se está delante de situaciones en que los Estados no indican la debida *suficiencia*, va depender de qué ámbito de actuación se esté tratando, lo que puede ser, respecto a transposición de una Directiva al reglamento nacional, p.ej., en materia de derechos fundamentales, o del medio ambiente y de la actividad económica sectorial, etc.

Se resalta aún, que por medio de la expedición del «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad» se delimitó tres criterios cuyos objetivos son en confirmar o no la posibilidad de una intervención a nivel europeo, que se despliega en evaluar las siguientes situaciones: i) si tiene la acción aspectos transnacionales que no pueden ser regulados por los Estados miembros; ii) o, si la acción nacional o la falta de acciones contradicen los requisitos del tratado; iii) averiguar si la acción a nivel europeo presenta ventajas manifiestas⁹⁵⁰.

⁹⁵⁰ Véase <en línea>

<http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_es.htm>
[Consultado en 13 abril de 2013]

Asimismo, dos planteamientos fueron analizados en torno de la efectividad del principio de subsidiariedad:

- Primero, en delimitar ¿quién son los obligados por hacer cumplir el principio de subsidiariedad? (apartado 1.1 de esta Sección), quedando claro que según señalado en el Protocolo toda institución que tenga capacidad de dictar normas jurídicamente vinculantes están obligados a observar el principio, además de obligar las autoridades de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de Justicia de la UE en la tarea de velaren por el respeto al principio. En suma, se aplica a todas las instituciones de la Unión.

- Segundo, en otro matiz, se reflexionó también en torno a la cuestión_ ¿de qué manera la subsidiariedad no afectaría o se limitaría con los demás principios comunitarios? _ En éste aspecto, fue abordado que hay variadas formas operacionales o de aplicación del principio de subsidiariedad en que se concretará la instrumentalidad de la subsidiariedad en seno Comunitario.

La aplicación del principio de subsidiariedad tiene el reto de establecer un control jurídico, dejando por eso de ser un mero principio político o norma programática, sino que un mandato jurídico con fuerza vinculante y obligatoria, porque se impone como regla del derecho.

Luego, con el fin de facilitar la concreción de los objetivos del proceso de integración en el interés de las relaciones políticas, económicas, sociales y de seguridad de la Comunidad, en armonía con los Estados miembros, se observaba las siguientes formas de concreción del principio

_ Primer, la necesidad de la Unión utilizar la Directiva, al revés del reglamento o decisión, para el fin de realizar los objetivos pretendidos en el concreto desarrollo de la integración, no obstante, se reservaba a los Estados-miembros la soberanía en la toma de las decisiones de cual criterio de transposición debería elegir.

_ El segundo matiz, refiere se que el principio de subsidiariedad sería un mecanismo de interpretación sustrayendo los ordenamientos internos de los Estados-miembros del ordenamiento Comunitario, de manera que las restricciones de este último

fuesen por la armonización, lo reforzaría aún más la aplicación de las Directivas en relación a los reglamentos.

_ La tercera aplicación del principio de subsidiariedad fue en determinar si los reglamentos que se hallaban en ejecución, en el momento de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1992), en efecto, deberían seguir siendo aplicados. Se refiere a una especie de *cláusula de disposición transitoria* relativa a interpretación, tema que fue objeto de intensa discusión y, en 1994, el Parlamento Europeo deliberó que no se aplicaba el principio de subsidiariedad a las normas europeas ya vigentes. Sin embargo, la Comisión discrepando de esa posición mantuvo en su Informe para el Consejo Europeo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad.⁹⁵¹

Se concluye aún, que pese haber tres directrices predefinidas por el Protocolo, en que se citan: *_(i) los aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; (ii) las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; (iii) la actuación comunitaria proporcionará claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros_*, los dos criterios de análisis del principio de subsidiariedad, de importante interés al objeto de reflexión se evidenciaron en: (i) el criterio de transnacionalidad y (ii) el criterio de la corrección de las distorsiones⁹⁵².

El primero criterio supone las directrices n°s (i) y (iii) subrayadas. A través de lo cual se observa que donde exista un problema que excede a un Estado-miembro sea porque afecta uno o más estados, es decir donde la acción relativa a dos o más Estado deben ocurrir en un plan transnacional la subsidiariedad será aplicable según la orientación o decisión emanada de la UE donde sus efectos se reflejan en nivel transnacional. Los temas que son objeto de discusión, entre otros, son las *cuestiones de*

⁹⁵¹ Véase documento COM (94) 533, parte final *apud* referencia del autor Fausto de Quadros. *Ibidem*, p.55 [nota de pie, 88].

⁹⁵² Este punto de reflexión se toma prestado de ESTELLA DE NORIEGA, A. *El dilema de Luxemburgo*. *Op. Cit.* P. 61-65.

riesgo medio-ambientales donde suele ocurrir hechos o situaciones en que se utilizan el criterio transnacional, incluso donde se pone de manifiesto entre otras, la cuestión de la protección de las aguas.

El otro criterio se reporta a la directrices nº (ii) que pone de relieve la *cuestión del mercado común*, de modo que se entiende que una medida adoptada por un Estado-miembro no puede producir un cambio que afecte las relaciones económicas del mercado cómo un todo, lo que resulta la necesidad de corrección, y en consecuencia permite a la Unión actuar para corregir tales medidas o situaciones que críen distorsiones en el mercado.

En suma, cómo se observó de estos criterios no hay jerarquía o especificidad entre los mismos. Tanto el criterio de *transnacionalidad* y el de *corrección de distorsiones*, pueden ser aplicados cumulativamente; sin embargo, se defiende que, existiendo una contradicción entre los dos criterios, debe ser llevado en consideración primero el de ‘corrección de distorsiones del mercado’, por ser el origen de la integración de los países europeos.

En nuestra opinión, las cuestiones que sobrepasan temas ambientales y económicos hay que sopesarlos hacia la mejor respuesta en que la eficacia de la acción sea lograda en pro de las comunidades locales atingidas.

Algunas de las conclusiones, tomadas en consideración en el momento del análisis del problema y de la toma de decisiones y de adopción de medidas que serán suficientes a dimensionar la aplicación del principio de subsidiariedad, en ámbito del derecho europeo, y que por ello justificaron su adopción son:

_ La incorporación del principio de subsidiariedad en el TCE, fue suministrar argumentos a los Estados-miembros que se oponían a una abundante regulación de la actuación comunitaria, dejándoles una margen a la intervención nacional con el fin de proteger los intereses minoritarios. No obstante, el principio convierte se en un instrumento operativo hacia la protección de los Estados-miembros que quedasen en minoría en el seno del Consejo europeo.

_ La intervención a nivel de la Unión en problemas de regulación respecto al medio ambiente u otras materias, y del mercado común puede justificarse desde la

vertiente transnacional, con medidas de ‘aplicación cumulativa’ entre los dos criterios mencionados, en virtud de las contingencias que van más allá del impacto local.

_ La dimensión de los problemas regulatorios no es unívoca y presenta en su gran parte un interés económico más allá de la protección del medio ambiente, de sanidad, de los servicios etc., de ahí la importancia de exigencia de una regulación comunitaria en aproximar la armonización de los reglamentos, y de ejecución en los diferentes ámbitos territoriales. Por tanto, se suele considerar que el problema transnacional en tema de protección medio ambiental, por ej., no sea exclusivo, sino que refleja con efectos económicos (por ej., los bajos estándares de protección del medio ambiente que resultan en las prácticas del *dumping ecológico*).

Desde que fue incluido en el Tratado, el principio de subsidiariedad pasó en un primer momento por una gran dificultad de interpretación jurídica en se determinar la tarea de su aplicación o en discernir las líneas divisorias de la ‘interconexión funcional de las distintas áreas’, que serían objeto de regulación desde el espacio transnacional, de otras que serían con total exactitud de ámbito nacional.

Así, el telón de fondo donde se centraron las dificultades en fijar los criterios o términos sustantivos generales del principio de subsidiariedad fue en determinar: *¿qué nivel regulatorio debería ejercitar una determinada competencia?*

Por ello, aún hoy, la tarea de delimitar con exactitud algunos puntos de regulación que importan en una *limitación de tipo funcional*⁹⁵³ son llevadas a la instancia jurisdiccional supra nacional (Tribunal de Justicia de la Unión Europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos); con todo, solo la naturaleza de los problemas contemporáneos va a mostrar y permitir que se opere la intervención en ámbito de la centralidad de la regulación, en pro del interés general, y no solo a nivel de un Estado-miembro o de un espacio regional más restricto.

⁹⁵³ Ibidem, p. 68.

Desde el Informe del Centro de Investigación de Políticas Económicas⁹⁵⁴ elaborado en 1993 se planteó sobre la centralización de los poderes de Unión, considerando que el principio era una ‘guía incompleta’ a las decisiones que demandaban muchas veces del examen de las circunstancias de los hechos en concreto, y que, sin embargo, la política del agua para el consumo era una de las medidas que exigían atención de una regulación excepcional.

Destacó aún en este capítulo el principio de subsidiariedad en la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH) centrando las relaciones de los servicios del mercado común y de la política del medio ambiente, lo que resaltó la doble vertiente más evidenciada del principio en que se reconocía en ámbito de la Unión el *derecho de acceder a los servicios de interés económico general (artículo 36)* y *de protección del medio ambiente (artículo 37)*, derechos estos que conllevan responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás, en condiciones de *igualdad* entre los usuarios, cómo el de *progresividad* que constituye el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y por fin, de el de *universalidad* al acceso general de los ciudadanos a los bienes públicos.

Se destacó en el contexto de la Directiva específica de los servicios 2006/123/CE, las finalidades del principio de subsidiariedad (Considerando 116) el cual debe ser aplicado teniendo como parámetro el principio de proporcionalidad.

Por último, sobre el análisis más específicamente sobre la subsidiariedad en el interés de la gestión de recursos hídricos desde la perspectiva de la Directiva marco del agua, será objeto de la parte especial de esta investigación en capítulo propio.

⁹⁵⁴ Cfr. AA.VV. *Making sense of subsidiarity: how much centralization for Europe ?* (Org.) BEGG, David et al. *Collecció Monitoring European Integration* (4). London: CEPR.1993. p.158.

“El que cree en mí». Como dice la Escritura: "De su seno brotarán manantiales de agua viva". [S. Juan, 7,38]

SEGUNDA PARTE

AGUA Y DERECHO

CAPÍTULO I

LA TRAMA DE LA VIDA: EL AGUA Y SU DERECHO.

Sección I

Perspectivas actuales del Derecho de agua.

1. La complejidad en torno de algunas cuestiones iniciales sobre el agua.

El tema del agua⁹⁵⁵ que se plantea desde el punto de vista del Derecho, en aras de un análisis científico, por supuesto, despliega varios matices, tanto se esté tratando en una perspectiva de derechos fundamentales⁹⁵⁶ sobre el derecho humano del acceso al

⁹⁵⁵ El concepto del agua como un «recurso finito y vulnerable» se destaca en la base de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, celebrada en Dublín en enero de 1992, y del Capítulo 18 de Programa 21 de las Naciones Unidas aprobada en la Cumbre de la Tierra, en Rio de Janeiro en el mismo año. Véase a propósito el documento *Informe del Secretario General E/C.7/1994/4* de las Naciones Unidas, pág. 04 (apartado 4) que trata del «Examen de los progresos alcanzados en lo referente a las cuestiones vinculadas con el agua. Recursos hídricos: progresos realizados en la aplicación del Plan de Acción del Mar del Plata y del Programa 21 en lo referente a las cuestiones vinculadas con el agua.». Págs.09-11. Cfr. Comité de Recursos Naturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. E/C.7/1994/4, de 12 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. Pág. 04. En URL: <en línea> <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/018/15/IMG/N9401815.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010].

⁹⁵⁶ Véase los estudios de PETRELLA, Riccardo. *El manifiesto del agua*. 2ª ed. Barcelona: Icaria. 2004. LOPERENA ROTA, Demetrio. *El agua como derecho humano*. En: AA.VV. *Nuevo derecho de aguas*. Cood. GONZÁLES-VARAS, Santiago. Madrid: Thomson-Civitas. 2007. Págs.81-99.

agua⁹⁵⁷, más justo y equilibrado, en la distribución de los recursos natural, como planteándose otros temas relacionados con la ordenación reguladora respecto a la protección de los recursos hídricos en la perspectiva del medio ambiente, se debe tener en cuenta el bienestar de las generaciones presentes y, asimismo, que garantice buena calidad y cantidad a las generaciones futuras.

O, de otro modo, tanto sea un estudio direccionado a delimitar los problemas jurídicos y administrativos de la gestión de los recursos hídricos en torno de la distribución de las competencias estatales, entre el nivel local, regional y central (Estado y las comunidades autónomas, Estados federales, estados-miembros y gestión del agua en los municipios etc.) lo cierto es que, muchos dilemas se hallan en esta materia respecto la descentralización y de las perspectivas de la distribución de los recursos del agua potable a variados segmentos de usuarios.

Aunque las primeras cuestiones jurídicas se centraban en indagar temas si _ (¿) existe un derecho de agua (?)⁹⁵⁸, o _ ¿en qué consiste el derecho de agua?⁹⁵⁹ o (¿) cuál es la naturaleza jurídica del agua bien público y privado, o bien común y patrimonio común_(?), los cuales, todavía hoy, son planteamientos recurrentes y relevantes en la doctrina jurídica⁹⁶⁰, sin embargo, esta investigación ahora no se detendrá en esas

⁹⁵⁷ Véase el documento del Parlamento Europeo 369.642/2006, la propuesta de Resolución en el IV Foro Mundial del Agua en 2006, que fue aprobado el texto final en el documento P6_TA(2006)0087: « Declara que el agua es un bien común de la humanidad y que, como tal, *el acceso al agua constituye un derecho fundamental del ser humano*; pide que se realicen todos los esfuerzos necesarios para garantizar el acceso al agua de las poblaciones más desfavorecidas para 2015;[...]» (Destacamos en cursiva). En URL <en línea><<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0087&language=ES&ring=P6-RC-2006-0149>> [Consultado en 11.05.2011]

⁹⁵⁸ Véase los trabajos de JÉGOUZO, Yves. *Existe-t-il un droit de l'eau?* En: AAVV. RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit*. Paris: Conseil d'État. Ed. La documentation française. 2010. P. 567. Véase LOPERENA ROTA, Demetrio. *El agua como derecho humano*. En: AAVV. Nuevo derecho de aguas. (Coord.) GONZÁLES-VARAS, Santiago. Madrid: Thomson-Civitas. 2007. Págs.81-99.

⁹⁵⁹ Véase sobre el tema *La formation du droit de l'eau*. Págs. 05-08. En: GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l'eau*. 3ª ed. Paris: Litec, 2011. Véase también, MARCOU, Gerard. *L'eau, enjeu global et gestion locale*. En: GIS-GRAL-CNRS (GROUPEMENT DE RECHERCHE SUR L'ADMINISTRATION LOCALE EN EUROPE). *Droit et gestion des collectivités territoriales: les enjeux de la gestion locale de l'eau [Textes, Jurisprudence, Doctrine et pratiques]*. (Dir.) MARCOU, Gérard. Paris: Le Moniteur. 2010. p. 33-42.

⁹⁶⁰ Véase a propósito entre otros los trabajos académicos de los juristas: JÉGOUZO, Yves. *Existe-t-il un droit de l'eau?* En: AAVV. RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit*. Op.cit. Págs. 567-576; LUCARELLI, Alberto. *La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun*. AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités*

cuestiones más ontológicas, con mayor profundidad. Ni tampoco se hará una digresión extensiva sobre la concepción del derecho de agua, pero se puntualizará un breve análisis respecto de los problemas que permean el complejo jurídico de los recursos hídricos y su contenido para la realidad actual.

1.1. El agua: un derecho convergente y divergente.

De antemano, no cabiendo aquí discurrir sobre los variados conceptos jurídicos del Derecho de agua, ni examinar los institutos que toman parte de esa rama del derecho, sino que hacer una delimitación del contenido, creemos que el derecho de agua se reorganiza en un auténtico modelo convergente de sistemas de gestión integrada basada en principios comunes de cooperación, integración, participación, información; además de otros, con funciones que aproximan las medidas de protección y regulación de los usos de las masas de aguas hacia un instituto común de la ‘demarcación demográfica de cuenca’ (o planificación hidrográfica), y con soluciones jurídicas, por veces, semejantes.

De ese modo, se explica el proceso o fenómeno de convergencia del Derecho de agua, se utilizando en ese contexto la comprensión puntualizada en la doctrina europea, al se referir al proceso de formación del derecho administrativo europeo de que:

«Por *convergencia* se entiende el fenómeno complejo por el cual, de un lado, se atenúan y en ciertos casos, además, se eliminan las principales características que diferencian los distintos sistemas administrativos; y, de otro lado, los modelos nacionales se dirigen en modo centrípeto hacia institutos y soluciones jurídicas similares»⁹⁶¹. [Destacamos en cursiva]

En otro aspecto, se puede considerar que, tradicionalmente todo un conjunto de problemas económicos y políticos afectos al control y manejo del conjunto de las aguas que forman parte de un determinado territorio (de una región o Estado), de ahí exigieren

territoriales...Op.cit. Págs. 87-98; TAITHE, Alexandre. *L'eau. Un bien? Un droit? Tensions et opportunités*. Paris: Unicom. 2008.

⁹⁶¹ Cfr. Concepto señalado por el autor Mario Chiti, p.110. En CHITI, Mario. *Derecho Administrativo Europeo*. Traducido por ORTEGA, Luis. 1ª ed. Madrid: Civitas. 2007.

la creación del Derecho de agua, se podría tratar de convergencia, en este sentido, direccionado a un derecho especializado, cómo una rama especial del derecho.

De nuestra parte, el Derecho de Agua que, se debe comprender, según cada realidad social, económica, ambiental de cada lugar, tiene se especializado cómo un conjunto de normas jurídicas de regulación de todas las ‘masas de agua’⁹⁶² sujetas a planificaciones y especificidades más adecuadas en la distribución del recurso, cuanto a los usos de los recursos hídricos y de la conservación, en permanente proceso de modificaciones, bajo control de gestión y aprovechamiento.

En otro sesgo, trayendo la aportación del derecho francés se puede determinar que el *derecho de agua* trata del «conjunto de reglas que determinan el régimen jurídico de las aguas, los derechos que los particulares pueden acceder y las medidas que se deben aplicar para proteger el recurso hídrico»⁹⁶³.

Por lo tanto, una gran parte de las preocupaciones que circunscribe el tema del agua se vuelven a la «gestión integrada de los recursos hídricos» y de los riesgos medio ambientales que, se afrontan tanto a las colectividades locales, cuanto de un entorno macro regional, consonante cada sistema normativo y de interpretaciones de la jurisprudencia, en variados contextos, y que exigen un régimen de protección de los recursos.

Ello, hace trascender algunas características precisas del derecho de agua, de un lado, relativo al *carácter cuantitativo*, que dice respecto a amenazas de reducción de las fuentes del agua dulce disponible, a la disciplina de los usos comedidos, y de otro, el *carácter cualitativo*, relacionado con medidas para combatir las contaminaciones, técnicas de tratamiento para reutilización y aprovechamiento de aguas (pluviales, residuales etc.), sanciones por abusos y otros⁹⁶⁴.

⁹⁶² Esta expresión ‘masa de agua’ utilizamos en sentido de «‘corpo d’agua’: cualquier acumulación significativa de agua’». Pág. 13. Cfr. Ministerio do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. *Glossario de termos referentes à gestão de recursos hídricos no Brasil fronteiriços e transfronteiriços*. Brasilia: 2008. Pág. 13

⁹⁶³ Esta una traducción libre. Cfr. el texto original recogida en GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l’eau*. *Op.cit.* Pág. 05.

⁹⁶⁴ Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l’eau*. *Op.cit.* Pág. 05.

Cuanto las divergencias propias del Derecho de Agua consideramos que están dimensionadas en la ‘fragmentación de normas’ del ordenamiento respecto cada sector de la economía que se esté regulando en los usos económicos de los recursos hídricos; por tanto, se concordando aún, con la opinión de que el ‘derecho de agua’ no se conforma con la idea de unidad ni material, ni formal⁹⁶⁵ en torno de ese elemento (pluri) jurídico en los ordenamientos legislativos, en su mayoría dispersos, mismo que el paradigma de la *gestión integrada del agua* intente hacer una convergencia de este derecho.

Por último, se pone una breve nota relativa al «derecho *al agua*» cómo un concepto distinto, un cauce en la perspectiva del derecho humano y originalmente un derecho de la «reserva local», recogida de la comprensión clara y concisa de la autora Montoro Chiner:

«el derecho al agua es el derecho a la proximidad del agua, o el derecho a su exclusiva utilización según la ventaja que la proximidad otorga. (...) el derecho al agua», como derecho intertemporal, de las generaciones actuales y de las generaciones futuras»⁹⁶⁶.

1.2. El agua cómo bien jurídico y complejo.

Otra proposición que se aporta necesaria, a modo de comprender los cambios del paradigma de derecho al agua, en el marco de una política económica global, es donde situar el objeto de la regulación jurídica del derecho de agua en los ordenamientos jurídicos nacionales. Cabe de partida recordar sobre la cuestión que se pone de manifiesto que refiere (¿) cuál es la identidad jurídica del agua(?)⁹⁶⁷, así considerado en el aspecto

⁹⁶⁵ Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l'eau*. *Op.cit.* Pág. 05

⁹⁶⁶ MONTORO CHINER. M.J. Agua, Derecho y Cambio Climático. (Monografías de RArAP, XI). Zaragoza: Gov. de Aragon/IAAP. 2009, Pág.229.

⁹⁶⁷ Véase a propósito la opinión del Yves JÉGOUZE para mejor ilustrar: “Por su naturaleza, el agua no es un producto como otro cualquier, incluso, si se compra y vende. No puede ser una propiedad de derecho común, pues favorecerá el uso exclusivo que desee hacer su propietario. El agua es, por tanto intrínsecamente un bien público (colectivo)”. En: JÉGOUZO, Yves. *Le droit et la gestion de l'eau en France: organisation administrative et conciliation des usages*. *Op.cit.* P. 2.

esencial un bien público complejo⁹⁶⁸, sobre el que haremos, sucintamente, unas rápidas reflexiones:

_ Primero, no es simple planificar la materia sobre la protección jurídica del agua y de la diversidad de los usos de este recurso, una vez que la propia concepción del derecho de agua es mucho controvertida entre los autores⁹⁶⁹, porque comprende una relación de patrimonio público.

_ Segundo, porque tiene un rasgo de apropiación privada (del antiguo derecho romano) y, aún, de conexiones incluso internacionales, además que desarrollan estrategias políticas complejas en un sistema de múltiples formas de actuación, compartiendo fines económicos y sociales, entre los responsables de la gestión y los destinatarios (entes públicos y privados y sociedad), el que no siempre traducen una lógica armónica entre Economía, Política y Derecho⁹⁷⁰ en la toma de las decisiones y concreción de los objetivos, según las regulaciones que se someten.

Por tanto, será necesario considerar que «el primer requisito de cualquier regulación del uso del agua es su estatuto»⁹⁷¹, lo que ni siempre resulta un criterio de unidad para discernir sobre la complejidad de tal elemento vital _ el agua_ según la instrumentalidad del derecho.

⁹⁶⁸ Vide MARCOU, G. *L'eau, enjeu global et gestion locale*. (Introduction). En: GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales...Op.cit.* p. 33.

⁹⁶⁹ Véase la concepción de la privatización del agua y del sistema de regulación. En: MCELDOWNEY John ; MCELDOWNEY, Sharron. *L'eau : Réguler une ressource naturelle dans un climat économique changeant*. p. 259-298. En : AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales ...Op.cit.* Pág. 259-274. Véase también el trabajo de TAITHE, Alexandre. *L'eau. Un bien? Un droit? Tensions et opportunités*. Paris: Unicomm. 2008.

⁹⁷⁰ Véase DAFFLON, Bernard. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique local*. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales ... Op.cit.* Págs. 43-68.

⁹⁷¹ Tomamos de prestámos la proposición del profesor JEGOUZO, Y. *Le droit et la gestion de l'eau en france: organisation administrative et conciliation des usages*. Véase URL <en línea> <<http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/11-Jegouzo.pdf>> [Consultado en 11.05.2011]

Cuando se cambia una ordenación normativa vigente respecto el tema del agua, es una señal de que se pretende alcanzar otras soluciones a los problemas que posiblemente el estatuto vigente ya no puede satisfacer, incluso considerando que nuevas dimensiones son puestas de relieve respecto a las prácticas de gestión y de incluir nuevos métodos o tecnologías en beneficios de la forma de organización, de la fiscalización, de modernización o de ventajas económicas de los servicios.

En otro aspecto, si la realidad del Estado y los problemas sociales y de Sostenibilidad ya no corresponden a ese modelo legislativo, en consecuencia, hay que sacar nuevos matices, consolidar nuevos mecanismos, engendrar nuevas formas de gestión que se conviertan en una clave más eficiente para afrontar dichos obstáculos.

_ Segundo, teniendo en cuenta esa realidad de problemas a afrontar, y tomada la complejidad del elemento agua en su tríplice dimensión: valoración económica, política y jurídica será posible determinar, dentro de un marco teórico, cuáles son las cuestiones que se debe elegir con prioridad para que se conviertan en objeto de regulación.

Algunos de los problemas que se puede identificar y calificar conforme las funciones que se desarrollan dentro de un modelo económico determinado, son:

i) _ desde la capacidad de aplicación en tecnología, _ organización presupuestaria para inversión en obras hídricas de gran envergadura, _ promover el cobro por el uso de los recursos hídricos, _ necesidad de invertir en la calidad del agua; _ de solucionar los conflictos de competencias en el reparto de los usos;

Por ello, al lado de las cuestiones administrativas-económicas, otros temas relacionados con el medio ambiente y del derecho humano, también, son puestos de relieve desde que se pasó a debatir en ámbito internacional los conflictos por el agua respecto a los problemas de la «degradación sistemática y generalizada de los ecosistemas

acuáticos continentales»⁹⁷² y sobre los efectos del cambio climático⁹⁷³, o en otro matiz, sobre nuevos retos para la conservación de los recursos hídricos y de recuperación de aguas residuales (urbanas, de riegos) y tratamiento de vertidos, el aprovechamiento de aguas pluviales o de la desalación, etc.

Por tanto, el análisis de cómo los instrumentos legales viene regulando la descentralización de las competencias en la gestión de los recursos hídricos, y de los efectos que se están a exigir, incluso con una mayor participación de los consumidores y usuarios, garantizada por los ordenamientos legales, teniendo en cuenta la gestión equitativa y suficiente de los recursos acuáticos, son medidas que se presentan en los sistemas jurídicos para armonizar complejos problemas de distribución del agua potable.

Las reflexiones son las más variadas, por supuesto, en el sentido de poner en evidencia la instrumentalidad del Derecho de Agua cómo un conjunto de respuestas a todos esos temas enlazados, mirando nuevas alternativas y medidas de control, de ejecución y fiscalidad de las políticas sostenibles del agua, ante los desafíos, cada vez más frecuentes, entre las competencias locales y regionales.

En ese sentido, se hace ahora un recorrido, preliminar, en situar el objeto-tema de análisis _ el agua_ bajo *tres grandes temas* del ‘espectro jurídico’⁹⁷⁴: _ *la valoración económica, el sector público y la soberanía*, antes de tejer las reflexiones comparativas del modelo subsidiario del derecho de agua adoptado en la gestión integrada del agua en Brasil y en el marco de la Unión Europea, incluso porque esta previa delimitación, tomando en consideración los tres temas claves, sirve de telón del fondo para establecer un parámetro que permita defender la tesis de aproximación entre los dos sistemas jurídicos distintos.

⁹⁷² Cfr. ARROJO AGUDO, Pedro. *Tipología y raíces de los conflictos por el agua en el mundo*. En: AAVV. *Agua, un derecho y no una mercancía*. (Coord.) DECLÒS, Jaume. Barcelona: Icaria. 2009. Págs. 09-33.

⁹⁷³ MONTORO CHINER. M.J. *Agua, Derecho y Cambio Climático*. (Monografías de RArAP, XI). *Op.cit.*

⁹⁷⁴ Se utiliza esta expresión en un sentido figurado cómo para designar un conjunto o serie de elementos que forman un todo;

Sección II

Derecho de agua, valoración económica y sector público

1. El principio de la valoración económica del agua.

De otro modo, señalase las aportaciones de las teorías económicas fundadas en el principio de la valoración económica del agua⁹⁷⁵ como un «bien especial de mercado»⁹⁷⁶, _ además de ser un patrimonio común y un bien público bajo la perspectiva jurídica_. El agua es un bien precioso y tiene un valor económico que corresponde a los costes del suministro, saneamiento, del tratamiento etc.

Otros temas, no menos relevantes, están relacionados con el agua en la perspectiva económica, cuando se plantea sobre los sectores sensibles de la economía (alimentos, energía, espacios urbanos y transporte fluvial) los cuales se suman todos estos que demandan importantes usos del agua.

⁹⁷⁵ Véde el *cuarto principio* de las *recomendaciones* de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente de Dublín, realizada en enero de 1992, como parte de los preparativos para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (llamada también "Cumbre para la Tierra", que tuvo lugar en Río de Janeiro en junio de 1992). En el documento, relativo a la adopción de medidas, se convino que era preciso «*desplegar una acción concertada para revertir las actuales tendencias al consumo excesivo y a la contaminación, así como para disipar la amenaza creciente que representaban las sequías y las inundaciones*» basado en cuatro principios rectores: «en primer lugar, que el agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente; segundo, que el aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles; tercero, que la mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua; y cuarto, que el agua tiene un valor económico y que es necesario reconocerla como bien económico». (Destacamos en cursiva). Cfr. COMITE DE RECURSOS NATURALES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. E/C.7/1994/5, 11 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. En URL: <en línea> <<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/pdf/N9401642.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010].

⁹⁷⁶ Cfr. DAFLON, B. *L'Economie politique de l'eau potable de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique locale*. P. 43-60. En: AAVV. *Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]*. (Dir.) MARCOU, Gérard. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 43-44. Cfr. TEISSONNIER-MUCCHIELLI, Béangère. *L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France*. (Dir.) BOURRINET, Jacques. Marseille: CERIC-Université d'Aix-Marseille III. 2003. Págs.31-51.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia en torno de la tarificación de los servicios, las reglas de financiación que influyen en los valores de las tarifas deben atender a cuatro criterios: *de equivalencia, de igualdad del tratamiento, de la cobertura de los costes y de la causalidad*⁹⁷⁷, que a continuación las comentaremos resumidamente:

1.1. Regla de equivalencia.

La primera, la *equivalencia* dice respecto a que sea fijado un valor proporcional a los beneficios ofertados, en que el usuario está obligado a pagar por el acceso al servicio. Este corresponde a la garantía del suministro y calidad, aún añadido, del consumo efectivamente utilizado, denominado de *tarifa binomio*.

1.2. Regla de igualdad de trato.

Esta segunda regla de *igualdad de trato* corresponde que la contribución causal debe corresponder al servicio prestado.⁹⁷⁸ Es un criterio *causal*, que vía de regla, el precio cobrado corresponde al servicio proporcionalmente ofertado, lo que sin duda, no cabe ponderar otros criterios diferenciales, tales como las condiciones personales de los beneficiarios, llevando en cuenta sus capacidades económicas e incluso de suficiencia relativa de cada clase de usuarios, como se citan las condiciones de edad, sanidad, minusvalía, trabajo etc.

En el derecho español, la ley de aguas establece que toda ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico, estos previstos en el artículo 2 párrafos (b) y (c) de la normativa, que requieran concesión o autorización administrativa, devengarán a favor del organismo de cuenca competente una *tasa denominada canon de utilización de bienes del dominio público hidráulico* (Art. 112). Esta tasa o ‘canon’ se destina a la protección y mejora de dicho dominio, pero, los

⁹⁷⁷ DAFFLON, Bernard. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique local*. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) MARCOU, G. Paris: Le Moniteur. 2010. Pág. 49-50.

⁹⁷⁸ Ibidem, p. 50.

concesionarios de aguas estarán exentos del pago por la ocupación o utilización de los terrenos de dominio público necesarios para llevar a cabo la concesión.

Asimismo, en el derecho español el régimen económico financiero por el uso del dominio público hidráulico, prevé la recaudación de ‘canon’ en relación al ‘control de los vertidos’ (art. 113) y de ‘regulación y de tarifa de utilización’ a los beneficiarios (art. 114).⁹⁷⁹

Relativo a *regulación y tarifa de utilización* por los consumidores (beneficiarios) la ley española establece sobre la distribución individual de la cobertura de los costes de importe global. Así, todos los beneficiados por las obras son responsables en compensar los costes, con arreglo en criterios de: *racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación* del servicio, en conformidad con el reglamento en vigor (Art. 114, apartado 4). Sobre este punto lo explicaremos con la tercera regla, a continuación.

1.3. La regla de cobertura de los costes.

La tercera regla de la *cobertura de los costes*, se apoya en el postulado de que «la suma de las ‘contribuciones causales’ recaudadas por el municipio (o ayuntamiento) por cada tarea no puede exceder el costo total del servicio»⁹⁸⁰. En el derecho español dichas ‘contribuciones sociales’ corresponden a la tasa o el ‘canon’ previstos en la ley de aguas, antes referidas.

Por lo tanto, la regla de compensación de los costes debe compensar «la autofinanciación del servicio»⁹⁸¹. Es decir, toda la financiación de los servicios públicos relacionados con la utilización del dominio público hidráulico al conjunto de los beneficiados (consumidores) para el abastecimiento del agua potable, del saneamiento y

⁹⁷⁹ Cfr. el texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, los artículos 112, 113 y 114. En URL del Boletín Oficial de España. nº 176, de 24/07/2001, <en línea> < <http://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-14276-consolidado.pdf> > [Consultada en 03 de marzo de 2014].

⁹⁸⁰ Cfr. DAFFLON, Bernard. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique local*. *Op.cit.* Pág.50.

⁹⁸¹ *Ibidem*, Pág. 50.

tratamiento de vertidos está sujeta a una cobertura de costes que no puede exceder al del propio servicio. Significa que la receta total de un servicio del dominio de suministro del agua, por ej., no puede servir para cubrir los costes de otro servicio tal como el de tratamiento de vertidos.

Por último, conviene observar que la cobertura de los costes se puede aplicar de variadas maneras de acuerdo con la regulación de cada ordenamiento jurídico, sea a través de recaudaciones de ‘canon’, cómo previsto en el sistema español, en tres especies: por *utilización de bienes del dominio público hidráulico*, para *control de los vertidos o regulación y de tarifa de utilización*, incluso agregando con otra regla, *in casu*, la de la causalidad que se examina adelante.

1.4. La regla de causalidad

Respecto esta cuarta regla de *causalidad* importa señalar que la misma delimita el *hecho generador de la obligación* de pagar. Es el derecho de tarifar el servicio o bien por su utilización.

Esta regla debe ser aplicada sistemáticamente con las demás, y en proporcionalidad con la ‘regla del trato de igualdad’ se puede observar que, no obstante, las tarifas cobradas a los usuarios deben guardar una relación de igualdad dentro de una misma base de cálculo de los costes, pero, es posible que presente algunas situaciones de excepciones, beneficiando una clase de usuarios, según criterios justificados por la ley.

Así, en muchos ordenamientos jurídicos, la regla de igualdad de trato en la fijación de los precios de la tarifa admite que se presente excepciones de la tarifa al consumo efectivo por determinadas circunstancias económicas y situaciones dichas especiales, de modo que pueden ser establecidas en conformidad con la regla de *casualidad* tarifas especiales, entre las cuales: *tarifa social* y *tarifa de ‘contingencia’*.

En la primera hipótesis es cuando el consumo pasa a ser subvencionado una parte de los costes por los gobiernos direccionado a segmento de la población más necesitada, en que se impone determinados requisitos para obtención del abono, precio

reducido por el servicio, con el fin de garantizar la universalidad del acceso al agua y saneamiento⁹⁸². También, eso puede pasar aún con las ayudas sociales a determinadas clases de usuarios, en que son beneficiados con una reducción en condiciones especiales como suele ocurrir con las tarifas de transportes públicos urbano con precio reducido a estudiantes, o exención de pago de tarifa a personas mayores.

A la vez, la segunda hipótesis tiene naturaleza de *sobrecarga para atender condiciones de emergencia e incidirá, preferencialmente, a los consumidores que no cumplen con los límites de consumo predeterminados en ley o reglamento, que fueren definidos en un periodo de racionamiento del suministro del recurso hídrico*. Así, se suele autorizar por ley una sobrecarga de tarifa a los usuarios, a título de restricción del consumo en situaciones de crisis hídrica.

Aquí, se resalta el caso de las ‘sobrecargas’ impuestas en los países: Brasil, en el Estado ‘São Paulo’ en el año 2014, que fue objeto de muchas demandas en juicio, de una vez que el racionamiento no fue declarado oficialmente por el gobierno de aquel estado, condición sin la cual no podría haber el cobro; y en Estados Unidos, el gobierno del Estado de California editó una nueva regulación respecto a la gestión del agua, en marzo de 2015, en virtud de la sequía que ya dura más de tres años, de modo que ordenó un recorte de 25 por ciento en el uso del agua urbana como parte de las medidas de ahorro de agua de la cantidad para consumo⁹⁸³.

⁹⁸² Véase la Ley brasileña nº 8987/95, de 13 de febrero, que dispone sobre el régimen de las concesiones y permisiones en el servicio público, regulamentando el artículo 175 de la Constitución Federal, prevé una diferencia de tarifas por motivos de especificidades técnicas o de clase de usuarios, *ex vi*, del artículo 13: «Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários». Cfr. LEY FEDERAL nº 8.987, de 13 de febrero de 1995. <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> [Consultada en 23 de agosto de 2011]. La Ley nº 11.445/07, de 05 de enero, que establece las directrices del saneamiento básico, prevé en el artículo 29, párrafo segundo: « Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a Sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços (...).§ 2o Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.». Cfr. LEY FEDERAL 11.445, de 05 de enero de 2007. <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm> [Consultada en 23 de agosto de 2011]

⁹⁸³ Cfr. NBCSOUTH CALIFORNIA. *Mandatory Water Cutbacks Revised, Some Cities to Save Less, Others More*. By FENIT NIRAPPIL. Los Angeles: NBC Universal Media 2014. <en línea>

Por fin, se añade que las reglas de la equivalencia, de igualdad del trato, de la cobertura de los costes y de la causalidad tiene repercusión en la tarificación por utilización de los recursos hidráulicos, además de incentivar la recuperación de los costes relacionados con la contaminación, la recuperación y control de vertidos (de aguas residuales, de riego etc.), o incentivar el ahorro y el uso racionalizado del recurso hídrico etc.

Señala aún, que estas reglas de la financiación en materia del dominio público hidráulico encuentran en el derecho europeo una clara vinculación con el principio medio de ambiente de la recuperación de los costes. En la Directiva marco del agua (DMA 2000/60/CE) del Derecho Europeo el considerando 38 establece que:

«El principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos asociados a los daños o a los efectos adversos sobre el medio acuático, deben tenerse en cuenta, en particular, en virtud del principio de que quien contamina paga. Con este fin, *será necesario un análisis económico de los servicios del agua basado en previsiones a largo plazo de la oferta y la demanda de agua en la demarcación hidrográfica*». [Destacamos en cursiva]

Asimismo, en el derecho brasileño, el ordenamiento constitucional tiene previsto en el art. 225, párrafo 3 CF⁹⁸⁴, el principio de la reparación de los daños medioambientales, que debe ser aplicado en términos administrativos y con sanciones de efectos económicos, relacionados con los principios de la financiación, segundo las leyes de medio ambiente y respectivos reglamentos. A título de ejemplo, la Ley 9985/2000, de 18 de julio, que crea el sistema nacional de protección de las unidades de conservación de la naturaleza, establece en el artículo 36 y párrafos sobre las obligaciones de compensación de los daños ambientales y de licencias ambientales para concesiones de obras de grandes impactos.

<<http://www.nbclosangeles.com/news/local/Mandatory-Water-Cutbacks-Revised-for-Los-Angeles-San-Diego-300540551.html>> [Consultado en 21 abril 2015]

⁹⁸⁴ Véase el texto original de la Constitución Federal de 1988: «Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. *Omissis*. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. » Op.cit.

«Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º. *O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.* »⁹⁸⁵ [Destacamos en cursiva]

Por fin, se concluye que la regulación de gestión del agua tras los últimos dos decenios, se volvieron entre otras razones a replantear la gestión de los recursos hídricos con especial atención a los aspectos económicos, incluso de las reformas normativas en varios contextos de las concesiones privadas delegatarias de los servicios del agua hasta los más recientes retos de la remunicipalización.

2. Derecho de agua y sector público.

Hoy se demarca que el Derecho de agua es el sector del «demanio de las aguas» por excelencia, que tiene en consideración los distintos rasgos de la materia del agua en ámbito administrativo y medio ambiental, que se refiere a distribución territorial de competencias, de la planificación hidrológica, de la protección del medio ambiente y los recursos hídricos, del mercado del agua, del trato de vertidos, de fiscalidad y control de los servicios relacionados con el agua etc.⁹⁸⁶.

Antes, en el régimen jurídico de los bienes privados, se solía incluir con mayor predominancia entre las «propiedades especiales» la apropiación privada de las aguas; pero ahora, los ordenamientos constitucionales pusieron de relieve una cierta

⁹⁸⁵ Cfr. La Ley Federal nº 9985/00, de 18 de julio. En URL: <en línea>
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm [Consultado en 23 agosto de 2011]

⁹⁸⁶ LÓPEZ MENUENDO, Francisco. *Problemática jurídica del régimen de la concesión de aguas*. AA.VV. *Conflictos Jurídicos en la Gestión y uso del agua*. ((Dir) EMBRID IRUJO, Antônio. Estudios de Derecho Judicial 97. Madrid: CGPJ/Thomson-Civitas. 2006. Pág. 59

relativización del dominio privado de las aguas, limitada al uso y aprovechamiento, en tanto cuanto se subraye la alternativa por una «declaración pública de los recursos hídricos».

Por supuesto, las constituciones de muchos países adoptaron ese rasgo catalogando los recursos hídricos como vinculados al interés general o en gran parte repartidos entre los dominios de bienes públicos perteneciente al Estado, y conforme cada sistema en particular se puede repartir los bienes públicos entre los de dominio de la Unión y de Estados-miembros, cuando se esté refiriendo a un país federal, o en un país no federal (el Estado Unitario, descentralizado o regionalizado que suele presentar una separación entre bienes públicos de dominio del Estado central y de sus unidades autónomas), remitiendo a la legislación ordinaria una regulación más específica, incluso entorno de los usos en lo que concierne a la función social de la propiedad privada.

2.1. Breve referencia al modelo español.

Véase en la Constitución de España (adelante CE), p.ej., que el artículo 132 apartado 2 CE, aunque no se refiere a una disposición exacta de todos los recursos hídricos cómo bienes públicos, lo que ha sido llevado a una reserva de ley, y, al cabo, hoy en día, la Ley de Aguas nº 29/85⁹⁸⁷ (texto refundido) contiene una regulación precisa sobre qué bienes son de dominio público; no obstante, queda claro que en el sistema constitucional español, el mencionado dispositivo ostenta al lado del artículo 128 de la CE, la condición del *régimen público de interés general a los recursos hidráulicos*⁹⁸⁸, *ex vi*, de los mencionados dispositivos, adelante destacados:

⁹⁸⁷ Véase la Ley de Aguas 29/1985, de 02 de agosto. Fue modificada por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Aguas, y sus posteriores actualizaciones hacia 2013. Cfr. Boletín Oficial del Estado nº 176, de 24/07/2001, <en línea> <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-14276-consolidado.pdf>> [Consultada en 03 de marzo de 2014].

⁹⁸⁸ Cfr. en ese sentido las siguientes opiniones en la doctrina española: «El agua como recurso. Propiedad pública y privada. Las presiones casi irresistibles sobre el aprovechamiento de ciertos acuíferos». En: EMBID IRUJO, Antonio. *Evolución del derecho y de la política del agua en España*. Madrid: RAP/CEPC. 2001. (156), Págs. 61-65; y «Una opción política: distintas fórmulas jurídicas para incidir en la regulación de las aguas privadas. La función social de su titularidad dominical *versus* la demanialización de todos los recursos hidráulicos». MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho de Aguas*. Madrid: Editorial Civitas.1997.Págs.

Artículo 128.

«1. *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.*»

.....

Artículo 132.

1. *Omissis.*

«2. *Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.*» [Destacamos en cursiva]

De otra banda, la CE garantiza la función social de la propiedad de los bienes privados e el artículo 33, y en otro aspecto sobrelleva la protección del medio ambiente cómo un recurso que debe ser protegido por todos.

Artículo 33.

«1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*

2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*»

3. *Omissis.* [Destacamos en cursiva]

Artículo 45

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

3. *Omissis.* [Destacamos en cursiva]

2.2. El demanio público del ordenamiento constitucional de Brasil.

Asimismo, el texto constitucional del ordenamiento brasileño en términos de *demanialidad de los recursos hidráulicos*, presenta hoy, dispositivos más detallados relacionando cuales «bienes públicos» son de dominio de la Unión, y los que pertenecen a los Estados, de conformidad con cada territorio donde estén situados. Eso, consonante los artículos 20 y 26 de la CF de 1988⁹⁸⁹, que se transcribe a continuación:

⁹⁸⁹ Vide <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> [Consultado en 03 de marzo de 2014]

«Art. 20. São bens da União:

Omissis;

III - *os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham*, bem como os terrenos marginais e as *praias fluviais*;

IV – *omissis;*

V - *os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva*;

VI - *o mar territorial*;

VII - *omissis*

VIII - *os potenciais de energia hidráulica*;

IX - *omissis;*

X - *omissis;*

XI - *omissis;*

§ 1º - *É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.*»

.....

«Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – *as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;*»
[Destacamos en cursiva]

Por tanto, los cambios que conducen al predominio del régimen público de agua, cada vez más centrado en la gestión integrada del agua, sin descuidar de las relaciones privadas, anteriormente existentes, en torno de los recursos hídricos, ya no se equiparan a las antiguas aportaciones del derecho romano relativo a fenómenos climatológicos que dieron origen a los institutos jurídicos de aluvión, avulsión, álveos etc., sino que se ocupan con problemas medio ambientales, más graves y frecuentes, decurrentes de inundaciones, sequías prolongadas, contaminaciones de aguas dulces y del medio marino entre otros y de una equitativa distribución de los recursos hídricos.

Estos son problemas que evidencian un necesario trato de los «temas emergentes»⁹⁹⁰ en efectivizar nuevos estándares de la regulación y control público a través

⁹⁹⁰ Expresión empleada por el autor LÓPES MORENO. Ibidem, Pág. 59.

de medidas de gestión tales como la planificación hidrológica, reuso de aguas, construcción de transvases, desalación, el control de reserva de los caudales, de acuíferos sobreexplotados etc., todo eso con la participación de usuarios y de entes privados, estos último a través de las concesiones.

Por tanto, el Derecho de Agua conlleva varios modelos de gestión pública o privada, que va desde las concesiones otorgadas, tradicionalmente, por el poder público a empresas multinacionales o nacionales privadas para explotación, distribución y cobro de tarifas del suministro del agua potable, a través de un título formal de habilitación; o entonces, pasando a nuevo régimen de *remunicipalización* de iniciativa del poder público local en asumir el suministro de los servicios de agua a múltiples usuarios, de actuar en defensa de la buena prestación a los usuarios a través de reinversiones en las infraestructuras de los recursos hidráulicos, y en acciones de preservación de manantiales y caudales, de la cantidad y calidad de los recursos.

Sección III

Soberanía del agua y el principio de subsidiariedad.

Como ya lo explicamos en la parte general de este trabajo, el objetivo de investigar los fundamentos del principio de subsidiariedad direccionado a la gestión hídrica, se justificó no solo en examinar el principio a partir de su inserción como principio jurídico en la teoría del derecho público, relacionándolo a otros componentes de la teoría general del derecho administrativo, pero también se llevó, a continuación, a responder las cuestiones más precisas de la problemática central de esta tesis centrada en la relación del principio de subsidiariedad con el derecho de agua, que se resume en indagar: *¿cuál es la cuestión subsidiaria que se plantea, hoy en día, al derecho de agua?*

Así, en la primera parte de este estudio se examinó sobre la función de subsidiariedad desde la perspectiva de derecho público y en el marco del derecho constitucional, administrativo y europeo, y bien así, en la perspectiva medioambiental relacionándola con la soberanía y la descentralización territorial y funcional.

Ahora bien, queda por se examinar el principio de subsidiariedad aplicado al derecho de agua, o más específicamente, las implicaciones que produce en la gestión de los recursos hídricos, desde la perspectiva de la *territorialidad como un punto clave de la política de la gestión hídrica* relativa a administración y planificación⁹⁹¹.

Por tanto, en la parte general se analizó los instrumentos jurídicos que tiene enlace con el principio de subsidiariedad desde la cuestión relacionada con la soberanía, y los temas de la centralización, descentralización y autonomía que desbordan en las competencias organizacional y funcional del Estado.

Además, a par de la relevante función de subsidiariedad en tema general de regulación y organización competencial del derecho administrativo (subsidiariedad social

⁹⁹¹ GAZZANIGA, Jean-Louis *et al.* *Le droit de l'eau*. 3^a ed. Paris: Litec, 2011.P. 166.

y subsidiariedad en medio ambiente), será más específicamente en este último que se va detallar, en lo que se atañe a la nueva regulación de la política del agua y de protección de los medios acuáticos, con la subsidiariedad en tema de relevancia de la «gobernanza del agua»⁹⁹², que se abordará en el apartado siguiente.

Por último, se subraya que relativo a la subsidiariedad en el derecho de agua aplicada al modelo de gestión integrada de los recursos hídricos el marco de la Unión Europea y en el modelo legislativo de Brasil, de manera singular, se pone de relieve que en los dos sistemas de derecho comparado el poder de «soberanía de las colectividades territoriales» tiene sido realzado cómo el nuevo reto de la función de subsidiariedad y de la cooperación.

En particular, se ha reforzado la competencia compartida de la gestión del agua en ámbito de la organización territorial local en materia del abastecimiento del agua y del saneamiento básico, un matiz que se acentuó en los años ochenta del siglo XX, bajo las directrices de la política global de *gobernanza del agua*, de que trataremos a seguir:

1. Gobernanza del agua y participación ciudadana.

La gobernanza del agua implicó un cambio de paradigma, en los últimos decenios del siglo pasado, en la tarea cada vez más agregada a políticas globales replanteando una nueva ordenanza del agua integrada en el territorio con la gestión local. Significa, por tanto, redefinir las funciones subsidiarias del Estado y de las colectividades locales en la gestión de los recursos hídricos, una cuestión antigua y exigida por los defensores del liberalismo, a principios del siglo XX al tema de los servicios público, _que antes fue entregado al mercado mediante las concesiones de explotación de los servicios de agua a las empresas o grupo privados de dominio del agua_, pasó entonces a exigir una creciente participación de los usuarios en la gestión de los recursos hídricos.

⁹⁹² Ibidem. P. 166.

Así, por gobernanza «se refiere a un proceso de coordinación de actores, grupos sociales, que no son todos del Estado, ni solo público, para lograr metas, discutidas y definidas colectivamente en ambientes fragmentados e inciertos»⁹⁹³.

Es cierto que a partir de los años ochenta del siglo XX, en algunos países europeos las decisiones meramente políticas adoptados durante largos años ya no eran más suficientes ante las continuas reivindicaciones de la sociedad civil por un modelo de gestión del agua que privilegiase la amplia participación de los usuarios. Se planteaba entonces, un modelo más democrático confiado a los intereses de las colectividades territoriales locales.

Por tanto, el punto clave en tema del derecho de agua era saber dónde poner la soberanía de la gestión del agua entre *centralización y descentralización*⁹⁹⁴.

En los años ochenta y decenios siguientes se demarcó la tendencia de la *descentralización de la gestión del agua*, de manera fuerte en el continente europeo, reforzando el poder de las autonomías de comunidades, como ha pasado en España, p.ej., en especial en materia de la ordenación de ejecución de gestión del agua y saneamiento básico. Se fue señalando la relevancia de la descentralización de la gestión del agua y de organización territorial del uso del suelo, consonante nuevos textos de leyes de agua aprobadas en Francia⁹⁹⁵, Suecia⁹⁹⁶, Italia⁹⁹⁷, España⁹⁹⁸ etc.

⁹⁹³ Véase este concepto en COMMAILLE, J. et JOBERT, B. *Les métamorphoses de la régulation politique*. Paris: LGDJ, 1998, p. 28 Apud GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l'eau*. Op.cit.P. 167.

⁹⁹⁴ Véase RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit*. Paris: Conseil d'État. Ed. La documentation française. 2010. Pág. 61.

⁹⁹⁵ Ibidem, Pág. 59-61.

⁹⁹⁶ Véase a propósito el trabajo de PERSSON, Kenneth y FINNSON, Anders. *Le cadre institutionnel et réglementaire de la distribution d'eau en Suède*. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale En Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau* Op. cit. Págs. 275-285.

⁹⁹⁷ Véase a propósito el trabajo de CITRONI, Giulio. *Un mise en oeuvre sans normes: deux décennies de réformes dans les services de l'eau en Italie*. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau*. Op.cit. Págs. 287-297.

⁹⁹⁸ Véase a propósito el trabajo de CALVO MIRANDA, José Luis. *La distribution d'eau potable et l'assainissement des eaux résiduaires urbaines en Espagne*. En: AAVV. Grale (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau*. Op.cit. Págs. 299-310.

Además, ante la expedición de la Directiva marco del agua 2000/60/CE en el derecho europeo nuevos criterios de aplicación de medidas sobre la protección general del medio ambiente y que afecten a la gestión cuantitativa de los recursos hídricos, a tenor de los artículos 174, apartados 1 y 2 y 175, apartados 1 y 2 y, puesto de relieve el objetivo de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, consonante el artículo 95 apartado 2 del Tratado, enmarcan las exigencias de adoptar la organización de los servicios públicos del derecho nacional⁹⁹⁹ entorno de la gestión del agua con los objetivos generales propuestos en la Directiva, que, se basará en un nivel de protección elevado, y teniendo en cuenta la armonización de los ordenamiento.

De relieve, los servicios de suministro del agua y saneamiento establecidos en el derecho nacional aunque siguen un cierto margen de libertad en la coordinación de los Estados-miembros, de acuerdo con las competencias descentralizadas por cada Estado entre los niveles internos, en determinar la composición y organización interna de sus servicios, y, con toda autonomía a producir reformas administrativas que entendieren relevantes, incluso con libertad de disponer sobre el reglamento del régimen jurídico, no obstante, dicha competencia no puede contrariar las normas del Tratado o que afecten los límites del interés de la Unión, en conformidad con los artículo 86¹⁰⁰⁰.

De otro lado, en Brasil, los años noventa del siglo XX, fue marcado pela descentralización municipal, dando mayor autonomía a estos entes locales en regular,

⁹⁹⁹ El Tratado dejó a entera libertad de los Estados miembros crear, suprimir o generar los servicios públicos de interés general, en conformidad con el artículo 16:

« Artículo 16. Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.

¹⁰⁰⁰ Véase el Tratado UE: « Artículo 86. 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.». En URL: <en línea> < http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf> [Consultado en 09 de mayo de 2011]

organizar y ejecutar los servicios de interés de las instancias locales, período en que fueron creados nuevos municipios en varios Estados-miembros.

Al fin y al cabo, la *gobernanza del agua* resulta de un «consenso entre partes» que introduce un conjunto de procedimientos controlados por los organismos de cuencas encargado de la demarcación hidrográfica (Confederaciones hidrográficas) o de Comités de planificación hidrológico¹⁰⁰¹ (incluso las comisiones locales del agua, comités de contratos de ríos, consorcio municipales de gestión del agua etc., expresiones que son empleadas que cambian de una legislación a otra de cada país), que interviene en la toma de decisiones para la adaptación de orientaciones, de medidas, y técnicas de gestión de los recursos hídricos¹⁰⁰².

En suma, los actores que toman parte del proceso de la gobernanza del agua, se caracterizan en tres vertientes o agrupaciones, según la naturaleza jurídica: a) colectividades territoriales y los grupos integrantes; b) el Estado y las agencias del agua, los establecimientos públicos de competencia nacional, regional (o autonómica) y local; c) las empresas privadas delegatarias de los servicios del agua, los usuarios o sus representantes.

Así, la gobernanza del agua también presenta tres rasgos importantes: a) las funciones de regulación y control por parte del Estado y de las agencias reguladoras; las funciones de participación de las asociaciones de usuarios y, el último, la cooperación relativa a las aguas de ríos internacionales con gestión compartida entre dos Estados o más¹⁰⁰³.

Relativo a la participación, se distingue dos formas de participación: de una parte, la participación de los usuarios reunidos en asociaciones, cuando se trata de una

¹⁰⁰¹ Véase el Considerando 49 de la DMA 2000/60/CE: “(...) *La adaptación de determinados aspectos técnicos de la presente Directiva al progreso técnico y a la normalización de los métodos de supervisión, muestreo y análisis ha de realizarse mediante el procedimiento de comité.(...)*”.

¹⁰⁰² Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis *et al.* *Le droit de l'eau. Op.cit.* Pág.167.

¹⁰⁰³ Cfr. RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit. Op.cit.* P. 72.

participación directa de la sociedad civil, y, de otra parte, la participación a través de los organismos públicos u organizaciones civiles de interés público¹⁰⁰⁴.

Consonante destacó la doctrina francesa¹⁰⁰⁵ el derecho de agua había desarrollado un cambio en la ‘gobernanza del agua’ con la coparticipación de entes privados y de la sociedad civil en la decisiones de gestión de los recursos acuáticos, estableciendo un nuevo estándar mezclado con prácticas institucionales antiguas, que ahora, sería posible reunir un conjunto de órganos estatales (agencias o autoridades reguladoras del sector de agua, organismos o comités de cuencas hidrográficas), además de los representantes de gobiernos locales, de las colectividades, de las comisiones técnicas de expertos (en infraestructuras hídricas, miembros de inspectorías y auditorías de gestión financiera de los costes), y los representantes del mercado y profesionales encargados de gestión económica de los recursos en determinado territorio.

La gobernanza del agua es, por tanto, uno de los mecanismos para mejor alcanzar la calidad de las aguas, al lado de la educación/concienciación y de la recogida y seguimiento de datos. Según el entendimiento de la Agencia Nacional del Agua en Brasil, la gobernanza del agua ante todo es un sistema en que se define «quien recibe y cual agua, cuándo y cómo», por eso incluye, de modo singular, la incardinación de acuerdos internacionales con la regulación nacional, en se emprender políticas con la participación de las instituciones asociadas, además de la participación ciudadana y del sector privado.¹⁰⁰⁶

1.1. Participación e información en la Directiva marco del agua de la UE.

¹⁰⁰⁴ Véase sobre los comentarios de BURCHI, M. *Les orientations actuelles du droit de l'eau en droit comparé. Séance 2 _ La gestión de l'eau: centralisation ou décentralisation?* En: *Actes Seminaires de droit compare su l'eau*. (Org. JEGOUZO, Yves). Paris: Université Paris I / Agence de l'Eau Seine-Normandie. 2000/2001. Pág. 47-48.

¹⁰⁰⁵ Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis *et al. Le droit de l'eau. Op.cit.* p. 167.

¹⁰⁰⁶ Cfr. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Cuidando das Águas.Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*. Brasília: ANA/PNUMA. 2011. Pág. 76.

Relativo a *participación e información* la DMA 2000/60/CE, trató en el artículo 14, declarando los medios documentales puestos a disposición del público para ese fin, lo que tiene presente implícitamente la nueva forma de *gobernanza del agua*:

«1. Los Estados miembros fomentarán la *participación activa de todas las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva, en particular en la elaboración, revisión y actualización de los planes hidrológicos de cuenca*. Los Estados miembros velarán por que, respecto de cada demarcación hidrográfica, se publiquen y se pongan a disposición del público, incluidos los usuarios, a fin de recabar sus observaciones, los documentos siguientes:

a) un calendario y un programa de trabajo sobre la elaboración del plan, con inclusión de una declaración de las medidas de consulta que habrán de ser adoptadas, al menos tres años antes del inicio del período a que se refiera el plan;

b) un esquema provisional de los temas importantes que se plantean en la cuenca hidrográfica en materia de gestión de aguas, al menos dos años antes del inicio del período a que se refiera el plan;

c) ejemplares del proyecto de plan hidrológico de cuenca, al menos un año antes del inicio del período a que se refiera el plan.

Previa solicitud, se permitirá el acceso a los documentos y a la información de referencia utilizados para elaborar el plan hidrológico de cuenca. (...)). [Destacamos en cursiva]

La función de los Estados-miembros en la gobernanza del agua será fomentar la participación de los diferentes grupos sociales en las decisiones administrativas en torno de las políticas del agua, planificando la consulta pública en tres etapas desde la elaboración, revisión y actualización del plan de gestión.

Estas etapas resultarán en el despliegue de cuatro componentes, a saber: 1) facilitar las informaciones y documentos al conocimiento público relacionados con los proyectos de gestión; 2) organizar las respuestas a las y propuestas; 3) organizar las consultas de acuerdo con el calendario fijado con anterioridad del plan de acciones; y 4) reforzar las informaciones en torno de los riesgos de la gestión del agua con el fin de permitir la máxima participación de todos los actores en el proceso participativo¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁷ Véase en ese sentido los comentarios de GAZZANIGA, Jean-Louis *et al* en «104. – Participation des acteurs de l'eau». Ibidem. Pág 42.

El primer análisis respecto la relación entre principio de subsidiariedad y derecho de agua, en el marco de la política del agua de la Unión Europea, ya fue tratado en el Capítulo anterior, Sección III, apartado 4, que refiere al «principio de subsidiariedad en la gestión sostenible del agua en la Unión Europea». En el antedicho apartado se examinó la Directiva marco del agua 2000/60/CE hecho algunos recortes sobre la aplicación del principio de subsidiariedad.

Así también, fue destacado un caso en concreto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, que interpretó la reclamación de la Comisión Europea por supuesto incumplimiento de transposición de la referida Directiva por parte del Estado alemán. El recurso desestimó la pretensión de la Comisión; además, puso de relieve que no se había configurado ningún error de interpretación restrictiva por parte del Estado alemán, en tema de interpretación del concepto de *servicios relacionados con el agua* (del artículo 2, apartado 38 de la DMA 2000/60/CE), en el ejercicio de su poder de regulación de la respectiva Directiva al derecho interno.

1.2. Participación e información en la ley de agua de España.

De otra banda, señalase en el derecho español, en el marco de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que modificó la Ley de Aguas nº 29/1985, de 2 de agosto, el artículo 27 hizo una valoración de la asociación de usuarios denominadas de «comunidades de usuarios» llevadas al carácter de *corporaciones de derecho público*¹⁰⁰⁸ que ejercen poderes de gestión, pero con limitaciones sujetos a sanciones por infracciones. Véase la Ley 46/1999:

«Artículo 27. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 74, con los siguientes contenidos:

"1. *Las Comunidades de Usuarios tienen el carácter de corporaciones de derecho público*, adscritas al Organismo de cuenca, que velará por el cumplimiento de sus Estatutos u Ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento. *Actuarán conforme a los procedimientos*

¹⁰⁰⁸ <en línea> <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-23751> [Consultado en 22 noviembre de 2014]

establecidos en la presente Ley, en sus Reglamentos y en sus Estatutos y Ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Los Estatutos y Ordenanzas de las Comunidades de Usuarios incluirán la finalidad y el ámbito territorial de la utilización de los bienes del dominio público hidráulico, regularán la participación y representación obligatoria, en relación a sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua; y obligarán a que todos los titulares contribuyan a satisfacer en equitativa proporción los gastos comunes de explotación, conservación, reparación y mejora, así como los cánones y tarifas que correspondan. Los Estatutos y Ordenanzas de las Comunidades, en cuanto acordados por su Junta General, establecerán las previsiones correspondientes a las infracciones y sanciones que puedan ser impuestas por el jurado de acuerdo con la costumbre y el procedimiento propios de los mismos, garantizando los derechos de audiencia y defensa de los afectados.» [Destacamos en cursiva].

En cuanto, a la participación de usuarios en organismos públicos, a ejemplo de Comités de cuencas, la responsabilidad de estos participantes no se limitará solo a cuestiones de amenazas a los recursos hídricos, sino en ámbito general con la gestión descentralizada y con participación en la deliberación en la toma de las decisiones administrativas.

1.3. Participación e información en la ley brasileña de política nacional de recursos hídricos.

Observa-se, por último, que el en sistema de ley brasileña nº 9.433/1997, de 08 de enero¹⁰⁰⁹ que trata de la política nacional de los recursos hídricos fue establecido entre los fundamentos de gestión: *la participación de los usuarios y de las comunidades:*

«Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

¹⁰⁰⁹ <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm> [Consultado en 22 noviembre de 2014].

Omissis.

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser *descentralizada* e contar com *a participação* do Poder Público, *dos usuários e das comunidades*.
[Destacamos en cursiva]

Asimismo, el legislador brasileño ha adoptado entre los principios básicos de la *función de la información* garantizar el acceso a las informaciones a toda la sociedad, y la participación será llevado a efecto a través de las organizaciones civiles, legalmente constituidas, con finalidad de actuación en tema de recursos hídricos, consonante prescribe en los siguientes dispositivos legales adelante destacados:

«Art. 26. São *princípios básicos* para o funcionamento do Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos:

- I - *descentralização* da obtenção e produção de dados e informações;
- II - coordenação unificada do sistema;
- III - *acesso aos dados e informações garantido à toda a sociedade*.

«Art. 47. São consideradas, para os efeitos desta Lei, *organizações civis de recursos hídricos*:

- I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas;
- II - *associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos*;
- III - *organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos*;
- IV - *organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade*;
- V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

Art. 48. *Para integrar o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, as organizações civis de recursos hídricos devem ser legalmente constituídas.»*

Por fin, este marco de regulación de la política del agua con la participación efectiva de los organismos sociales y de la transparente información a los usuarios de modo general, organizado en un sistema unificado sobre los recursos hídricos, enmarcan unos significativos caracteres de la gobernanza del agua en los distintos ordenamientos jurídicos en torno de la gestión integrada de los recursos hídricos (_en algunos países no tan recientes cómo se suele referir los ordenamientos de España, Francia entre otros_),

pero tal la aproximación de este conjunto de acciones y medidas relacionados con la gestión del agua y de protección de los recursos se rinden cuentas a los problemas o preocupaciones del entorno mundial relacionados el medio ambiente y la economía.

Por ello, nos parece apropiado delimitar una comprensión más didáctica de esta relación problemas con la gestión de los recursos hídricos y los nuevos matices del derecho de agua en dos vertientes: *a) problemas medioambientales y económicos* relativos al derecho de agua; y *b) problemas administrativos que se plantean en ámbito del derecho de agua*. Pasaremos a un análisis en separado.

2. Problemas medioambientales y económicos relativos al derecho de agua.

Hasta los años 80, pocos estudios climatológicos eran capaces de determinar los impactos traídos por las alteraciones del clima en el planeta, y determinar en qué proporciones el cambio climático estaba afectando las condiciones del aire atmosférico, el ciclo del agua y el abastecimiento en las ciudades y en los aglomerados urbanos¹⁰¹⁰, pues no eran llevado tan en serio estos impactos bajo las falta de evidencias de los riesgos, excepto cuando los primeros documentos fueron tema de la agenda internacional¹⁰¹¹, y de

¹⁰¹⁰ Un análisis más detallado de la relación ‘cambio climático’ y agua aplicado al Derecho fue abordado por la autora María Jesus Montoro Chiner (directora de esta tesis) en trabajo monográfico publicado en el XVII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, 23-25 de octubre de 2008). Véase el capítulo que trata del «El cambio climático como objeto del Derecho» en que introduce la temática delimitando el marco jurídico: «*El cambio climático entendido como conjunto de variaciones climáticas que afecta al planeta Tierra, originadas por la acción humana tras la Revolución industrial comenzó siendo una alerta que se vio con escepticismo y ha acabado por tener un reconocimiento jurídico. Ya constituía objeto del Derecho el cambio climático hace casi veinte años, pero su espaldarazo a nivel internacional surge, en efecto, del Protocolo de Kyoto de 1997, (que desarrolló la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992).*». p. 236. Véase también, más aportaciones en: «*3. Si el cambio climático es una evidencia ¿las medidas activas de las Administraciones se encaminan a la mitigación de sus efectos?*» MONTORO CHINER, M.J. *Agua, Derecho y Cambio Climático*. (Monografías de RArAP, XI). *Op.cit.*, Págs. 261-266.

¹⁰¹¹ Recordase que en la *Cumbre de la Tierra* (Rio-92) realizada en Brasil, fue aprobado el *Programa 21* de las Naciones Unidas, constando en el capítulo 18 sobre las disposiciones al tema de los recursos hídricos. Cfr. Informe de la Naciones Unidas. COMITE DE RECURSOS NATURALES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. E/C.7/1994/5, 11 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. En URL: <en línea> <<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/pdf/N9401642.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010].

manera singular, en tema de recursos hídricos ¹⁰¹² indicando que a causa de las consecuencias del calentamiento global, tres problemas ambientales cruciales interferirían en las cuestiones del agua, a se destacar los problemas ¹⁰¹³ relacionados con:

- _ La disponibilidad de las fuentes de agua dulce;
- _ La producción mundial de alimentos; y,
- _ Los eventos climatológicos naturales causado por sequías e inundaciones más frecuentes.

Y, más específicamente, sobre la disponibilidad de los recursos hídricos disponibles en el planeta, ellos se centran en dos caracteres, ya subrayados antes relativo al derecho de agua, que se refiere a “cantidad y la calidad de las aguas”, sobre todo de los recursos de agua potable. Sí que esta tiene se sumado entre las preocupaciones más frecuentes y comunes en las cumbres internacionales entre Estados, aproximando gobiernos y sociedad en afrontar en sus respectivos territorios tales dificultades, en razón de mayor demanda de consumo del agua potable y menor oferta del recurso, lo que varía siempre de una región a otra.

Sin embargo, son atribuidas a las causa de tantos desequilibrios ecológicos en materia de los recursos hídricos, las siguientes situaciones más comunes: i) las amenazas al buen estado de conservación de las cuencas hidrográficas; ii) los procesos de creciente urbanización de regiones costeras; iii) las demandas de los sectores más sensibles de la economía relacionados con el agua; iv) las tensiones decurrentes de condiciones climatológicas de cada región influyendo en la economía local e interregional¹⁰¹⁴.

En resumen, los problemas del medio ambiente y económicos relacionados con el derecho de agua se suman, desde los años noventa, pareciendo más centrado en la

¹⁰¹² Véase el Informe resumen de los compromisos de la Conferencia Internacional del Agua y Medio Ambiente (Carta de Dublin) realizada en enero de 1992. COMITE DE RECURSOS NATURELES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General E/C.7/1994/5*, 11 de enero de 1994. *Op.cit.*

¹⁰¹³ Véase en ese sentido los siguientes textos: «Une crainte aggravée par les conséquences du réchauffement climatique» y «Les incidences du réchauffement climatique». En: RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit. Op.cit.* Págs. 97 y 112-114.

sostenibilidad global y menos de un problema de regulación de base local de las ciudades y del entorno. Ese fenómeno se explica debido a las repercusiones con que se agravaron, y que pasaron a ser dimensionados, incluso impulsados por los efectos producidos por el *cambio climático*¹⁰¹⁵.

Dentro de esa complejidad que comentamos hasta aquí, queda por fin, referir que entre estos varios matices, seleccionamos tres de los problemas que son de mayor gravedad, porque afectan los retos de la regulación del agua.

Denotase con mayor énfasis, los que se afrontan a nivel global, en la agenda de los foros y cumbres, tanto sea en un contexto macro del ámbito europeo o del continente latino-americano o de cualquier rincón del planeta, o más, particularizado, en el debate de la doctrina jurídica, cuanto esté refiriendo, p.ej., al análisis del derecho español o brasileño. Eso porque todo el derecho nacional de los países, ahora son afectados por las interconexiones en materia de derecho del medio ambiente. Señalamos, entonces, los problemas contemporáneos relacionados con el agua, sin con todo desmenúzalos:

a) primer, el hecho de que la distribución del agua es extremadamente desigual entre las poblaciones, aunque esté tratando del entorno global o en nivel local;

b) segundo, la calidad del agua como elemento vital, a causa de la incesante contaminación de las aguas superficiales (ríos, lagos, canales) y aguas subterráneas (los acuíferos o capas freáticas) llevado a un creciente desequilibrio producido por vertidos incontrolados de aguas residuales, industriales o domésticas, o de las aguas de riego, bajo la contaminación agrícola por el uso incorrecto de pesticidas variados, fertilizantes y abonos etc. Ello, además de provocar grandes índices de mortandad infantil en zonas de bajo desenvolvimiento socio-económico, en otras, causan el estrés hídrico en gran parte de zonas desarrolladas. En consecuencia, el uso del agua rebasa el de la disponibilidad de agua

¹⁰¹⁵ Véase el Informe Stern. En: STERN REVIEW. *La economía del cambio climático*. (Dir.) STERN, Nicholas. London: HMTreasury. 2007. Disponible en URL: <en línea> <<http://www.catedracambioclimatico.uji.es/docs/informestern.pdf>> [Consultado en 10 octubre de 2010].

(como se registra, ahora en la crisis hídrica que se pasa en el Estado de Sao Paulo en Brasil)

c) tercero, se subraya el riesgo de escasez de agua debido al cambio climático, en el que se agrega las situaciones más evidentes: la desertificación, la fusión de los glaciares, la disminución de los niveles freáticos y la elevación de las aguas saladas que amenazan las reservas de agua en muchos lugares del mundo, etc.

Estas preocupaciones fueron objeto del Programa 21 de las Naciones Unidas (o Agenda 21) para el medio ambiente relacionado con la política del agua en ámbito mundial orientada por un conjunto de *metas* establecidas en el capítulo 18¹⁰¹⁶, apartado 18.5.: a) Ordenación y aprovechamiento integrados de los recursos hídricos; b) Evaluación de los recursos hídricos; c) Protección de los recursos hídricos, la calidad del agua y los ecosistemas acuáticos; d) Abastecimiento de agua potable y saneamiento; e) El agua y el desarrollo urbano sostenible; f) El agua para la producción sostenible de alimentos y el desarrollo rural sostenibles; g) Repercusiones del cambio climático en los recursos hídricos.

Pasemos a la conclusión, a una síntesis de los problemas económicos de la gestión del agua, tema que se divide en cuatro ejes económicos principales¹⁰¹⁷ relacionados con el agua, algunos ya fueron mencionados antes: alimentación, ciudades, energía y transporte fluvial:

a) la cantidad del agua disponible para los consumidores y usuarios.

Ello, teniendo en cuenta los varios usos del agua para hogares, escuelas, rede de sanidad, establecimientos públicos o cualquier actividad económica). Además de la cantidad, la suficiencia económica de los recursos hídricos en cada territorio es factor de

¹⁰¹⁶ Véase el Capítulo 18 (apartado 18.5) que dispone sobre la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce. Cfr. el documento disponible en el URL: <en línea> <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm> [Consultado en 10 de octubre de 2010].

¹⁰¹⁷ Cfr. *Les nouvelles préoccupations internationales et leurs incidences sur le modèle français*. En: CONSEIL DE ÉTAT. RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit*. Paris: Conseil d'État. Ed. La documentation française. 2010.

preocupación a considerar que un mismo país, estado o continente presentando que distintas condiciones climáticas y con creciente aumento de la población, en algunas regiones, pasando por eventos climáticos de gran extensión. Estos dieron margen a la ‘crisis hídrica’, la cual se suele identificar sequías con gran déficit de agua potable que atinge desde 2013 en Brasil, el estado de São Paulo, o en Estados Unidos desde mediados de 2014¹⁰¹⁸, atingido en serio el estado de California y regiones del oeste norte-americano.

b) la calidad del agua y problemas con la tarifación.

La calidad de los recursos hídricos está cada vez más amenazada por el aumento de los vertidos, afectando las aguas subterráneas y superficiales, del suelo, reduciendo las condiciones de sanidad de las poblaciones a causa de la precariedad del saneamiento urbano, o de recurrencia de los efectos producidos por la contaminación de industrias, de actividades agrícolas con técnicas inadecuadas, etc. Además, se suman las interferencias climatológicas a causa de las inundaciones, llevando contaminantes a las aguas superficiales de abastecimiento potable. Ésto orden de problemas no es exclusivamente local, sino que, de alcance global, incluso la consecuencia de la mala gestión del saneamiento básico puede resultar perjudicial a la producción de los alimentos. Se añade, por último, la mala calidad de las aguas marinas y las condiciones de vidas en medios acuáticos.

Por último, los costes de la prestación de los servicios de distribución del agua potable y del saneamiento, se convierte en punto clave para replantear la recuperación de los costes por el precio del agua, consonante se destacó en el cuarto principio de la Carta de Dublín¹⁰¹⁹, que resultó de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el agua y medio ambiente, realizada a comienzo de 1992.

¹⁰¹⁸ NBCSouth California. *Timeline: The California Drought. A look at the key events of the California drought of 2014*. By KANDEL, Jason. Los Angeles: NBC Universal Media 2014. <en línea> <<http://www.nbcloseangeles.com/news/local/Timeline-The-California-Drought-249343241.html>> [Consultado en 07 jul 2014]

¹⁰¹⁹ Véase el documento resumen: *Informe del Secretario General E/C.7/1994/5* de las Naciones Unidas que trata del «Examen de los progresos alcanzados en lo referente a las cuestiones vinculadas con el agua: examen de nuevos instrumentos para la adopción de medidas a nivel mundial. Instrumentos internacionales relacionados con la adopción de medidas a nivel mundial». Págs.09-11. Cfr. COMITE DE RECURSOS NATURALES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General E/C.7/1994/5*, de 11 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994.

c) la organización y financiación de la gestión del agua.

Toda acción pública o por delegación a ente privado para la gestión de los servicios de relacionados con el agua y oferta de condiciones del saneamiento, dependen de las inversiones en nuevas tecnológicas y de organización de las infraestructuras del agua, desde la captación en su origen en el medio físico hacia llevar los consumidores finales.

De modo que para acceder al agua y recibir en condiciones de sanidad la universalidad del servicio la preocupación entre bloques y países se centran en la cooperación entre gobiernos, en la transferencia de tecnologías y de movilización de recursos financieros para costéalos (obras de infraestructuras, de trasvases, de embalse, de aprovechamiento de aguas residuales), con el intercambio de empresas privadas, y de organismos y asociaciones.

d) el reparto del recurso agua en territorio y en la economía.

Entre los cuatro sectores más sensibles de la economía relacionados con el agua están los sectores de alimentación, la gestión de la ciudad y del abastecimiento a los usuarios y para conservación de los espacios urbanos, el sector de energía, y el sector del transporte fluvial para las buenas condiciones del desarrollo económico. La gestión del agua en la economía pone de manifiesto en escala nacional el reparto de las competencias de los recursos hídricos con la atención a los problemas más serios a afrontar para una gestión equilibrada entre ellos.

3. Problemas administrativos que se plantean en ámbito del derecho de agua.

Un relevante reto para el desarrollo sostenible y del cumplimiento de los fines de protección, coordinación, ejecución con eficiencia y buena administración de la gestión de los recursos hídricos en los países, considerado un *bien colectivo* a encargo del

En URL: <en línea> < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/PDF/N9401642.pdf?OpenElement> > [Consultada en 27 de agosto de 2010].

Estado, que se pone de manifiesto ante las múltiples funciones del uso del agua, sea para fines de abastecimiento del consumo de los hogares, industriales y del comercio, o de la agricultura, o como un medio de generación de energía, el que se permite delimitar en la ciencia el Derecho Administrativo, específicamente la vertiente *pública* del agua.

Así, en la perspectiva del Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, por ej., dos perfiles relativos al derecho de agua en la vertiente *pública*, se pone en marcha por la Administración Pública debido a las políticas sectoriales, considerar *prima facie*: i) el primer, trata de *la función de policía*; y ii) el segundo, sobre *la función del servicio*¹⁰²⁰. Subrayamos algunos de estos dos aspectos:

3.1. Función de policía.

Señalase que, en el primer aspecto, la policía de seguridad en el interés de los usuarios y de preservar los medios acuáticos, tiene de relevante garantizar una estrategia de acciones al desarrollo sostenible de los recursos y medios acuáticos, y asimismo el acceso humano a una buena calidad del agua desde su abastecimiento para consumo de hogares y otros usos privados, hacia las políticas de sanidad, navegación, pesca, etc.

La función de policía relativo al derecho de agua tiene como matiz: los principios de unidad de la fuente y de la gestión equilibrada¹⁰²¹, con el objetivo de garantizar el agua cómo patrimonio común, la preservación de los ecosistemas acuáticos y de humedales, además de su restauración en cuanto a la calidad de las aguas, el desarrollo económico teniendo en cuenta la protección de la cantidad, el equilibrio de las especies

¹⁰²⁰ Cómo señala el jurista francés Gerard Marcou : “Ce simple constat donne la mesure de l’enjeu que représente l’eau. Mais l’eau ne remplit sa fonction vitale que lorsqu’elle est proche et accessible. C’est pourquoi elle a toujours été au coeur de l’organisation des sociétés locales.” Con tal afirmación este autor explicanos que “pendant longtemps, le action publique s’est concentrée en ce qui concerne l’eau, sur deux fonctions: _ la fonction de police et le service. La police des usages de l’eau (police sanitaire et policie de navigation, notamment) et le service mettant l’eau à la disposition des consommateurs. Mais, avec la prise de conscience des enjeux environnementaux, une approche globale s’est progressivement imposée, mettant l’accent sur la gestion et la protection de la ressource. Vide MARCOU, G. *L’eau, enjeu global et gestion locale*. (Introduction). En: GRALE (Groupement de Recherche sur l’Administration Locale en Europe). *Droit et gestion des collectivités territoriales ... Op.cit.* p. 33.

¹⁰²¹ Véase GAZZANIGA, Jean-Louis. *et al. Le droit de l’eau*. 3ª ed. Paris: Litec, 2011.Pág.234.

(respecto a periodo de reproducción y de freza de las especies), la valorización y reparto de las fuentes del agua según las necesidades humanas.

De tal manera, con base en la *función de policía de las aguas* la legislación tiene establecido regulaciones jurídicas específicas a las distintas fuentes de agua subterráneas y superficiales, dominiales o privadas, según los fines y usos: agrícola, urbanismo, industrial etc., y consonante la repartición de los costes.

La regulación de la función de policía en la legislación del agua se pone de manifiesto para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de aguas superficiales y subterráneas, bajo el contexto de formas de prohibición, medidas de prevención, control de gravamen, autorizaciones, preinscripciones, etc.¹⁰²².

Por tanto, el poder de policía administrativa comprende la *potestad general y otras potestades especiales* en materia de regulación del agua, situación que pone de relieve en cada sistema legislativo específicos aspectos de la regulación en términos de gestión del agua consonante las normas de prevención y de represión¹⁰²³.

De otro lado, se resalta que el principio de “quien contamina paga” también debe ser tomado en consideración como un dispositivo del poder de policía administrativa en los sectores específicos relacionados con los ciclos del agua¹⁰²⁴ (servicios de agua destinados a usuarios para el consumo y saneamiento, servicio de suministro del agua a sector industrial, servicio de producción de energía hidroeléctrica, servicio del agua para el transporte fluvial etc.) de control de fiscalidad de las condiciones de la polución en general, y de las contaminaciones derivadas de vertidos químicos y biológicos.

¹⁰²² Véase DROBENKO, Bernard. *Droit de l'eau*. (Mémentos LMD) Paris: Gualino éditeur. 2007. Pág.115-116.

¹⁰²³ Ibidem, pág. 116.

¹⁰²⁴ El servicio de ‘pequeño ciclo del agua’, en Francia, por ej., está relacionado con el servicio del fornecimiento del agua potable y gestión separada de los otros servicios a cargo de las empresas privadas delegatárias (servicio de tratamiento de residuos y eliminación etc) donde comparten con el ente público una gestión bajo la libre competencia, incluso con libertad en la financiación y fijación de precios (tarifación).

Asimismo, a través de los principios de corrección en origen y de protección ambiental, la administración pública tiene el poder para restringir y regular el uso del agua, y de mantener el buen estado de las aguas, con el fin de conservar en cantidad y calidad, incluso para atender las condiciones de la navegación.

Por fin, para llevar a cabo el poder de policía del agua los Estados siguen los objetivos generales de garantizar la gestión equilibrada de los recursos hídricos y del acceso a todos con el fin de conciliar los diferentes usos posibles.

3.2. Función del servicio público.

Los riesgos de contaminación de los acuíferos, ríos, humedales y otros problemas mundiales del cambio climático interfirieron y aproximaron más los gobiernos en torno de la *función del servicio público del agua* con énfasis a una gestión de protección integrada disponible a los consumidores. Esa temática está distante de un margen de armonización entre los expertos.

En ese paso, también se resalta las exigencias de una doctrina del Derecho del Medio-Ambiente que sostiene una fuerte preocupación por el equilibrio y seguridad hídrica del entorno global, visando al desarrollo sostenible de protección de los ecosistemas vitales, y pone en relieve las perspectivas de la gestión integrada del recurso hídrico como un derecho fundamental, concluyese que surge entonces un nuevo debate sobre esta doble y controvertida opinión de ideas.

Véase de un lado, los defensores de la teoría publicista tomándosele la organización territorial local como el ente de centralidad de la “función de policía y del servicio de acceso del agua a los consumidores”. Y, al revés, los defensores de una política medioambiental que propone el binomio “gestión integrada y protección de los recursos hídricos” como principal convergencia del derecho de agua en ámbito global.

Será importante verificar de antemano donde surgirán tales posiciones, volviéndose a los principales referenciales teóricos desde su importante construcción en torno dese debate del derecho de agua.

Esa temática aunque, esté distante de un margen de armonización, porque de un lado la buena prestación de los servicios públicos de agua disponibles a los usuarios y de los costos económicos del abastecimiento¹⁰²⁵ están a exigir la cooperación entre los entes públicos, con la participación de las empresas en la ejecución de la política de los recursos hídricos, y de la sociedad en la toma de decisiones de interés en beneficio de las comunidades afectadas, y más allá, en preservar los recursos a las generaciones futuras; pero, del otro, al refiere a la protección medio-ambiental con vistas al objetivo de conservar el buen estado de las aguas dulces, de las cuencas hidrográficas, se hace menester conciliar las actuaciones de la gestión de los gobiernos buscando un equilibrio por parte de las varias instancias local, regional e internacional¹⁰²⁶.

Ahora bien, si las exigencias de una doctrina jurídica del agua de entorno global, pone de relieve no solo las perspectivas del derecho de agua como *bien colectivo* y su valor económico, pero también el interés en garantizar el acceso al recurso como *un derecho fundamental al alcance de todos*, que tiene como punto de convergencia de ese binomio de la organización territorial local, según las funciones en el plan administrativo de *la gestión* y de *la protección de este recurso*, se nota que, será importante puntualizar de antemano algunas posiciones relativas a estas nuevas tendencias del derecho de agua.

¹⁰²⁵ Vide el considerando 38 de la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 23 de Octubre De 2000. [en línea]: < http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128002b_es.htm> [Consulta en 12 fev 2011]

¹⁰²⁶ Vide el considerando n. 33 de la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 23 de Octubre de 2000. [en línea]: < http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128002b_es.htm> [Consulta en 12 fev 2011].

Sección IV

Nuevas tendencias del derecho de agua.

De antemano, se trató de delimitar en la sección anterior, un rol de los problemas más frecuentes del medio ambiente, económicos y administrativos que se deben afrontar en ámbito global, y de entre ellos los relacionados con el recurso natural 'agua'. Aún fue abordado sobre los retos de la *gobernanza del agua* para un cambio de acciones, procedimientos controlados y medidas que interviene en la toma de decisiones y de adaptación de orientaciones, de planes de investigación científica y técnicas de gestión de los recursos hídricos, por los organismos de cuencas encargado de la demarcación y planificación de las unidades de cuencas hidrográficas¹⁰²⁷.

Por eso, se distingue *dos tendencias* más actuales del derecho de agua, en líneas generales, objeto de regulación en los programas internacionales: _ (A) el derecho fundamental del acceso al agua para todos, vertiente en que se cuestiona de modo singular (¿)cuales serán considerados los 'derechos esenciales de los usos' (?), de un lado; y (B) la vertiente sobre el valor económico del agua, del otro, considerado *bien público y bien especial de mercado*¹⁰²⁸, en que se consideran los costos desde la extracción hacia al abastecimiento y distribución (el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas).

En otro ámbito, más específico, también se apuntan tres tendencias en que se contextualizan en las estructuras públicas de los diferentes niveles regional, nacional (territorial) y local, cuáles son los nuevos retos que se plantean a una delimitación de esos problemas en la práctica, bajo la ética del Derecho Administrativo y Medio Ambiente

Estas tres tendencias, más singulares, no son tramadas y ni creadas exclusivamente en la Ciencia del Derecho, sino que por una relación interdisciplinar de

¹⁰²⁷ Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis *et al.* *Le droit de l'eau*. *Op.cit.* Pág.167.

¹⁰²⁸ Cfr. DAFLON, B. *L'Economie politique de l'eau potable de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique locale*. P. 43-60. En: AAVV. *Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]*. Paris: Le Monieteur. 2010.

políticas protagonizadas conjuntamente con organismos especializados de las Naciones Unidas (FAO, PNUE), de la Asociación Mundial para el agua (en inglés, GWP)¹⁰²⁹ y por instituciones financieras globales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) plasmada en el escenario internacional, donde se plantean los retos de programas integrados de medidas exitosas a mejorar las condiciones de buena gobernanza de problemas medio ambientales en los cuatro ámbitos del global al local (internacional, regional, nacional y local).

La gobernanza del agua que se desarrolla, en efecto, relacionado con la aproximación territorial de las cuencas hidrográficas y del conocimiento de sus peculiaridades en cada *demarcación hidrográfica*¹⁰³⁰, recogiendo datos, intercambiando informaciones, según cada plan hidrológico de cuenca realizados por los Estados, en que se delimitan los datos estadísticos y cartográficos del potencial ecológico de las zonas protegidas, el análisis del estado químico de las aguas, las infraestructuras hidráulicas, informaciones de la calidad de las aguas, recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, etc.

Abrimos aquí un paréntesis para explicar que los problemas ambientales de la protección de los recursos de agua, hoy en día, se vuelven a la cuestión inicialmente tratada, en la parte general de este estudio, sobre los retos de la soberanía en el siglo XIX, que se reportó a los rasgos de la teoría del Estado alemán, _ propuesta por Smend respecto a la Constitución de Weimar_, a lo que concibió un sistema dinámico y funcional, donde «Estado y derecho» son derivados de la realidad social (véase el apartado 2.8.2. relativo al tema de la soberanía).

¹⁰²⁹ Véase en GLOBAL WATER PATERNERSHIP. INTERNATIONAL NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS. NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS. Manual para la gestión integrada de recursos hídricos en cuencas. Reino Unido. 2009.

¹⁰³⁰ La noción de «demarcación hidrográfica» recogida en el Derecho Europeo de la Directiva Marco del Agua (DMA) 2000/60/CE de 23 de octubre, en el Artículo 2, apartado 15, consiste en: «*la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas*».

Ora, el tema de la política del agua refleja, *mutatis mutandis*, a nuestro juicio, la cuestión de quien detiene la soberanía sobre los medios de captación del agua en el siglo XXI, la polaridad entre centralidad y descentralizada compartida entre gobierno central y los Estados (territorialidad) entorno al reparto del «recurso agua» a través de la demarcación hidrográfica de las cuencas, asimismo, de la gobernanza participativa del agua ante la crisis de gestión de las aguas subterráneas con predominio de la explotación individual, y de la gestión pública de las aguas superficiales en confronto con las presiones de privatización de los servicios de agua y saneamiento, además de otros temas relacionados con la «nueva cultura del agua»¹⁰³¹.

Eso puesto, delimitaremos cuales son estas tres tendencias específicas del derecho de agua contemporáneo: *gestión integrada de los recursos hídricos; neo institucionalismo y remunicipalización*.

Conviene aclarar que estas tres tendencias son algunos de los nuevos matices con destacado énfasis en la actualidad, en los cuales se centran en los sistemas jurídicos de países federales o de países europeos integrados en la Unión Europea, puntos relevantes de directrices estructurales asentados en la función de coordinación, basados en principios comunes y en programas de medidas que deben convergir para una legislación nacional del derecho de agua más armoniosa con vistas a los fines comunes.

Este conjunto de cambios y propuestas materializados tanto en el marco de la Directiva europea de aguas (DMA 60/2000/CE, de 23 de octubre de 2000), y de otros sistemas jurídicos, como, por ejemplo, en el marco de la legislación brasileña, Ley 9.433, de 08 de enero de 1997, que estableció la política nacional de gestión de los recursos hídricos y del sistema de gerenciamiento de política federal, tuvieron sus «puntos de anclajes» delimitados según estas tres tendencias.

Ahora bien, haremos referencia a esas tendencias generales y especiales antes mencionadas, sin con todo, tener la pretensión de agotar la problemática.

¹⁰³¹ Véase a propósito sobre ese tema Arrojo, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua. Funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós, 2006.

1. Tendencias generales del recurso agua: de derecho fundamental del acceso al valor económico del agua cómo bien especial.

Anteriormente, en el siglo pasado, la Carta Europea del agua, promulgada en 06 de mayo de 1968, había definido algunos principios rectores para la política del recurso el agua, la tiendo inclusive definido como un *bien común que no tiene fronteras* (artículo 10) y apuntado una acción coordinada *a nivel global* (artículo 12)¹⁰³² al poner de manifiesto la «limitación del recurso agua y del indispensable deber de preservar, controlar y si posible aumentar la cantidad» (artículo 2)¹⁰³³, pero, sobre la valoración económica del recurso agua, en el sentido de considerar como un «bien especial de mercado», este punto no fue expresamente referido en el documento, sino que constaba sobre la gestión de los recursos que debería ser objeto de la planificación de las autoridades (artículo 8)¹⁰³⁴, basada más en las «cuencas hidrográficas» que en descentralización política y administrativa (artículo 11)¹⁰³⁵.

Después, el referido documento fue renovado con la expedición, en 2001, de la Recomendación _ Rec (2001)14, preparada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁰³⁶ que: _ Adoptó la Carta Europea de Recursos Hídricos, en sustitución a la Carta Europea del Agua del 6 de mayo de 1968; también, _ Recomendaba a los Estados

¹⁰³² Véase el texto siguiente: “Cette charte est précurseur des principes de gestion rationnelle et intégrée de la ressource "Eau". Principes de la Charte européenne de l’eau (1968):
«10. *L’eau est un patrimoine commun dont la valeur doit être reconnue de tous. Chacun a le devoir de l’économiser et d’en user avec soin.*»
«12. *L’eau n’a pas de frontières. C’est une ressource commune qui nécessite une coopération internationale.* » (Destacamos en cursiva). Extraído del documento disponible en Université de Geneve. Article créé le 18 mars 2011, dernière mise à jour 21 novembre 2012. <en línea> <<http://cms.unige.ch/isdd/spip.php?article245>> [Consultado en 18-jul-2011].

¹⁰³³ Véase en el mencionado documento: « 2. *Les ressources en eau douce ne sont pas inépuisables. Il est indispensable de les préserver, de les contrôler et, si possible, de les accroître.*». Ibidem.

¹⁰³⁴ Véase. en el documento: «8. La bonne gestion de l’eau doit faire l’objet d’un plan arrêté par les autorités compétentes». Ibidem.

¹⁰³⁵ Véase en el documento: «11. La gestion des ressources en eau devrait s’inscrire dans le cadre du bassin naturel plutôt que dans celui des frontières administratives et politiques.»Ibidem.

¹⁰³⁶ Recommendation Rec (2001)14, de 17 de octubre, du Comité des Ministres aux pays membres sur la Charte européenne des ressources en eau. Documento disponible en URL de la Université de Geneve. <en línea> <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=231905&Site=COE>> [Consultado en 10-jul-2011].

miembros a tener en cuenta la nueva Carta y aplicar sus principios en sus políticas nacionales; además de _ Reconocer que la Directiva marco del agua 2000/60 /CE de la Unión Europea (de 23 de octubre) reflejaría en gran parte los principios contenidos en la Carta Europea del Agua.

Otro punto de relieve de la Recomendación _ Rec (2001)14 fue introducir el concepto de ‘sostenibilidad hídrica’ respecto a los concretos fines de la gestión integrada de la política del agua por parte de las autoridades públicas y de los encargados del sector privado¹⁰³⁷, en el artículo 6:

«6. Los actores públicos y privados deben poner en práctica una gestión integrada de las aguas superficiales, de las aguas subterráneas y de las aguas relacionadas, que respete el medio ambiente en su conjunto, que tenga en cuenta la ordenación del territorio y que sea socialmente igualitaria y económicamente racional».

Ahora bien, una vez que fue conceptualizado como un *bien jurídico* (‘bien colectivo’, ‘bien común, ‘bien patrimonial’) el agua también recibe la valoración económica (‘bien singular de mercado’) y de ese modo, el análisis económico es otro matiz muy relevante sobre su naturaleza, porque va influenciar directamente en la determinación del régimen jurídico de la *propiedad* del agua o de otorga del derecho de explotación y abastecimiento, situaciones que se presentan siempre muy conflictivas y genera varios problema en el tocante al manejo y la ejecución de los planes hidrológicos.

Así, dado que los múltiples usos en diferentes sectores de la economía en que se opera la distribución de los recursos hídricos: usos domésticos, industrial, agrícola, saneamiento básico, o de explotación del agua para fines esencialmente económicos energía hidroeléctrica, transporte de navegación, etc., asimismo, la relación entre los

¹⁰³⁷ Recommendation Rec (2001)14, de 17 de octubre, article 6: « Les acteurs publics et privés doivent mettre en œuvre une gestion intégrée des eaux de surface, des eaux souterraines et des eaux associées, qui respecte l’environnement dans son ensemble, qui prenne en compte l’aménagement du territoire et qui soit socialement équitable et économiquement rationnelle. [...] ». Disponible en URL de Université de Geneve. <en línea> < <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=231905&Site=COE> > [Consultado en 10-jul-2011].

varios usuarios, en todos estos contextos, demanda una reflexión a tener en cuenta esta relación entre bien público, bien de mercado en especial y las funciones de satisfacción de los diferentes derechos de usos.

Por ello, se acentuó que en este siglo la mayor preocupación con la política económica del agua, y con la cantidad y calidad disponible de las fuentes de aguas dulces, sobretodo, porque repercute en otro doble aspecto de análisis de los fundamentos de sostenibilidad del medio ambiente y de las condiciones de vida de las poblaciones, a través de una regulación más exigente protectora del derecho de acceso al agua. Y, también relativo a conservación y recuperación de los recursos del medio acuático con medidas sociales, tecnológicas, económicas que se deben poner en marcha para evitar:

- a) falta de agua a los territorios que afrontan condiciones climáticas de sequía;
- b) insuficiencia de agua en regiones urbanizadas con gran concentración poblacional;
- c) promover en regiones más pobres el abastecimiento, que todavía no se ha implementado.

En suma, se remarca dos tendencias o retos de ámbito general que son:

1.1. El derecho de acceso al agua por todos.

Por ser un bien jurídico fundamental, un patrimonio de todos. el agua debe estar accesible a todos, no obstante, es deber de los Estados promovieren el “acceso al agua para su uso potable”, y sigue siendo este factor la problemática no resuelta por gran parte de los gobiernos, que refleja en la crisis de la gobernanza del agua.¹⁰³⁸

Ésta, por tanto, en breve referencia, una de las nuevas tendencias del derecho de agua contemporáneo que pone de relieve el “principio fundamental del acceso humano al agua”, de un lado, considerando los problemas de la gestión de los recursos de agua

¹⁰³⁸ Véase FANLO LORAS, A. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas*. RAP. núm. 183. Madrid, septiembre-diciembre (2010), P.312.

potable, lo que necesariamente implica en delimitar cómo será las competencias y formas de gestión para prestación de ese servicio: los retos de cómo aplicárselos y quienes son los encargados, los costos de explotación y financiación, mediante la fórmula usuario-pagador, la necesidad de protección etc.¹⁰³⁹.

1.1.2. Los costos económicos por los usos de explotación hídrica.

De otro lado, para hacer llegar el recurso hídrico que comprende desde la extracción, embalse, depósito, tratamiento y distribución de aguas superficiales o subterráneas a los distintos destinatarios, cómo la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales, todo eso en conjunto tiene costos a evaluar.

Sin duda, existe toda una la valoración económica del bien jurídico ‘agua’ cómo servicios de interés económico general, que importa desde la extracción, canalización de agua potable y de riego, distribución y suministro de agua, los servicios de aguas residuales, del tratamiento de residuos en medios acuáticos, así como ocurre con otras actividades de sectores de servicios públicos de interés económico general, cómo utilización del recurso de energía, algunos relacionados al transporte, telecomunicación, p.ej., se tiene que llevar en consideración que los servicios relacionados a los recursos hídricos pasan por un proceso oneroso de provisión.

Por tanto, el derecho fundamental a tener acceso al recurso agua potable exige de un lado no solo maximizar las condiciones favorables para que todos los individuos tengan el abastecimiento del agua potable garantizado de modo satisfactorio (incluso con menos costos a los más pobres), sino que la utilización del recurso debe, *a priori*, se someter a principios económicos que rigen la tarificación del producto, aunque en la distribución de los costos se utilice otros criterios condicionantes, según las diferentes clases de usuarios.

¹⁰³⁹ Véase a proposito DAFFLON, Bernard. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique locale*. p. 43-60. En : Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) Marcou, G.Paris: Le Moniteur. 2010.

Por ello, el derecho del acceso al agua debe ser compatible con los principios de la tarificación económica del servicio, cuya tarea de coordinación se centra en la gestión del sector público del abastecimiento del agua potable y otros usos, en considerar otros principios de aplicación en el orden económica: *i) principio de igualdad de tratamiento; ii) principio de equivalencia o isonomía; iii) principio de cobertura de los costos; iv) principio de causalidad en función del hecho generador.*¹⁰⁴⁰ Se resalta que, no se tratará en detalle de cada uno de estos principios.

Por último, se resalta que, respecto al principio de la recuperación de los costes, vía de regla, están relacionados con los servicios del abastecimiento del agua, y se incluye los costes medioambientales y los relativos a los recursos utilizados que deben ser basados en el análisis económico, también de conformidad con «el principio de que quien contamina paga».

Por eso, se resalta aún que *la política de precios del agua*, objeto de consideración tanto en la Directiva europea marco del agua, DMA 2000/60/CE _artículo 9, apartado 9, y también de la legislación brasileña del sistema integrado de gestión hídrica y del saneamiento básico, respectivamente Ley 9.433/97, Artículo 19, apartado I y Ley 11.455/07, Artículo 30, apartado III, debe proporcionar incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente, racionalizando los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales.

En suma, estas dos vertientes subrayadas que no se tratará en detalle en este estudio, pero que sirven de base para se introducir tres reflexiones necesarias sobre los modelos subsidiarios de gestión hídrica que contemplan hoy en día, de modo especial, con algunas singularidades al sistema brasileño y en el marco del Derecho Europeo.

Ora bien, en este punto, encontrase un tríplice interrogante, que dígase de antemano, parece reunir los elementos de la problemática general que se formula, hoy en

¹⁰⁴⁰ Cfr. DAFFLON, B. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique local*. *Op.cit.* p.48-51.

día, a los sistemas administrativos en el contexto global respecto a la gobernanza del agua¹⁰⁴¹:

i) el primero planteamiento que se pone de relieve es la cuestión subsidiaria en indagar si ¿la gestión del agua debe seguir en contornos de administración local?

Para entenderse esta doble evolución, se volverá a algunos puntos de su evolución histórica:

ii) la segunda pregunta, a la vez, refiere sobre la cuestión medio ambiental: ¿el sector público como responsable natural de los recursos del agua (sus fuentes y acuíferos) puede gestionar los acuíferos de formas eficaces de modo que impida las contaminaciones y residuos.

iii) y, por último, el interrogante que se pone de relieve se alinea con la economía si _ ¿el sector privado, entendido el ‘mercado’, puede gestionar globalmente la explotación del agua como suele gestionar en otros sectores?

En el tocante a estos retos algunas de las cuestiones parecen encontrar distintas respuestas que varían de un sistema jurídico a otro, y la búsqueda de evaluar mejores técnicas de explotación para los usos y protección del recurso natural ‘*agua*’, aquellas se traducen en las nuevas tendencias en el modo de se articular los principios generales, directrices o estándares del Derecho de Agua a soluciones prácticas variables en realidades distintas socio-económicas y de condiciones ambientales adversas.

2. Tendencias específicas según la gestión integrada de los recursos hídricos.

Una preocupación creciente con los objetivos del derecho de agua centrado en el interés general, hoy en día, pone en confronto si es posible crearse un régimen

¹⁰⁴¹ Algunos de estos interrogantes han sido expuestos por el autor Dafflon en un análisis del sistema Suiso. Cfr. DAFFLON, Bernard. *L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique locale*. Op. Cit. P. 44.

jurídico para todos los usuarios de los recursos hídricos, que vincule simultáneamente las concepciones de bien público con la de bien de mercado.

No obstante, la primera idea del derecho de agua surge como un bien común de todos o de *patrimonio colectivo*, que, paulatinamente, tendrá como objeto de consideración la perspectiva del medio ambiente de protección de los recursos acuáticos, hasta concretar el paradigma jurídico de la «gestión integrada de los recursos hídricos» bajo un tríplice objetivo ambiental, social y económico.

Por tanto, los rasgos de promoverse una gestión integrada de los recursos hídricos, aparece posteriormente, a partir de una cuestión de universalidad del recurso y su posible agotamiento debido a fenómenos como desertificación o sequías prolongadas, de deforestación, sumado a la problemática cada vez más agudizada de contaminación de los acuíferos y riesgos de pérdidas desastrosas de los recursos del agua dulce; además de otras cuestiones sociales como falta de saneamiento básico o altos costes de infraestructuras de trasvase de aguas de una región a otra afectando los países en escala global.

Este matiz demarca las nuevas tendencias del derecho de agua, que se centró en el problema de la gobernanza del agua, y de modo singular en la gestión de los recursos hídricos, en aras de instituir nuevas políticas de buena administración y mejoras de planificaciones del abastecimiento, lo que pasó a orientar un programa global de gestión integrada de los recursos hídricos a través de las cuencas hidrográficas, pero ésta unidad territorial o espacial por razones geográficas ni siempre corresponde al territorio exclusivo de un determinado estado-miembro o país.

Así, volviéndose al primer interrogante hecho en apartado anterior: _ (i) respecto a la cuestión subsidiaria en indagar si ¿la gestión del agua debe seguir en contornos de administración local? _, e identificar entre los rasgos de mayor centralización o descentralización legislativa y administrativa, en los que se han desarrollado algunos modelos de los países federales e incluso en los países europeos, los comentaremos solo resumidamente, en las líneas siguientes.

De antemano se señala, que en este apartado no se va examinar sobre la cuestión de suficiencia de la gestión local en torno de los recursos hídricos, hecho en que,

cada vez más, los entes locales se encargan de las ejecuciones de las políticas y exigen mayor grado de participación social en los comités de trabajo o en el reparto de las competencias legislativas. Ni tampoco, se va profundizar sobre determinadas cuestiones del federalismo, tales como responder ¿qué cuestiones federales son de acción subsidiaria? ante los crecientes problemas territoriales de disponibilidad del recurso hídrico en calidad y cantidad, ante los motivos de escasez o contaminación de los recursos hídricos, sino lo que haremos es puntualizar algunas características de unos pocos modelos subsidiarios, ya que tanto en los países federales en cuanto a los países integrados en la Unión Europea, la tendencia adoptar el modelo subsidiario de cómo expresión de renovación de la organización institucional de la política del agua.

Pasemos a comentar sobre algunos sistemas jurídicos y la tendencia de aplicación de la gestión integrada de los recursos hídricos relacionados con el principio de subsidiariedad, que se hace presente tanto en sistemas jurídicos de países federales como en países de la integración europea con tradiciones distintas:

2.2.1. Generalidades del sistema brasileño.

En Brasil, se presenta hoy una regulación direccionada a la gestión integrada de las cuencas hidrográficas que conjuga la descentralización administrativa entre la Unión y Estados responsables por la implementación de la protección conjunta de los recursos hídricos con participación del Poder Público, de los usuarios y comunidades locales; Sin embargo, el reto de la gestión territorial en los Estados es conciliar el suministro del agua en regiones muy populosas y con baja disponibilidad hídrica de los caudales de las cuencas del sudeste, o por escasez natural del nordeste semiárido.

Asimismo, en este último se centran grandes problemas del plan hidrológico de cuencas alzados al ámbito federal en transferir agua para un contingente de 12 mil millones de habitantes, cuya ejecución de la planificación de obras hidráulicas de gran envergadura del trasvase del río San Francisco, donde los costos de financiación son

exorbitantes, ya se ha convertido en una séria cuestión de política de gobierno, pues en ocho años aún no se halla concluído¹⁰⁴².

El otro problema crucial reside en la cuestión del saneamiento básico en el control de la contaminación y calidad de las aguas superficiales, pues la contaminación de vertidos en aguas residuales de las industrias y domésticos aún se está lejos de cumplir un percentual deseable de infraestructuras que reduzcan los desagües en los ríos, y bien así mejorar el tratatamiento y depuración de las aguas residuales contaminadas en las zonas urbanas.¹⁰⁴³

2.2.2. Generalidades del sistema norte-americano.

El modelo de política norte-americano contemporáneo revela una tendencia a la uniformidad nacional con fines legislativos federales¹⁰⁴⁴ en materias de interés y de control sobre el uso de agua otorgada a usuarios y grupos privados, prioriza las intervenciones del Congreso en favor de la competencia nacional relativo a protección medioambiental, relación de comercio y navegación, pesca, flora y fauna, tribus indias, regulación de disposición de terreno público, y en especial sobre asignación de tratados internacionales y poder de tributar del Congreso, poderes estos reconocidos por los Tribunales en nivel de conflictos jurisdiccionales.

2.2.3. Generalidades del sistema canadiense.

¹⁰⁴² Véase materia en la prensa. <en línea> <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2014/09/1515790-oito-anos-apos-o-inicio-das-obras-transposicao-nao-levou-agua-ao-sertao.shtml> [Consultada en 14-09-2014].

¹⁰⁴³ Véase a propósito el Informe de la Agencia Nacional del Agua el apartado sobre “Abordagem Nacional: Evolução da Situação e da Gestão dos Recursos Hídricos no Brasil”. Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil: 2013 (Org.) Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA/MMA. 2013. Págs. 352-354.

¹⁰⁴⁴ Véase GETCHES, David H. *La situación en Estados Unidos de América: deferencia hacia los Estados; Supremacía federal*. En: AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008*. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Págs. 63-84.

En Canadá, la prevalencia de la soberanía de los regímenes jurídicos de la gestión del agua se centra en la legislación de las provincias¹⁰⁴⁵, con la mínima instrucción o intervención federal, pues el gobierno nacional prioriza la descentralización de los recursos naturales bajo la regulación provincial como un marco histórico, y de modo singular, el respeto a la supremacía de la gestión de los recursos hídricos de la legislación provincial. Esta es una tendencia ni siempre bien aceptada por los teóricos que ven en los retos políticos y las opciones emergentes¹⁰⁴⁶ ante problemas futuros que se puede dimensionar en relación a conflictos de aguas interjurisdiccionales (fronteras provinciales o internacionales), o de seguridad de energía y seguridad de las aguas amenazadas en la calidad y cantidad, que debe haber una clara delimitación de las responsabilidades federal y provinciales, con independencia del modelo de protección territorial jurisdiccional que se estableció en favor de estos últimos.

2.2.4. Generalidades del sistema australiano.

En Australia, el centralismo es una tendencia desde el cambio de la Ley de Aguas de 2007, que se proyecta según la interpretación de “mancomunidad” (*Commonwealth*) basada en una administración común de intereses en los aprovechamientos colectivos de aguas públicas que pasan de los Estados al poder nacional¹⁰⁴⁷

De otra banda, relativo a otros sistemas jurídicos de tradición europea, los retos se centran en armonizar la política comunitaria del agua, regida por la actual Directiva 2000/60/CE, ya referida en este estudio, que se comparte con las políticas del derecho de agua de los varios modelos de gestión nacional de cada país integrado,

¹⁰⁴⁵ Tomándose como referencia las consideraciones de SAUNDERS, J. Owen. *Gestión del agua en un estado federal: la experiencia canadiense*. En: AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política...* *Op.cit.* Págs. 85-103.

¹⁰⁴⁶ Véase los comentarios de J. Owen Saunders. *Ibidem*, págs. 97-102.

¹⁰⁴⁷ Véase McKay, Jeniffer. *Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo*. P.136. AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008*. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Pág. 136.

respecto a los problemas del entorno natural en regir las unidades de cuencas hidrográficas con el reparto del poder político territorial, como se citan a título comparativo:

2.2.5. Generalidades del sistema español.

El sistema de España, centrado tradicionalmente en las ‘confederaciones sindicales hidrológicas’ que fueron creadas desde 1926, tenían en la base de las cuencas naturales toda la política del plan coordinado sobre aguas y de obras hidráulicas, y singularizaban el modelo español *institucional* de administración del agua en un territorio descentralizado, pero fuertemente anclado en los principios configuradores de la gestión por cuencas supra territoriales indivisible, autoridad única del agua, planificación integral, participación de los interesados, autonomía de gestión etc.¹⁰⁴⁸.

Sin embargo, esta relación del agua-territorio se convierte en un problema actual en el marco de la política territorial del agua en vías de implementar la Ley del Plan Hidrológico Nacional, de 2001, y asimismo de sucesivas medidas legislativas en las cuales el Estado central decide poner en ejecución una política de transferencias de aguas entre territorios de las distintas Comunidades Autónomas, cambios estos que han contribuido para una fragmentación y desconfiguración interna de ese sistema institucional de organización confederal¹⁰⁴⁹.

2.2.6. Generalidades del sistema francés.

En Francia, la política del agua presenta un modelo propio de prestaciones de los servicios, donde las funciones del Estado y de las colectividades territoriales son complementarias entorno de múltiples administraciones e instituciones que se organizan en asociaciones de colectividades y de los usuarios. Por tanto, la gestión descentralizada

¹⁰⁴⁸ Véase FANLO LORAS, A. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas*. P. 331. RAP. núm. 183. Madrid, septiembre-diciembre. 2010. Págs. 309.

¹⁰⁴⁹ Véase a propósito las reflexiones de EMBID IRUJO, Antonio. *Informe de España. AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Op.cit.* Págs.272-274.

del agua, tiene presente en la “Chartre de la Déconcentration”¹⁰⁵⁰ los tres niveles estatales: el regional, el departamental y local (los “arrondissement”) puede ser asegurada directamente por las colectividades con independencia, o por delegación de los servicios públicos.

El nivel regional refuerza las funciones del liderazgo y coordinación de la política del agua.¹⁰⁵¹ No obstante, en cuanto a la gobernanza y financiación, en razón de la multiplicidad de organismos la política del agua en Francia se distingue de las demás políticas sectoriales (electricidad, gas) de otros países vecinos, porque presentando características más específicas de la separación entre el suministro del agua y demás servicios (tratamiento de residuos, recogida de agua de lluvias) delegados en gran parte a grandes grupos privados. Es decir, desarrolla la gestión compartida y compleja, que no tiene un rasgo exclusivo de concentración en la administración local, ni está la ejecución centralizado por el Estado¹⁰⁵².

Asimismo, entre tales características se puede hallar que, semejante al sistema español, predomina la gestión integrada de las grandes cuencas hidrográficas de aguas (superficiales y subterráneas) en que cada una presenta una autoridad pública financiera (agencia estatal del agua)¹⁰⁵³. Además, se subraya que las planificaciones hidrográficas de las grandes cuencas son orientadas por los objetivos de un ‘plan director del uso del suelo y de

¹⁰⁵⁰ Véase el Decreto 604/92, de 1º de julio, artículos 1, 3, 4 y 5:

Article 1. La déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'Etat.

Article 2. *Omissis*.

Article 3. La circonscription régionale est l'échelon territorial :

1º De la mise en oeuvre des politiques nationale et communautaire en matière de développement économique et social et d'aménagement du territoire ;

2º De l'animation et de la coordination des politiques de l'Etat relatives à la culture, à l'environnement, à la ville et à l'espace rural ;

3º De la coordination des actions de toute nature intéressant plusieurs départements de la région.

Elle constitue un échelon de programmation et de répartition des crédits d'investissement de l'Etat ainsi que de contractualisation des programmes pluriannuels entre l'Etat et les collectivités locales.

Article 4. Sous réserve des dispositions des articles 3 et 5 et sauf disposition législative contraire ou exception prévue par décret en Conseil d'Etat, la circonscription départementale est l'échelon territorial de mise en oeuvre des politiques nationale et communautaire.

Les moyens de fonctionnement des services départementaux de l'Etat leur sont alloués directement par les administrations centrales.

Article 5. L'arrondissement est le cadre territorial de l'animation du développement local et de l'action administrative locale de l'Etat.

¹⁰⁵¹ Véase a propósito «*L'organisation au niveau territorial*» en GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l'eau*. Op.cit. pág. 196-202.

¹⁰⁵² Cfr. RAPPORT PUBLIC 2010. *L'Eau et son droit*. Op.cit. Pág. 73

¹⁰⁵³ Ibidem. Págs.58-89.

la gestión del agua'¹⁰⁵⁴, que sirve como un marco general para el desarrollo de uso de la tierra y los sistemas de gestión del agua.

2.2.7. Generalidades del sistema alemán

En Alemania, una reforma constitucional llevada a efecto en el año 2006 cambió la organización de competencias en materia protección del medio ambiente, incluyendo la temática de la gestión de los recursos hídricos en el país, ampliando la competencia concurrente del poder central, por el que fue también asignado el refuerzo de las competencias reglamentarias a los *Länder*.¹⁰⁵⁵ Sin embargo, fuera establecido un límite temporal a estos últimos, que solo podrán aprobar normas respecto la gestión a partir del 01 de septiembre de 2006, es decir, si la competencia del poder central (el Bund) anteriormente ejercida le era permitida la competencia normativa después de la edición de la reforma, por tanto lo que garantizaba al *Bund* la potestad legislativa de editar el Código de Medio Ambiente.¹⁰⁵⁶

Este cambio constitucional puso de relieve la organización territorial y mantuvo la descentralización de la política legislativa de los recursos hídricos en la competencia general de los *Länder*, lo que, en síntesis, se reportan genéricamente los artículos 83 y 84 del GG¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ Ese documento denominado SDAGE (Schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux) establece la estructura de planificación diseñado para aplicar los principios de la Ley de Aguas 03 de enero 1992.

¹⁰⁵⁵ Véanse estas referencias en BREUER, Rüdiger. *Gestión del agua en estados con una estructura constitucional federal: la situación en Alemania*. AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política: Op.cit.* Págs. 294-296.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem.* p.

¹⁰⁵⁷ "Artículo 83. [Ejecución de las leyes federales por los Länder]

Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa.

Artículo 84. [Ejecución como asunto propio de los Länder, control federal].

(1) Cuando los Länder ejecuten las leyes federales como asunto propio, regularán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo. Si las leyes federales establecen otra cosa, los Länder pueden adoptar normas divergentes.

Cuando un Land haya adoptado una norma divergente según la frase 2, normas federales posteriores, referidas a ella, sobre la organización de las autoridades y del procedimiento administrativo entrarán en vigor en este Land no antes de seis meses después de su promulgación, salvo que se determine otra cosa con la aprobación del Bundesrat. Artículo 72, apartado 3, frase 3, se aplica por analogía. En casos excepcionales, la Federación puede regular el procedimiento administrativo sin posibilidad de

De otro lado, uno de los retos que son destacados en la literatura del tema, refiere la problemática que tiene causado entre los gobiernos territoriales, por falta de una ‘coordinación institucionalizada’ entre los *landes*, de modo singular, la doctrina resalta los conflictos derivados de la contaminación del sistema nacional fluvial, destacando el caso de la Cuenca del Werra-Weser¹⁰⁵⁸, lo que viene resultando en demandas judiciales entre los gobiernos de los territorios afectados ante la inexistencia de comités de trabajo y tampoco, no haber un entendimiento administrativo, incluso informal entre ellos.

En el ámbito general de la gestión hídrica en Alemania, los rasgos de la política comunitaria en el marco de la Directiva del Agua, sigue siendo la “asunción de las tareas pioneras”¹⁰⁵⁹, un reto fundamental para las competencias territoriales y de gobierno local considerando que las leyes hídricas de los diversos *landes*, vía de regla, no prescriben ninguna norma de reglamentación de procedimientos o de organización de una asociación formal de coordinación para la gestión de las demarcaciones hidrográficas¹⁰⁶⁰, cómo suele encontrar en la tradición española y francesa arriba comentadas.

Hechas estas referencias de estos tres sistemas de gestión de los recursos hídricos de países europeos, solo a título ilustrativo, no se va seguir a comentar sobre los demás sistemas nacionales del entorno de la Unión Europea.

divergencia por los Länder cuando haya una necesidad especial de una normativa uniforme en la Federación. Estas leyes requieren la aprobación del Bundesrat. No se pueden transferir tareas por ley federal a los municipios y a las asociaciones de municipios.

(2) El Gobierno Federal puede dictar con la aprobación del Bundesrat disposiciones administrativas generales.

(3) El Gobierno Federal controla que los Länder ejecuten las leyes federales conforme al derecho vigente. Con este fin, el Gobierno Federal podrá enviar comisionados ante las autoridades supremas de los Länder con el consentimiento de las mismas y, en caso de negativa, con la aprobación del Bundesrat, también a las autoridades inferiores.

(4) Si no fueren eliminadas las deficiencias comprobadas por el Gobierno Federal en la ejecución de las leyes federales”.

¹⁰⁵⁸ Formado por los *länder* Hesse, Turingia, Baja-Sajonia y Renania del Norte.

¹⁰⁵⁹ Tomado de préstamo la expresión de Breuer. *Op. Cit.* P. 303.

¹⁰⁶⁰ Cfr. BREUER, Rüdiger. *Gestión del agua en estados con una estructura constitucional federal: la situación en Alemania.* AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política: Op.cit.* Pág. 301.

Ahora bien, se pasará a reflexionar sobre las otras *dos tendencias* que se pone en este ángulo de análisis en destaque: _ el *neoinstitucionalismo* y la *remunicipalización*.

3. Tendencia específica desde el ‘Neoinstitucionalismo’.

El *neoinstitucionalismo*¹⁰⁶¹ es un modelo político-social y económico de gestión de los recursos naturales que resurge, en el siglo XXI, en tema de los intereses locales para afrontar necesidades de agrupamientos y colectividades en cuestiones de sostenibilidad y del medio ambiente¹⁰⁶², se caracterizando cómo una tesis de apoyo de la función de subsidiariedad horizontal en pro de la sociedad, más particularmente, de las comunidades locales, que en algunas situaciones parece avivar un retorno a las tradiciones de la cultura del agua, como suele se encontrar entre las comunidades de los ribereños.

Por tanto, esta tesis sostiene que las organizaciones de comunidades locales (“mancomunidades”) pueden realizar acciones o tareas de gestión de los recursos naturales del entorno con buena eficacia al desarrollo sostenible, o en vistas al bien estar socio-económico en provecho de los mismos asociados.

Estas buenas prácticas sociales deben ser incentivadas frente a las otras acciones centralizadoras o descentralizadoras del Estado, que se refieren a potestades de regulaciones y de ejecución de los servicios, aunque por vía directa o mediante otorga a los entes privados. El neoinstitucionalismo es un movimiento que incentiva las comunidades a sacaren soluciones, además de las otras soluciones propuestas por el mercado (privatizaciones), que ni siempre coinciden con en el interés de las dichas comunidades afectadas.

Por ello, se afirma, por ejemplo, que la tradición de las «Confederaciones Sindicales Hidrográficas», en la doctrina española, sigue siendo una *institución* más

¹⁰⁶¹ Adoptándose cómo referencia el término empleado en la literatura académica. Véase FANLO LORAS, A. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión...* Op. cit. P.313.

¹⁰⁶² ELINOR OSTROM. *El gobierno de los bienes comunes*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económico. 2011.

adecuada para gestionar los conflictos del agua en el ámbito de las cuencas hidrográficas, aunque necesiten de nuevos padrones de adaptación ante las complejidades de los problemas ambientales y socio-económicos en la toma de las decisiones para la resolución de problemas locales o territorialmente situados, mediante acciones colectivas a los usos eficaces, preferencias e intereses en relación a los bienes en común.¹⁰⁶³

En un análisis actual, se concluye que el punto de partida de una nueva reflexión en términos del *neoinstitucionalismo* será con efecto admitirse que existe un derecho de agua relacionando a los más diversos usuarios (de comunidades agrícolas, viviendas, instituciones públicas etc.) de poblaciones diferentes y que presentan problemas y dificultades casi los mismos, y que se preocupan con la escasez, con la cantidad y calidad de los recursos hídricos y de demás recursos naturales, de manera que crean nuevas prácticas y condiciones más económicas para solucionar algunos de los problemas del ámbito local, al lado de las grandes acciones de los gobiernos y de otorga o delegación a entes públicos-privados o exclusivamente privados de los servicios relacionados con el agua.

4. Tendencia específica del retorno a remunicipalización de la gestión local del agua.

Se puede decir que en Francia y en otros países terceros (Canadá, Malasia, Argentina, p.ej.) el tema de la *remunicipalización*¹⁰⁶⁴ de los servicios del agua parece ya señalar que no solo la protección, pero también el abastecimiento del agua potable a los usuarios volver a las manos del Estado, y sigue con una gestión local.

Este cambio se pasó recientemente en la nueva política del agua introducida en la comunidad de Paris, a finales del último decenio, en que el Ayuntamiento de París votó en noviembre de 2008 para que el conjunto del sistema de agua, desde las funciones

¹⁰⁶³ Tesis que sostiene el autor Fanlo Lonras en el sistema español. Cfr. FANLO LORAS, A. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión...* Op. cit. P.314-5.

¹⁰⁶⁴ PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolisme y éxito en el corazón del agua privada.* (Org.) PIGEON, M.; PIGEON, Martin; MCDONALD, David A.; HOEDEMAN, Olivier y KISHIMOTO, Kishimoto, Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas. Amsterdam: Transnational Institute. 2013. págs. 28-47.

de protección de los recursos acuáticos hasta el suministro al último usuario, fuera operado por una entidad pública, según un proceso de unificación con inicio a partir del 1 de enero de 2010¹⁰⁶⁵.

Algunas reflexiones se proponen para establecer un cambio de régimen jurídico de tamaña magnitud, en singular, cuando ocurre el proceso de remunicipalización, por la necesidad de una nueva regulación que lleve en cuenta los impactos que se tiene que prever en términos financieros, sobre la reducción de costos de los servicios, bien así, contemplar el necesario incremento de inversiones en la protección del recurso hídrico, y asimismo, establecer sobre las responsabilidades de los Consejos municipales, de la participación ciudadana, etc.

La remunicipalización se volvió cómo una tendencia al enfrentamiento de frecuentes problemas locales en el abastecimiento del agua motivados por las deficiencias de los servicios privados, defectos del contrato anterior en cuanto la previsión de cobertura de los riesgos en situaciones de emergencias, fallas de funcionamiento de los operadores privados y sobre todo los costos que encarecen los servicios. En el aspecto positivo contribuye al cambio de régimen una reforzada concientización de los usuarios a través la continua campaña de grupos de la sociedad civil y de representantes políticos locales.

Tomemos cómo referencia algunos aspectos del derecho de agua en Francia respecto a evolución de este nuevo modelo de retorno a remunicipalización.

4.1. El caso de París: antecedentes del derecho de agua en Francia y la reforma del sistema de gestión hídrica local.

En Francia, en fines del siglo XIX, hubo el reconocimiento del derecho de agua para uso privado del entorno doméstico, pero limitado al de orden pública¹⁰⁶⁶, vez

¹⁰⁶⁵ Ibidem, p. 41

¹⁰⁶⁶ Vide FIALAIRE, Jacques. *L'accès à l'eau et ses usages domestiques comme droit fondamental. Quelle part pour l'action publique locale ?* p. 99-114. Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. Paris: Le Moniteur. 2010.

que en el derecho francés se hace una distinción entre las aguas públicas y aguas no públicas, según la idea de “bien” a partir de disposiciones del Código Civil francés, artículo 641 y siguientes, el cual después fue cambiando a través de ley específica sobre el agua (Ley n° 64-1245, du 16 de diciembre de 1964), relativa al régimen y repartición de las aguas y a la lucha contra la polución¹⁰⁶⁷.

Tratándose en el inicio, por tanto, de un derecho compartido entre la noción de *bien público*, definido que era en *res nullius*, *res común* y bien dominicales (que no presentan un fin predeterminado), y, asimismo, considerado como *bien privado*: ‘bien susceptible de apropiación privada para el uso’.

Después, la Ley del Agua n° 1245/64, de 16 de diciembre 1964, en Francia, abandonó el criterio principal de ‘aeronavegabilidad’ de utilización del recurso agua como el criterio formal de clasificación de bien público, y permite una expansión potencial del dominio público de las aguas, ya que no es solo considerado el canal de agua vía de comunicación, pero todos los ríos y lagos y sus derivaciones; además, preveía otros usos y actividades.

Sucesivas leyes han modificado el texto de la ley francesa del agua 1245/64, de modo que la nueva Ley 3/92, de 3 de enero, fijó la noción del agua cómo ‘patrimonio común de la nación’, que, sin embargo, no significaba se tratar de un bien de propiedad del Estado¹⁰⁶⁸. Referida ley tuvo ampliado los objetivos de la política del agua en conformidad con la gestión equilibrada, en asegurar: protección de los ecosistemas acuáticos, recuperación de la calidad de las aguas superficiales, subterráneas y marinas del territorio, desarrollo y preservación de los recursos hídricos, valoración del agua cómo recurso económico, repartición del recurso con el fin de satisfacer y conciliar a diferentes usos y actividades, según las necesidades de agua en la salud, seguridad pública, los usos potables de la población para alimentación y hogar, además, de la agricultura, pesca en

¹⁰⁶⁷ Véase el texto de la ley 1245-64, de 16 de diciembre <en línea>
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068236>>
[Consultado en 11 mayo 2011]

¹⁰⁶⁸ Véase en ese sentido JEGOUZO, Yves. *Le droit et la gestion de l'eau en France: organisation administrative et conciliation des usages*. Disponible <en línea> < <http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/11-Jegouzo.pdf>> [Consultado en 11 mayo de 2011].

agua dulce y cultivos marinos, industria, producción de energía, transportes, turismo y recreación, y también de todas las actividades humanas legalmente ejercidas, la protección contra inundaciones¹⁰⁶⁹.

Posteriormente, hubo la codificación de las leyes francesas del medio ambiente en dos etapas formando el Código del Medio Ambiente, primer con la «Ordonnance n° 2000-914, du 18 septembre 2000»¹⁰⁷⁰, relativa a la parte legislativa del Código, y después, el «Décret n° 2005-935 du 2 août 2005»¹⁰⁷¹ relativo a la regulación, reuniendo un conjunto de leyes o de partes de leyes, incluso del tema del agua, formando los capítulos I, III e IV del Código. El Código pasó por muchas actualizaciones con las leyes subsiguientes de 2006 hasta 2014.

De modo singular, la ley 1772/2006, de 30 de diciembre, hizo una nueva regulación sobre el agua y los medios acuáticos, la cual fue incorporada al Código del Medio Ambiente en el Libro Segundo que dispone sobre ‘los medios acuáticos’¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ Véase el Artículo 2 en la Ley 3/92: «Art. 2. - Les dispositions de la présente loi ont pour objet une gestion équilibrée de la ressource en eau. Cette gestion équilibrée vise à assurer: - la préservation des écosystèmes aquatiques, des sites et des zones humides; on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire; la végétation, quand elle existe, y est dominée par des plantes hygrophiles pendant au moins une partie de l'année; - la protection contre toute pollution et la restauration de la qualité des eaux superficielles et souterraines et des eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales; - le développement et la protection de la ressource en eau; - la valorisation de l'eau comme ressource économique et la répartition de cette ressource; de manière à satisfaire ou à concilier, lors des différents usages, activités ou travaux, les exigences: - de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable de la population; - de la conservation et du libre écoulement des eaux et de la protection contre les inondations; - de l'agriculture, des pêches et des cultures marines, de la pêche en eau douce, de l'industrie, de la production d'énergie, des transports, du tourisme, des loisirs et des sports nautiques ainsi que de toutes autres activités humaines légalement exercées».

¹⁰⁷⁰ Cfr. el texto de la Ordenanza 914/2000. <en línea>
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BB353CB0342C4F8237C59C1DE4B6CF0F.tpdila10v_3?cidTexte=JORFTEXT000000401865&dateTexte=20000921> [Consultado en 12 mayo de 2011].

¹⁰⁷¹ Cfr. el texto del Decreto 935/2005, Article 1: «Les dispositions annexées au présent décret constituent les livres Ier, III et IV de la partie réglementaire du code de l'environnement, à l'exception de celles relevant d'un décret en conseil des ministres. [...]». <en línea>
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000633739&dateTexte=>>
[Consultada en 12 mayo 2011].

¹⁰⁷² Véase Code de l'Environnement, Livre II _ Milieux physiques, Chapitre Ier : Régime général et gestion de la ressource; Chapitre II : Planification; Chapitre III : Structures administratives et financières; Chapitre IV: Activités, installations et usage; Chapitre V : Dispositions propres aux cours d'eau non domaniaux; Chapitre VI : Dispositions relatives aux contrôles et sanctions; Chapitre VII : Défense nationale, Chapitre VIII:

Aquella ley ya había adaptado los principios comunes y objetivos de la Directiva marco del agua 2000-60-CE.

Así, el artículo 210 del Código del Medio Ambiente¹⁰⁷³ mantuvo en líneas generales el concepto del agua como patrimonio de la nación, y los objetivos de la política del agua respecto a la protección del recurso y del equilibrio natural como de interés general, los diferentes usos del agua, el derecho del acceso de cada persona al uso potable, la valoración económica del agua en torno de los costes suportados por la utilización, todos estos ya referidos.

Es relevante señalar que el régimen jurídico general de la gestión equilibrada y sostenible fijado en el capítulo primer consiste en dos modelos de gestión, por vía de: autorización y declaración.

La *autorización* sigue las reglas del artículo L214-3 apartado I y L214-4 apartados I y II del Código¹⁰⁷⁴ son aplicables para las actividades peligrosas, y sujetan a

Dispositions spéciales aux eaux marines et aux voies ouvertes à la navigation maritime; Chapitre IX: Politiques pour les milieux marins; <en línea> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006832978&idSectionTA=LEGISC_TA000022494764&cidTexte=LEGITEXT000006074220&dateTexte=20150404> [Consultada en 12 mayo 2011]

¹⁰⁷³ Véase el Artículo L210-1: « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous. Les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques.

¹⁰⁷⁴ Código de Medio Ambiente francés. Art. L214-3, I: «I. están sujetos a la autorización de las autoridades administrativas: instalaciones, estructuras, obras y actividades que puedan ser peligrosas para la salud y la seguridad pública, perjudicar el libre flujo de agua, reducir los recursos hídricos, a aumentar significativamente el riesgo de inundaciones, afectan gravemente a la calidad o la diversidad del medio acuático, incluidas las poblaciones de peces. Los requisitos necesarios para proteger los intereses mencionados en el artículo L 211-1, el monitoreo significa, términos de controles técnicos y recursos de intervención en caso de un incidente o accidente son fijados por el orden autorización y posiblemente por actos adicionales después. El departamento o inter-federación de asociaciones de pesca y proteger el medio ambiente acuático y las asociaciones departamentales e interdepartamentales aprobó la pesca de agua dulce profesional se mantenga informados de los trabajos relativos a las autorizaciones, el trabajo, la naturaleza y las instalaciones de la actividad para destruir las zonas de desove o áreas de crecimiento o de la fauna de peces de alimentación. II- *omisis*; III.-Un decreto determina las condiciones en las que se establecen, modifican y puestos a disposición de terceros los requisitos establecidos en el I y II. IV.-Un decreto del

las autoridades administrativas en: instalaciones, estructuras, obras y actividades que puedan ser *peligrosas* para la salud y la seguridad pública, perjudicar el libre flujo de agua, reducir los recursos hídricos, a aumentar significativamente el riesgo de inundaciones, afectan gravemente a la calidad o la diversidad del medio acuático, incluidas las poblaciones de peces.

También la *autorización* para ser concedida depende de previa investigación pública por un determinado período de análisis. Además, podrá ser revocada o modificada sin indemnización del Estado, en el ejercicio de sus funciones de policía, a los casos especificados en el artículo L214-4 y apartados 1 a 4, a saber: _ en interés de la salud pública, cuando es necesaria dicha revocación o modificación para abastecer de agua potable a la población; _evitar o detener las inundaciones o en caso de amenaza a la seguridad pública; _ en caso de grave amenaza para el medio acuático, en particular cuando sujetos a condiciones hidráulicas críticas que no sean compatibles con su conservación; o _cuando las obras o instalaciones que son abandonados o que ya no están sujetos a un mantenimiento regular.

Consejo de Estado determinará las condiciones en las que varias solicitudes de autorización y presentación de informes sobre las operaciones vinculadas o pertenecientes a la misma actividad puede ser un procedimiento común.

Art. L 214-4. I. La autorización se concede después de una investigación pública y, en su caso, por un período determinado. Un decreto determina las condiciones para la renovación de las autorizaciones y la autorización de trabajo, instalaciones o actividades de carácter temporal y sin impacto significativo y duradero en el medio natural puede ser otorgado sin consulta pública en virtud del Capítulo III del Título II de libro I de este Código anterior. II.-La autorización podrá ser revocada o modificada sin indemnización del Estado el ejercicio de sus funciones de policía, en los siguientes casos: 1. En interés de la salud pública, y en particular cuando es necesaria dicha revocación o modificación para abastecer de agua potable a la población; 2. Para evitar o detener las inundaciones o en caso de amenaza a la seguridad pública; 3. En caso de grave amenaza para el medio acuático, en particular cuando los medios acuáticos están sujetos a condiciones hidráulicas críticas que no sean compatibles con su conservación; 4. Cuando las obras o instalaciones que son abandonados o que ya no están sujetos a un mantenimiento regular. Bis. II-A 1 de enero de 2014, de conformidad con los objetivos y directrices del Uso de la Tierra, Estructura y Gestión del Agua, los arroyos, ríos o canales partes clasificadas en la I el artículo L. 214-17, la autorización podrá ser modificado, sin indemnización por parte del Estado el ejercicio de sus funciones de policía, ya que el funcionamiento de las estructuras o instalaciones no permite la conservación de las especies migratorias alternativamente vivir en agua dulce y salada. III.- cualquier denegación, revocación o modificación de la autorización debe dar al solicitante. IV.-Un decreto determina las condiciones en que las licencias de trabajo o actividades de un temporal, periódica y carente de impacto significativo y duradero en el medio natural se concederá sin consulta pública antes de las empresas hidroeléctricas autorizadas que su solicitud de la duración del título a cubrir. Las disposiciones de los decretos en vigor en la fecha de publicación de la Ley N° 2005-781, de 13 de julio". Vide <en línea> < <http://www.legifrance.gouv.fr>> Consultada en [13 mayo 2011].

La *declaración*¹⁰⁷⁵ se distingue por ser concedida a actividades *no peligrosas*. También está prevista en el Art L.214-3, apartado II, y puede ser relativa a obras, instalaciones, estructuras y actividades que atiendan a los requisitos previstos en los artículos 211-2 y 3 del Código, los cuales serán detallados por Decreto del Consejo del Estado. Así, es cierto que el poder público podrá imponer condiciones, tal como medida de limitación, requisitos especiales o suspensión provisoria de los usos del agua, por ej., ante amenaza o sucesos en accidentes, sequías, inundaciones o riesgo de penuria etc.

Por lo tanto, el sistema francés de gestión de los servicios del abastecimiento del agua y saneamiento a las colectividades locales se desarrolló por vía de la delegación del servicio público a cargo de las empresas privadas que empezaron sus actividades en la segunda mitad del siglo XIX. Específicamente, el sistema de gestión del agua en París era operado por tres empresas, siendo una Sociedad de Economía Mixta (SEM), encargada de la producción y transporte de agua a granel a París; y dos operadores privados, las corporaciones globales Suez Environnement y Veolia Environnement¹⁰⁷⁶ que se habían cargo de la oferta y la facturación por el uso del agua¹⁰⁷⁷.

Sin embargo, el proceso de remunicipalización del servicio público del agua en París, iniciado en 2008, fue un marco en la gobernanza pública que pasó al control local y exclusivo de protección, de distribución del agua potable (producción, embalse,

¹⁰⁷⁵ Código de Medio Ambiente francés. Art.L214-3, II.- «están sujetos a declaración: instalaciones, estructuras, obras y actividades que no puedan presentar estos peligros, sin embargo, deben cumplir con los requisitos establecidos en virtud de los artículos L. 211-2 y L. 211-3». En un plazo determinado por decreto del Consejo de Estado, la autoridad administrativa podrá oponerse a la operación prevista si parece ser incompatible con las disposiciones de la Estructura de Uso de Suelo y Gestión del Agua o uso del suelo y la gestión del agua o de la puerta de los intereses mencionados en el artículo L. 211-1 a alguien tan importante que ninguna prescripción remediarían. El trabajo no puede comenzar antes de la expiración de dicho plazo. Si el respeto de los intereses mencionados en el artículo L. 211-1 no está garantizada por la aplicación de las normas dictadas en virtud de los artículos L. 211-2 y L. 211-3, la autoridad administrativa podrá, cualquier momento, por fin imponer requisitos especiales necesarios.

¹⁰⁷⁶ Antes era denominada Compagnie Générale des Eaux. Vide PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolismo y éxito en el corazón del agua privada*. *Op.cit.* Pág.31.

¹⁰⁷⁷ Cfr. LE STRAT, Anne. *The remunicipalition of Paris's water supply service: a successful reform*. En: *Water Policy* 16. (2014). Págs. 197–204. <en línea> <<http://www.iwaponline.com/wp/01601/0197/016010197.pdf>> [Consultado en 22 dez 2014].

transporte, control de calidad, facturación, servicio al usuario) y reinversión, debido a innúmeros problemas acumulados.

Entre las razones apuntadas para ese cambio se destacan: el aumento de las malas prácticas advenidas desde los años noventa, que implicaban en no realización de procedimiento de contratación para la adjudicación de los contratos de las grandes empresas (Suez y Veolia) que podrían durar décadas; débil regulación y mala supervisión de las autoridades locales cuanto a las actividades ejercidas por los operadores privados del agua; escalada de los precios por los altos cobros de los usos del agua añadida por la falta de transparencia en las prácticas financieras de política de los precios; sumadas, aún, a las presiones de las asociaciones de usuarios y de entidades de protección medio ambiental, partes interesadas en reformar y poner en claro una gestión sostenible de los recursos hídricos¹⁰⁷⁸.

Las deficiencias del sistema fueron indicados en varios informes públicos¹⁰⁷⁹ de modo que se señalaba principalmente la falta de objetivos específicos y de planificaciones a largo plazo por los operadores privados, vez que los contratos se prorrogaban sin adjudicación; además, los operadores privados no ponían de manifiesto las recetas con transparencia, puesto que los ingresos extras asegurando ganancia global no eran declarados¹⁰⁸⁰, además no eran fiscalizados por las autoridades públicas con exactitud; respecto a los aspectos técnicos, la carencia de expertos entre las autoridades públicas con conocimiento de las nuevas prácticas, falta de informaciones por parte de las

¹⁰⁷⁸ Véase a propósito el artículo de la Coordinadora del proyecto de reforma del agua en París. LE STRAT, Anne. *The remunicipalitation of Paris's water supply service: a successful reform*. En: *Water Policy* 16. (2014). Págs. 197–204. <en línea> < <http://www.iwaponline.com/wp/01601/0197/016010197.pdf>> [Consultado en 22 dez 2014].

¹⁰⁷⁹ Un análisis de este proceso se encuentra en PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolismo y éxito en el corazón del agua privada*. *Op.cit.* Págs.31-32.

¹⁰⁸⁰ Véase en LE STRAT, Anne. *The remunicipalitation of Paris's water supply service: a successful reform*. *Op.cit.* p. 200. El texto fue traducido: « Los contratos de delegación presentaron una ganancia inesperada para Suez y Veolia, ya que las ganancias se hicieron a lo largo de la cadena de valor: a través de la subcontratación de las obras, la cuantificación de los costes de mantenimiento del capital, el pago de salarios a los funcionarios que no fueron asignados a tiempo completo a servicio en París, y el retraso en los pagos por el agua comprada a la empresa semi-privada a cargo de producción. Todos estos márgenes se consolidaron y se utilizan para inflar los dividendos de los accionistas de los dos grupos».

empresas gestoras sobre la evaluación del patrimonio de la red, todo eso dificultaba la fiscalización del buen funcionamiento del sistema hídrico.

Cumple aún observar que el sistema de gestión privado era bastante complejo y desequilibrado entre los usuarios, vez que los servicios se distribuyan en dos redes, siendo uno de agua potable y otra de aguas residuales; la primera red, suministraba cerca de 550.000m³ del agua al día a la población, y la segunda red comprendía la distribución de agua de riego para mantener parques, limpieza de calles etc.¹⁰⁸¹.

No obstante, los problemas más visibles consistían en el aumento significativo de las tarifas en los veinte años anteriores a reforma del sistema, sumándose a disminución de los consumidores, vez que la facturación individual era minoritaria, porqué el cobro era hecho a los cargos colectivos de los edificios, y por último, el aumento de los niveles de contaminación por vertidos industriales, urbano y de la agricultura industrial contaminadora a través de residuos químicos, proporcionaron un aumento del tratamiento de las aguas residuales con sobretasa adicionales a los usuarios¹⁰⁸².

Dos fueron los criterios adoptados en la reforma que justificarían la remunicipalización en París:

a) el criterio de *decisión política*, apoyado en el argumento de que el agua es un bien público y debe ser gestionada directamente por la autoridad local;

b) el criterio de *decisión administrativa*, según el cual se hacía necesaria la eficiencia y optimización de los servicios del agua y saneamiento.

¹⁰⁸¹ Cfr. los datos en PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolisme y éxito en el corazón del agua privada. Op.cit.* Pág.30.

¹⁰⁸² Véase los datos en Pigeon: “las tarifas de agua aumentaron enormemente, en más de un 265% entre 1985 y 2009 solo para el agua potable, con actualizaciones automáticas de las tarifas cada tres meses; en cambio, los precios solo aumentaron en un 70.5% durante el mismo periodo”.

En concreto, algunas de las medidas políticas y administrativas adoptadas se refieren a instituir una autoridad para impulsar los proyectos de las infraestructuras necesarias de las redes del agua, reservar un presupuesto específico para el tema del agua y la creación de una comisión consultiva que permitiese recibir propuestas de los usuarios¹⁰⁸³.

En cuanto a los objetivos o fines a alcanzar a medio y largo plazos en el proceso de remunicipalización se señalan tres: los objetivos ambientales, teniendo en cuenta la gestión responsable vital y el peligro de extinción los recursos hídricos; el objetivo democrático en supervisar y aproximar la gestión del servicio cercano a los usuarios, con la participación ciudadana y de las asociaciones; y, el objetivo económico mediante la transparencia financiera y el control de costes, de manera a ofrecer un servicio de máxima calidad al precio más bajo posible.

En otros dos aspectos, los objetivos priorizan garantizar el suministro del agua a todos los ciudadanos, a través de un mecanismo de apoyo social con independencia de las circunstancias, y efectivamente, centrar la oferta del servicio del agua en favor de los usuarios con el fin de atender a las expectativas de los usuarios integrados al proceso de gobernanza local de la gestión de los recursos hídricos según los más altos estándares¹⁰⁸⁴. Así, fue creada en 2010 una empresa pública municipal denominada Empresa del Agua de Paris (“Eau de Paris”).

En suma, la nueva municipalización del servicio público de suministro y facturación de agua promovido en la ciudad de Paris representó un marco institucional en la unificación de la política del agua, en cambio de reducir la economía de más de 8% (ocho por ciento) de los costes de las tarifas a los consumidores, y también obtener más ahorro en reinversiones de las infraestructuras de las redes. En el aspecto social, hubo el aumento de la participación de los usuarios, destinatarios finales del servicio.

¹⁰⁸³ Ibidem, p. 33.

¹⁰⁸⁴ Ibidem, Págs. 203-204.

Otro marco importante en el proceso de transición, fue la posición emanada de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de París, en un fallo¹⁰⁸⁵ respecto a una reclamación de la parte del partido ‘Unión por un Mouvement Populaire’ (UMP) que impugnó las decisiones adoptados por el alcalde de París, a época, en que el Tribunal desestimó el recurso, y consagró la autonomía municipal, reconociendo en favor de la autoridad local la acción en materia de interés general de servicio del agua en pro de la población afectada. Por ello, dictó que, según las regulaciones de la UE, un municipio tenía derecho a administrar internamente cualquier servicio destinado a su población.

En cuanto a los resultados se observa que un cambio de reorganización administrativa y política del gestión del agua, tiene sido objeto de análisis por la doctrina de manera interdisciplinar en variados matices (del Derecho administrativo, de la Sociología, de la Ciencia Política, de la Ciencia de la Administración etc.) y que tiene reunidos algunos criterios de evaluación¹⁰⁸⁶, que vale ser mencionados, a la postre, a título de ejemplo: la nueva municipalización repercute en establecer nuevos padrones basados en principios de equidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, participación en la toma de decisiones, sostenibilidad, solidaridad, y técnicas de verificación de la calidad del servicio, del trabajo y transferencia del modelo, y bien así de instituir nuevos retos de la ética pública en la preservación de los recursos y de la prestación del servicio.

Por lo expuesto, se concluye que, es una tarea extenuante, demanda conocimiento técnico, lo que se escapa al instrumental jurídico exclusivamente a depender otros niveles de decisiones, _ aunque sea una decisión al sesgo jurídico-político_, a cambiar un sistema privado al público, o crear un sistema compartido mezclando colaboración público-privado, requiere un importante conjunto de experiencias y estructuras en materia de servicio público de agua.

¹⁰⁸⁵ Cfr. Tribunal Administratif de Paris arrêt n°0901127/6-1, 2009. *Apud* PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolismo y éxito en el corazón del agua privada. Op.cit.* Pág.48 [nota de pie 17].

¹⁰⁸⁶ Cfr. PIGEON, Martin. *Une eau publique pour Paris: Symbolismo y éxito en el corazón del agua privada. Op.cit.* Págs 14-15.

“Aguas profundas son las palabras de un hombre,
torrente desbordante es la fuente de la sabiduría.”
[Libro de los Proverbios, 4, 18]

CAPÍTULO II

GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS.

Sección I

De la concepción de gestión integrada y principios rectores

En este capítulo pasará a una delimitación general de la gestión de los recursos hídricos bajo el paradigma de la *integración de la gestión del agua* en el Derecho medio ambiental y administrativo.

1. Delimitación de *gestión integrada de los recursos hídricos* en el contexto global.

Según la organización Asociación Mundial del Agua¹⁰⁸⁷ (o Global Water Paternership) la *gestión integrada de los recursos hídricos*¹⁰⁸⁸ consiste es un proceso que promueve el desarrollo y la gestión coordinada del agua, del suelo y de los recursos relacionados, con vistas a maximizar de modo equitativo el bienestar económico y social, sin comprometer, mientras tanto, la sostenibilidad de los ecosistemas vitales.¹⁰⁸⁹

1.1. La Conferencia de Dublín y su contribución al desarrollo de los principios de gestión integrada.

¹⁰⁸⁷ Véase PARTENARIAT POUR L’EAU. *La gestión intégrée des ressources en eau*. Stockholm, GWP, TAC background papers N° 4, 2000. P.76. *Apud* TAITHE, Alexandre. *L'eau. Un bien? Un droit? Tensions et opportunités*. Paris: Unicomm. 2008. Pág. 97.

¹⁰⁸⁸ El término en inglés *Integrated Water Resources Management (IWRM)*.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Global Water Paternership. *What is IWRM?* <en línea> <<http://www.gwp.org/The-Challenge/What-is-IWRM/>> [Consultado en 22 de enero de 2011]

Desde la ‘Carta de Dublín’, ya referida en este trabajo¹⁰⁹⁰, fue pactado los principios de la *gestión integrada de los recursos hídricos*. Ese documento, en concreto, organizó los cuatro principios básicos que serían objeto de acciones concertadas para una gestión integrada de los recursos hídricos, con vistas al Programa 21 de las Naciones Unidas (o Agenda 21 aprobada en la Conferencia del Rio/Brasil, en junio de 1992)¹⁰⁹¹.

Su contenido en relación a los cuatro principios¹⁰⁹² se resumen en reconocer que:

¹⁰⁹⁰ Véase el *Informe del Secretario General E/C.7/1994/5* págs. 09-11, de las Naciones Unidas (documento resumen). *Op.cit.*

¹⁰⁹¹ En la opinión de la experta Hilda Tortajada, presidenta de la Asociación Internacional de Recursos Hídricos (IWRA) la Conferencia de Dublín fue realizada con vistas a la Agenda 21 de las Naciones Unidas, no obstante, aquele documento no fue integralmente ratificado en la Cumbre del Rio-1992 (en Brasil), por razones procedimentales por se tratar de una Conferencia formada por expertos, y por tanto sus conclusiones no podrían ser objeto de deliberación en una Conferencia intergubernamental cómo fue la Cumbre de la Tierra (Rio-92) para la política global del medio ambiente, coordinada por las Naciones Unidas. Cfr. TORTAJADA QUIROZ, Hilda C. *El agua y el medio ambiente en las conferencias internacionales de las Naciones Unidas: resultados a largo plazo*. (Publicación 3). Zaragoza: Ayuntamiento (Agenda 21) /CDAMA. Pág. 06. <en línea> <<http://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cda/Publicacion03.pdf>> [Consultada en 07 de noviembre de 2013]. Sin embargo, consonante el Informe presentado por el Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994, destacó: « el Programa 21 se basa en dichas estrategias, en los resultados de la Reunión Consultiva Mundial sobre el Agua Potable y el Saneamiento Ambiental en el Decenio de 1990, llevada a cabo en Nueva Delhi en septiembre de 1990, *en las recomendaciones de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (Dublín, 1992)* y en la labor del Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (pusemos en cursiva). Cfr. el documento resumen de las Naciones Unidas. COMITE DE RECURSOS NATURALES. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. E/C.7/1994/5, 11 de enero de 1994. Págs. 12-13. en URL: <en línea> <<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/pdf/N9401642.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010]. Además, señala en Informe que *el Programa Agenda 21* también agrega que: «las estrategias de la Resolución 1991/85 del Consejo de Seguridad, se consideran todavía una base válida para los programas nacionales e internacionales de acción en el *sector de los recursos de agua dulce.*» (*Op.cit.* P.12). Por tanto, en nuestra opinión se puede deducir que la ‘Carta de Dublin’ es un documento que tiene una profunda repercusión en la Agenda 21 o programa de gestión del agua del entorno global, aunque no se tuviese reproducido todos los términos del aludido documento en el informe final del Programa 21.

¹⁰⁹² El documento resumen elaborado por el Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social. de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994, el mismo destacó: « Dado que el agua sostiene todas las formas de vida, es preciso aplicar un planteamiento integral al desarrollo de las sociedades humanas y las economías, así como a la protección de los ecosistemas naturales, lo cual incluye no solo *la necesidad de considerar todo el ciclo hidrológico, que abarca la interacción con el medio ambiente natural y el uso de los suelos, sino también las necesidades intersectoriales. El planteamiento integral supone también un planteamiento ecológico, que toma en consideración cuestiones que afectan a toda una cuenca fluvial o a un acuífero subterráneo, y la interrelación con otros recursos naturales. Según se expresa en el informe de la Conferencia, cuando las cuencas atraviesan las fronteras nacionales, es indispensable la cooperación internacional.*» (resaltamos en cursiva). Cfr. *Informe del Secretario General E/C.7/1994/5*, de 11 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. Pág. 09.

i) El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente;

ii) El aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles;

iii) La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua; y

iv) El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y deberá reconocérsele como un bien económico.

1.2. El Programa 21: un marco para la gestión integrada de agua.

Unos meses después, la Cumbre Rio-92¹⁰⁹³ realizada en Brasil, de gran repercusión respecto al Programa 21 de las Naciones Unidas con apoyo de países signatarios en la esfera internacional y en el ámbito de derecho nacional, delineando las estrategias del medio ambiente para el siglo XXI, puso de relieve en el capítulo 18 el tema: «Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, la ordenación y el uso de los recursos de agua dulce»¹⁰⁹⁴.

Disponible en URL: <en línea> <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/PDF/N9401642.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010]>.

¹⁰⁹³ Llamada también "Cumbre para la Tierra", que tuvo lugar en Río de Janeiro en junio de 1992. Véase el documento resumen. *Op.cit.*

¹⁰⁹⁴ Los objetivos generales tratados en este capítulo son los siguientes: a) La ordenación y el aprovechamiento integrados de los recursos hídricos; b) La evaluación de los recursos hídricos; c) La protección de los recursos hídricos, la calidad del agua y los ecosistemas acuáticos; d) El abastecimiento de agua potable y el saneamiento; e) El agua y el desarrollo urbano sostenible; f) El agua para la producción de alimentos y el desarrollo rural sostenibles; g) Las repercusiones del cambio climático en los recursos hídricos. Véase en NACIONES UNIDAS – DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. DIVISIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE. *Programa 21: (Cap.18)*.1992. En URL: <en línea> <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>> [Consultado en 10 de enero de 2011].

Sin embargo, este documento no hizo cualquier definición precisa de *gestión integrada de los recursos hídricos*, pero establece en el capítulo 18 que refiere sobre la ordenación y el aprovechamiento integrados de los recursos hídricos en el marco de un conjunto de medidas que delimitan la integración de las políticas del agua a una buena conservación de los recursos hídricos y del medio acuático.

Estas medidas¹⁰⁹⁵ concretamente serán desarrolladas con el fin de:

«a) Promover un enfoque dinámico, interactivo, iterativo y multisectorial de la ordenación de los recursos hídricos, incluidas la protección y la determinación de posibles fuentes de abastecimiento de agua dulce, que abarque consideraciones tecnológicas, económicas, ambientales y sanitarias;

b) Planificar la utilización, protección, conservación y ordenación sostenibles y racionales de los recursos hídricos con arreglo a las necesidades y prioridades de la colectividad dentro del marco de la política de desarrollo económico nacional;

c) Elaborar, aplicar y evaluar proyectos y programas que sean tanto económicamente eficientes como socialmente adecuados dentro de unas estrategias definidas con claridad y basadas en un enfoque de plena participación pública, incluida la de la mujer, la juventud, las poblaciones indígenas y las comunidades locales en las medidas y decisiones sobre la ordenación del agua;

d) Determinar y fortalecer o implantar, según sea necesario, en particular en los países en desarrollo, los mecanismos institucionales, jurídicos y financieros adecuados para lograr que la política sobre los recursos hídricos y su ejecución sean un catalizador del progreso social y el crecimiento económico sostenibles».

1.3. La ‘Declaración del Milenio’ como meta de integración de gestión hídrica.

A través de la “Declaración del Milenio”, documento aprobado en Nueva York, el 5 de septiembre de 2000, la Cumbre del Milenio había fijado los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). Este conjunto de metas definidas por la Comunidad

¹⁰⁹⁵ Ibidem.

Internacional a las cuales los Estados miembros signatarios acordaron hacer cumplir hasta el año 2015, destacó en el *sétimo objetivo* el compromiso de “garantizar la sostenibilidad del medio ambiente”.

Señalase por ello que, la Meta 7C contempla el objetivo de “reducir a la mitad el porcentaje de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento”¹⁰⁹⁶ para el año 2015. Este objetivo aún contiene dos indicadores: uno que refiriese a la proporción de la población *con acceso a fuentes mejoradas de abastecimiento de agua potable* (7.8), y otro, que establece la proporción de la población con acceso a servicios de saneamiento mejorados (7.9).

A eso respecto, observase que, posteriormente, en el año 2007, algunos de los apartados de la *meta siete* fueron revisados, incluso uno que establecía incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales e invertir la pérdida de recursos del medio ambiente (meta 7A), de modo que un nuevo objetivo sobre el recurso natural del agua fue agregado en el ítem (7.5) versando sobre la “proporción del total de recursos hídricos utilizada”.

Por ello, en el programa teniendo en cuenta factores de orden económica, social, medioambiental y de gobernanza¹⁰⁹⁷ global ha elegido la *integración* como el elemento clave para la gestión de los recursos hídricos según el estándar de *la unidad de cuencas hidrográficas*¹⁰⁹⁸.

Sin embargo, ante las diversidades de los ecosistemas más o menos vulnerables a la degradación y su necesidad de protección reforzada, discutiese mucho

¹⁰⁹⁶ Véase NACIONES UNIDAS. CEPAL. *Objetivos del desarrollo del milenio. Avances en la sostenibilidad medioambiental del desarrollo en América latina y Caribe*. Chile: enero, 2010. [en línea] <http://www.eclac.org/mdg/ind_of_es.html>. [Consulta: 09 de marzo de 2010]

¹⁰⁹⁷ Relativo al concepto de *gobernanza* utilizaremos la síntesis propuesta por los autores George Anderson y Embid Irujo: «se expresa lo que deben ser buenas prácticas adecuadas para una gestión eficaz, en la que la participación de los ciudadanos tiene un valor singular.» En: AA.VV. *Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008*. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Pág. 27.

¹⁰⁹⁸ GLOBAL WATER PATERNERSHIP. INTERNATIONAL NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS. *Manual para la gestión integrada de recursos hídricos en cuencas*. Reino Unido. 2009.

sobre la reformulación de conceptos y principios de actuación, participación contra la mala explotación y distribución del abastecimiento del agua potable. En aras de formular una categoría de los “bienes públicos globales”¹⁰⁹⁹, la innovación convierte se en incluir los recursos naturales del agua dulce en *bien* de interés internacional.

Desde esas categorías de bienes de consenso global o de dichas “cuestiones de interés global”, influenciado por una fuerte doctrina científica de la Ciencia Política que planteó el tema de la reforma de la gobernanza global¹¹⁰⁰, el principio de la Subsidiariedad y el de Inclusión adquirirán nuevos matices cuando se trata de introducir cambios en el modelo político y administrativo de ámbito regional y local.

A finales del siglo XX, tales defensores sostenían que la democracia mejor se solidifica cuanto más próxima de los implicados¹¹⁰¹. Defendían la tesis de que los “afectados” por importantes cambios en sus condiciones de vida, pudiesen opinar sobre las condiciones de la gestión y de la regulación.

En otras palabras, se decía que los más importantes procesos de elecciones relativos a los beneficios sociales y a los costos con determinados bienes¹¹⁰², que se puedan reflejar de gran interés para una región o al conjunto de una población, deben orientarse por la *descentralización de la actuación administrativa* y la toma de decisiones con la participación de las comunidades afectadas, es donde se sitúa el papel de la subsidiariedad.

Pasemos ahora, a un breve recorrido de los principios rectores.

¹⁰⁹⁹ KAUL, I. *et al.* *Providing Global Public Goods*. Oxford: Oxford University Press. 2003.

¹¹⁰⁰ El fortalecimiento de la gobernanza global consistiría para algunos teórico en el proceso de “restaurar la simetría y la coherencia entre quienes toman las decisiones y los que reciben, y para afianzar el principio de equivalencia de forma que sea consecuente con la inclusión y la subsidiariedad.” Vide. HELD, David. *Un pacto global*. Madrid: Taurus. 2005. p.138; Sobre el principio de equivalencia véase KAUL, I. *et al.* *Providing Global Public Goods*. *Op.cit.* p. 27-28;

¹¹⁰¹ Véase HELD, David. *Un pacto global*. *Op. cit.* p.136; KAUL, I. *et al.* *Providing Global Public Goods*. *Op.cit.* p. 27; POGGE, T.W. *Cosmopolitanism and Sovereignty*. Chicago: University Press. *Ethics*. Vol. 103, No. 1 (Oct., 1992), pp. 48-75; HIRST, P. y THOMPSON, G. *The future of globalization*. London: SAGE/Journal of the Nordic International Studies Association (NISA). *Cooperation and Conflict*. Vol.37 (3). p. 247-265.

¹¹⁰² *Ibid*, p. 27-8.

2. Los principios rectores de la política del agua.

Los principios que configuran las nuevas tendencias de la soberanía compartida de la política del agua, según el modelo de descentralización de la organización territorial (subsidiariedad territorial), se pone de relieve de entre otros tres: (1) el principio de unidad del ciclo hidrológico, (2) el principio de la gestión equilibrada de la fuente y (3) el principio de «patrimonialización».

Recuerda se que estos principios rectores no están directamente explícitos entre aquellos seis que simbolizan el ‘convenio mundial del agua’ propuesto por Ricardo Petrella¹¹⁰³ _ *Le manifeste de l’eau pour le XX^e siècle*_, pero se despliegan del tercer principio allí tratado, sobre la *gobernanza del agua* referido en el manifiesto, puesto que esta comprende todas las actividades relacionadas con el ciclo integral de las aguas, cómo antedicho en el capítulo anterior.

A través del «principio de la gobernanza del agua» Petrella tiene aclarado que corresponde a los Estados el deber de asegurar un gobierno «*coherente, transparente e eficaz*» de la propiedad y del control de todas las actividades relacionadas con las distintas etapas del ciclo integral del agua, y de modo singular, en el marco de una aproximación eco sistémica global se centra la protección y salvaguardia del patrimonio hídrico y del suelo, empezando por la participación de las comunidades locales en compartir la responsabilidad en la gestión de las cuencas hidrográficas regionales e interregional¹¹⁰⁴.

2.1. Principio de unidad del ciclo hidrológico.

Este principio contemplado en las legislaciones del agua del último veintenario del siglo XX, refuerzan la nueva tendencia de un marco del *régimen jurídico general de las aguas en torno de la concepción de interés general*.

¹¹⁰³ Cfr. PETRELLA, Riccardo. *Le manifeste de l’eau por le XX^e Siècle. Pour un pacte social de l’eau (Les grandes conférences)*. Québec: Fides ed. 2008. Págs. 67-85.

¹¹⁰⁴ Cfr. este concepto en PETRELLA, R. *Le manifeste de l’eau... Op.cit.* pág.76.

Es un principio conocido también como «principio de la unidad de la fuente del agua» está asentado en la concepción de integración de las aguas continentales superficiales, así como de las aguas subterráneas renovables formando todas ellas una unidad¹¹⁰⁵. De dicho precepto se desprende que “el agua es una y todas las aguas se integran en un único ciclo hidrológico”.

Sin embargo, la doctrina del derecho de agua tiene señalado que el principio de «unidad de la fuente del agua o del ciclo hidrológico», no implica necesariamente en confundir la titularidad del bien agua, en especial, relativo a titularidad pública o privada, puesto que, todavía, se diferencian el doble régimen jurídico de las aguas: públicas y privadas¹¹⁰⁶.

Otra advertencia que hace la doctrina jurídica es que, si las otras masas del agua _ provenientes del mar, de lluvias, de hielos y nieve, de desalinización o residuales, aguas estancadas _ integran un mismo ciclo, no significa que éstas hayan de presentar criterios jurídicos uniformes de gestión y utilización, porque son de naturaleza distintas¹¹⁰⁷.

Por tanto, el principio de unidad hidrológica debe ser coherente y consistente con el principio de la gestión equilibrada, el que se enlaza a los objetivos del plan hidrológico de la cuenca, según el desarrollo de la gestión en que esté ubicada la misma unidad de cuenca.

Véase que, en el derecho español, por ejemplo, este concepto de *dominio público hidráulico* fue objeto de un gran margen de discusiones en la doctrina, y fue también, delimitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el marco de ley de Aguas a través de la STC 227/1988.

¹¹⁰⁵ MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*. Madrid: Editorial Civitas.1997, pág.95.

¹¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 97.

Por tanto, lo definió el Tribunal que el *dominio público hidráulico* debe ser comprendido dentro de un contexto unitario del llamado *demanitario*, sin con eso, ignorar los derechos privados, preexistentes, en torno de los recursos hídricos¹¹⁰⁸:

«6. La nueva Ley de Aguas declara en su Preámbulo que «el agua es un recurso natural escaso, indispensable para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos». Por estos motivos el legislador estima que «se trata de recurso que debe estar disponible no solo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa», que esta disponibilidad «debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general y el recurso en particular, minimizando los costos socio-económicos y con una equitativa asignación de las cargas generadas por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz administración del recurso». *De ello deduce el reconocimiento para el mismo «de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario».* En congruencia con esta filosofía de la Ley que, por lo que ahora interesa, se extrae de su Preámbulo, los arts. 1.2 y 2 declaran de dominio público las aguas continentales, tanto las superficies como las subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, los lechos de los lagos, lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, así como los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. No obstante, *esta declaración general de demanialidad, la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma.* [Destacamos en cursiva]

En suma, no es raro, que la jurisprudencia y la doctrina tiene asentado la comprensión de que las aguas que componen la unidad de un ciclo hidrológico se someten a un mismo *régimen jurídico*, y deber estar sometidas al modelo público, sin que con eso se esté refiriendo a *titularidad* de los recursos, propiamente dicho, que puede ser público o privado.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁸ Vide STC 227/1988. BOE 307 (viernes, 23 diciembre 1988). Suplemento. Tribunal Constitucional 29199. Págs. 17-18. <en línea> < <http://www.boe.es/boe/dias/1988/12/23/pdfs/T00002-00037.pdf>> [Consultado en 12 abril 2013]

¹¹⁰⁹ Ibidem, p. 97.

2.2. Principio de la gestión equilibrada de la fuente.

Este principio de gestión equilibrada de la fuente está relacionado a concepción de “gestión integrada de los recursos hídricos”, y comprende que se existen unidades territoriales de fuentes del agua dulces superficiales y subterráneas formando varias cuencas hidrográficas, referencial este tomado primer en consideración por temas defendidos por ecologistas en la agenda internacional para el desarrollo sostenible, pasó en un segundo momento al derecho de agua, desde los últimos decenios del siglo XX.

Por tanto, cómo un principio de valoración de los recursos acuáticos fundamental a alcanzar el punto de equilibrio del medio ambiente en cada territorio, la regulación a través de las normas del derecho medio ambiental y administrativo debe garantizar desde el derecho interno las condiciones especiales del trata de la gestión hidrológica del territorio donde se sitúe la cuenca hidrográfica de modo a atender las necesidades sociales y económicas de los usuarios en el interés local, al necesario desarrollo y asimismo, a la protección de los ecosistemas hidrológicos de cada región.

Así, para que todo el ciclo hidrológico del agua se mantenga en equilibrio será importante preservar los espacios naturales de las fuentes del agua, donde se destaca los conceptos de cuencas hidrográficas.

Este principio traduce un nuevo paradigma para la gestión de la política de los recursos hídricos en ámbito global y fue llevado al cabo por el Programa del Agua de las Naciones Unidas desde 1997. Así, fijada la planificación del territorio en cuencas hidrográficas en que debe ser entendida como la unidad de gestión política del recurso hídrico, tratándose ese modelo de una división del “territorio de agua”, y no propiamente según la división política del Estado.

Fue instituido un nuevo modelo de gestión entorno de la política del agua y protección y conservación de los recursos, donde la organización del territorio se subdivide en órganos de administración, denominado «organismo de regulación de cuenca».

Sin embargo, a ese respecto, se señala que los conceptos de «descentralización política del poder del Estado» y de «unidad de los recursos hidrográficos» no suele

coincidir con la misma base territorial, y en general, presentan muchas disparidades del ejercicio de la soberanía, según la concentración de las fuentes del agua en el territorio¹¹¹⁰, llevando en cuenta que la soberanía político administrativa donde se sitúe la cuenca hidrográfica puede se repartir entre más de un país (p.ej. la cuenca amazónica que comprende varios países del continente Sudamericano, donde la mayor concentración está ubicada en Brasil), o de una comunidad autónoma o provincia del territorio nacional (p.ej., la cuenca del Ebro que comprende varios territorios de Comunidades Autónomas y provincias de estas en España).

Por fin, la gestión equilibrada de los recursos hídricos debe tener en cuenta los siguientes objetivos: a) de preservar la cantidad continua de los recursos hídricos; b) de "valoración del agua como un recurso económico"; c) de la protección de la calidad del agua; d) de la conservación de los ecosistemas acuáticos; e) de la prevención de riesgos naturales para el agua (inundaciones)¹¹¹¹. Por ello, a los distintos usos del agua es necesario el establecimiento de criterios de arbitraje y de regulación para equilibrar la gestión y acomodar los intereses en torno de la propiedad común de agua y de su administración.

2.3. Principio de patrimonialización del agua.

Este principio fue introducido en la perspectiva más actual conforme propone el autor Petralla donde explícanos que la “patrimonialización del agua” significa la universalidad del acceso del agua a todos los ciudadanos en una perspectiva mundial¹¹¹².

Conforme señalado en muchos debates internacionales, el problema del agua se ha convertido en grandes disputas entre poblaciones de países, de manera singular, entre aquellos menos desarrollados donde las fuentes del agua están en escasez o en

¹¹¹⁰ EMBID IRUJO, A. *Informe de España. AA.VV. Gestión del agua y descentralización política. Op.cit.* P.250.

¹¹¹¹ JÉGOUZO, Yves. *Le droit et la gestion de l'eau en France: organisation administrative et conciliation des usages.* Véase URL <en línea> < <http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/11-Jegouzo.pdf> > [Consultado en 11.05.2011].

¹¹¹² PETRELLA, R. *Le manifeste de l'eau...* Op.cit. pág.71.

precarias condiciones para el uso potable por falta de inversiones en infraestructuras para llevar el consumo del agua a los usuarios, a causa de la mala gestión o de dificultades de financiación.

Además, en muchos territorios, la gestión del agua afronta problemas en serio, por razones climáticas (variabilidad de patrones meteorológicos) consonante ya mencionamos en el capítulo anterior, la *crisis hídrica* que asuela los estados de São Paulo (BR) y California (EUA) y, por supuesto, por razones también del orden económico, en estos se suman la problemática de crecimiento de la población, aumento en el consumo de energía, además de productividad industrial y de alimentos, afectados por las cuestiones de variaciones climáticas afectando las aguas.

Las Naciones Unidas (ONU) han envidados esfuerzos a través de conferencias, cumbres entre países visando llegarse a un compromiso entre los gobiernos para integraren conjuntamente un reto de una política de gestión de recursos hídricos en ámbitos global, una política que promueva el desarrollo equilibrado y la mantención de la calidad del agua, y el control de la contaminación de aguas subterráneas, de los ríos y arroyos. Son muchos los desafíos impuestos a los gobiernos en actuar con políticas nacionales y locales para una gestión integrada, conforme será tratado en la Sección siguiente.

En síntesis, este principio fundamenta en bien jurídico del agua en “patrimonio común de la nación”¹¹¹³, fue incorporado en leyes de variados países, pero no se lo puede comprender solo cómo un derecho al agua para todos, sino que por se tratar de un patrimonio común vinculado está con el principio de la participación efectiva de los usuarios en la gestión de los usos del agua.

Por eso, en este matiz, se tiene señalado, lo cuanto es complejo manejar la perspectiva de la patrimonialización con la territorialización en la gestión de los recursos hídricos, bajo una unidad de valores comunes, vez que cada territorio enfrenta sus propios

¹¹¹³ Este entendimiento derivado del derecho de agua francés.

desafíos, ya que no es siempre cierto que se puede compatibilizar los intereses locales de cada región con los de la unidad regional o transfronteriza¹¹¹⁴.

Sin embargo, el principio de la patrimonialización tiende a armonizarse con otro principio, el de la gestión equilibrada del ciclo hidrológico, antedicho. Con todo, creemos que para entenderse un poco más este cambio de evolución del ‘patrimonio-agua’, se tiene que volver a algunos puntos del régimen de gestión del agua en una perspectiva de la historia del derecho de agua, hacia la formación de los regímenes jurídicos contemporáneos del derecho de agua.

2.3.1. Raíces de la *patrimonialización de agua* hacia el cambio de paradigma.

Una mirada al pasado desde la evolución del derecho de agua, observase que el agua entre los romanos recibía distintas categorías, tratada en el sentido de “cosa común” (*res comuna*) que pertenece a todos los ciudadanos romanos, y en ese sentido se refería a los ríos, las aguas subterráneas, los arroyos etc., los cuales tenían un interés público, entonces denominado “res publica”.

No obstante, otras fuentes del agua podrían ser objeto de una apropiación privada, especialmente aquellos recursos situados en territorio de propiedades privadas.

Estos fragmentos iniciales de la concepción del agua entre los romanos entendido de un lado como un “bien público”, y en otras situaciones según “cosa privada” repercutirán en la formación de las categorías del derecho civil clásico, donde se extrae una clasificación del agua, ora considerado “bien dominical”, ora un “bien privado”.

Esa posición de dominio del agua en manos de un soberano (emperador o monarca, fue una característica heredada del imperio romano llevado a la tradición por las monarquías absolutistas) que controlaba el reparto del pasaje y dominio de las fuentes del agua, incluso de los bosques, minas y otros recursos naturales, hicieron con que,

¹¹¹⁴ Cfr. FANLO LORAS, Antonio. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas*. *Op.cit.* Pág. 311. Véase también,

evolutivamente, el dominio del agua fuese politizado bajo una *concepción de patrimonio público*, fijándose la tradición de centralidad de la soberanía del Estado en la distribución y control de los recursos.

Históricamente, tomando en consideración, a título de ejemplo, el sistema legislativo de Francia, el Código Civil francés de 1804, artículo 538 y siguientes poco trató del derecho de agua. Sin embargo, traía la disposición de *bien dominial* en relación a los cursos del agua navegable y fluvial, además de las reglas de servidumbres y de la propiedad de islas y derechos de aluvión.¹¹¹⁵ Posteriormente, en fines del siglo XIX hubo el reconocimiento del derecho de agua para el uso privado de hogar, pero vinculado a las disposiciones del orden pública, según la idea de un bien compartido en *res nullius, res communes* y *bien dominiales* según las disposiciones de la ley de 1898.¹¹¹⁶

Después, nuevos textos legislativos fueron evaluando el ordenamiento del derecho de agua en Francia que presenta hoy dos clases de régimen jurídico del agua: el uso y la propiedad¹¹¹⁷.

Esa concepción respecto el doble régimen jurídico del uso y propiedad del agua se trasladó para otros sistemas jurídicos europeos, tales como la define, tradicionalmente, las primeras leyes civiles del sistema español (Código Civil de 1889¹¹¹⁸,

¹¹¹⁵ Véase el Código Civil Francés de 1804. En URL: <en línea> < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-12t01.pdf>> [Consultado en 17 de marzo de 2011].

¹¹¹⁶ Cfr. GAZZANIGA, Jean-Louis et al. *Le droit de l'eau*. *Op.cit.*Pág. 13-15.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, Pág. 53-ss.

¹¹¹⁸ Véase el Código Civil español de 1889:

« Art. 338. Los bienes son de dominio público o de propiedad privada.

Art. 339. Son bienes de dominio público: 1º Los destinados al uso público, como los caminos, *canales, ríos, torrentes*, puertos y puentes construidos por el Estado, *las riberas, playas, radas y otros análogos*. 2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión».

«Art. 344. Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, *fuentes y aguas públicas*, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias». [subrayamos]

«Artículo 407. Son de dominio público: 1º Los ríos y sus cauces naturales. 2º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces. 3º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público. 4º Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos. 5º Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público. 6º Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos. 7º Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. 8º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de

artículos 338, 339, 344, 407 y 408; y la primera Ley de Aguas de 1866-1879, vigente hasta 1985).

Fue también, introducido en el marco del derecho brasileño (Código Civil de 1916, artículos 65 y 66¹¹¹⁹); y después, el Código de Aguas¹¹²⁰ de 1934, Capítulo I disponiendo sobre ‘aguas públicas’ y Capítulo III, definiendo ‘aguas particulares’. Y, actualmente, el Código Civil brasileño editado en 10 de enero de 2002, con entrada en vigor en 2003¹¹²¹ mantuvo la delimitación de las aguas en categorías de «bienes públicos»

particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salgan de dichos predios. 9.º Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos».

«Artículo 408. Son de dominio privado: 1.º Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos. 2.º Los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios. 3.º Las aguas subterráneas que se hallen en éstos. 4.º Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos. 5.º Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público. En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas. Los dueños de los predios, por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamen.» Cfr. Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, Págs. 249 a 259. En URL: <en línea> < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>> [Consultado en 17 marzo de 2011]

¹¹¹⁹ Véanse las disposiciones de los artículos 65 y 66 el antiguo Código Civil brasileño de 1916, actualmente revogado:

«Art. 65. *São públicos os bens do domínio nacional* pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Art. 66. *Os bens públicos são: I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças. II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal. III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades».*

¹¹²⁰ Véase el Código de Aguas: Decreto nº 24.643/34, de 10 de julio. Disponible en URL: <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm> [Consultado en 17 marzo de 2011]

¹¹²¹ Véase el Código Civil de 2002:

«Art. 99. São bens públicos: I - *os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;* II - *os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;* III - *os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.* Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.»

Art. 102. Omissis.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem».

Art. 1.292. O proprietário tem direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio; se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido. Cfr. CÓDIGO CIVIL DE BRASIL de 2002. Ley nº 10.406/02, de 10 de enero. Disponible en URL: <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> [Consultado en 17 marzo de 2011].

(artículos 99, 100 y 103) y, asimismo, disposiciones del uso del agua en propiedades privadas (en el artículo 1.292).

En la segunda mitad del siglo XX, tanto en los países europeos, cuanto en los demás países, los cambios de la conciencia ecológica (teoría holístico del entorno) para preservación de los recursos naturales, y en consideración de lo antes mencionado relativo a las preocupaciones ambientales, influenció a que nuevos reglamentos de los usos del agua impulsaron los retos y nuevas tendencias al derecho de protección de las aguas y de su utilización, de modo que la legislación del agua se fue modificando en los sistemas normativos para se adaptar a los nuevos principios del derecho de agua.

En la España, a título ejemplificativo, se registra, que la ley española de aguas 1866-1879 fue revocada por la ley 29/1985, de 05 de agosto, ya se adoptando al contexto del derecho comunitario del entorno, pero, se señala que anteriormente las interpretaciones de la doctrina y de la jurisprudencia ya puntualizaban, en los años sesenta del siglo XX, tres nuevos puntos de vista¹¹²²:

_ el primer que decía respecto a algunos principios de la ley de aguas, en que se fue poniendo de relieve el ‘principio de unidad del ciclo hidrológico’, en especial, en el tema de las aguas subterráneas por considerar que el agua sigue una relación interdependiente;

_ el segundo punto se refiere a la parte técnica, llevando en cuenta el desarrollo de nuevas técnicas, aún desconocidas por la legislación anterior, y que, por tanto, no fueran previstas por el ordenamiento relativo a técnicas de infraestructuras ingeniería, de procesos químicos para descontaminación y saneamiento; técnicas de medición y contrastación de utilización del agua potable para efectos tarifarios, etc.;

_ el tercer cambio, surge de la necesidad de prever que el recurso agua cómo bien de consumo humano, sirve también a otros usos alternativos, y no es un recurso inalterable o inagotable, lo que se exige una conciencia social de posibilidad de escasez del recurso, de que debe ser preservado o restaurado, por se tratar de un elemento esencial a la buena calidad de vida.

¹¹²² Véase MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*. Madrid: Editorial Civitas. 1997. págs. 63-64.

Por fin se concluye que son muchos los aspectos que van a planificar la construcción del derecho de agua contemporáneo, en las postrimerías del siglo XX y en el primer decenio de este siglo, centrado en el paradigma de la *gestión integrada del agua* en las distintas escalas administrativas garantizando la participación e información de los usuarios.

El trato internacional, nacional y local de este modelo jurídico, que cómo se resalta, no es ninguna novedad en países europeos España y Francia, p.ej., que llevaron sus experiencias de «*madurez hídrica*» (se empleando aquí la adecuada expresión del Prof. Embid Irujo¹¹²³) al nuevo encuadre europeo, configuran, no obstante, la aportación de nuevos principios generales o comunes que se propone en ámbito global y regional para ser aplicado en los concretos ordenamientos estatales, por vía constitucional y por instrumentos normativos más específicos, a citar las Directivas del sistema jurídico europeo aplicadas en aquello territorio.

Resulta, por tanto, que los principios del derecho de agua: principio de unidad de la fuente del agua (o del ciclo hidrológico), el principio de la gestión integrada de los recursos hídricos, el principio de la patrimonialización del agua, principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua; principio del acceso humano al agua, etc., se consubstancian en *los fundamentos de un programa global* de enfrentamiento de los problemas ambientales, aproximando los distintos modelos jurídicos de gestión del agua en un tríplice reto de cooperación, coordinación y colaboración, en cuidar para que se minimice los conflictos por escasez de los recursos

¹¹²³ Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. *Evolución del derecho y de la política del agua en España*. Op.cit..Pág. 82.

hídricos a causa de eventos climáticos de efectos drásticos y prolongados¹¹²⁴, por mala gestión y descontrol de las actividades contaminantes¹¹²⁵.

Con todo, se exige que los gobiernos actúen en la función política y administrativa, en de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ya antedicho y examinado en la parte general de esta investigación, para llegar a un entendimiento razonable de respeto a las soberanías estatales para una forma de *gestión integrada del agua* compartida por el proceso de cooperación entre los mismos, y asimismo de una delimitación de la coordinación, esta consonante las actuaciones que sean del ámbito regional o nacional y las del ámbito territorial. Y, además, en actúen en colaboración con las esferas de competencias en todos los niveles fomentando la inclusión de los usuarios en los procesos decisorios y de las responsabilidades.

¹¹²⁴ Cfr. El Capítulo 18 del Programa 21 de las Naciones Unidas: « El medio de agua dulce se caracteriza por el ciclo hidrológico, que incluye las inundaciones y sequías, cuyas consecuencias se han vuelto en algunas regiones más extremas y dramáticas durante los últimos años.». NACIONES UNIDAS – DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. DIVISIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE. *Programa 21: (Cap.18)*. 1992. En URL: <en línea> <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>> [Consultado en 10 de enero de 2011].

¹¹²⁵ Véase sobre la *crisis del desarrollo sostenible* los comentarios de MONTORO CHINER: «El comportamiento de las Administraciones públicas debería ajustarse con apertura de miras, a la nueva situación, teniendo en cuenta que la cooperación, la colaboración e, incluso, la coordinación, poseen un significado distinto. Lo que hasta ahora se ha entendido por desarrollo sostenible, como cláusula finalística de actuación ambiental, ha entrado en crisis siendo la supervivencia la que determinará en qué clave se persigue no el desarrollo sostenible, sino el mantenimiento aceptable de las condiciones de vida.». En: MONTORO CHINER, M.J. *Agua, Derecho y Cambio Climático*. Págs. 230.

Sección II

Gestión (integrada) de recursos hídricos contraste europeo y brasileño.

Ahora bien, pasemos a una delimitación jurídica de *gestión (integrada) de recursos hídricos*, en el derecho europeo y en el derecho brasileño bajo dos aspectos a considerar:

El primero aspecto a señalar es que se encuentran tres diferentes terminologías desarrolladas entorno del derecho de agua en la perspectiva de la organización político-administrativa al mejor aprovechamiento de los recursos hídricos. Así, se puede distinguir: “*gestión del agua*”, “*gestión de los recursos hídricos*” y “*gestión integrada de los recursos hídricos*”.

A rigor, la idea de *gestión del agua*, parece una comprensión equivalente a *gestión de recursos hídricos*, utilizándose los dos con una cierta similitud e indistintamente para referir al conjunto de principios, objetivos y medidas que sirven de actuación en la política del agua.

No obstante, el tercer concepto el de *gestión integrada de los recursos hídricos* (adelante GIRH) parece enlazar el contenido de un conjunto en que la *gestión integrada* comprende una visión de aproximación de las políticas gubernamentales en torno de los recursos hídricos con el fin de armonizar los métodos y medidas que se pueden desarrollar y poner en práctica para hallar resultados más eficaces al equilibrio ecológico y la sostenibilidad ambiental.

El segundo aspecto que se aborda respecto a la *gestión integrada de los recursos hídricos*, es la construcción de un estándar común a todos los sistemas jurídicos, abstraído de la base ecológica, configurado a partir de las condiciones naturales del medio ambiente a través de la ‘unidad de cuenca hidrográfica’. Por tanto, la gestión del agua tiene un factor de unidad, presentada en la *cuenca hidrográfica*.

Por tanto, la reflexión preliminar será analizar con mayor precisión estos dos aspectos, a continuación, el primero aspecto sobre la definición de *gestión integrada de recursos hídricos*, y después, pasaremos al segundo punto mencionado que es delimitar la concepción de *cuenca hidrográfica en el derecho*.

1. El alcance de la *gestión de recursos hídricos* en el Derecho europeo.

El derecho europeo tiene anclada la política del agua basada en la gestión integrada de los organismos de cuenca, a partir de la Directiva marco del agua (adelante DMA 2000/60/CE), considerándose este un principio clave para la acción comunitaria¹¹²⁶ en aproximar el conjunto de los Estados-miembros a «una profunda comprensión y una aplicación coherente de los criterios de caracterización de las demarcaciones hidrográficas y para la evaluación del estado de las aguas», bajo la coordinación de la Comisión europea que podrá adoptar orientaciones sobre la aplicación de dichos criterios.

Así, que tratamos, a continuación, de los sesgos del Derecho europeo en la Directiva y en la jurisprudencia del Tribunal europeo.

1.1. La *gestión integrada de los recursos hídricos* en la DMA 2000/60/CE.

Pese la Directiva marco del agua no presentar una definición formal de *gestión integrada* del agua en el artículo 2 que trató de las definiciones, dejó evidenciado que el marco de la política comunitaria del agua se radica en la integración de todas las masas del agua y del medio acuático, según dos vertientes: el medio ambiental y la intervención territorial.

Esta integración de protección de las aguas de la Comunidad se debería efectuar de conformidad con el principio de subsidiariedad en que se permita que las decisiones se den en lo más cerca del local donde se sitúen los recursos y los beneficiados,

¹¹²⁶ Cfr. IMBID IRUJO. A. *Evolución del derecho y de la política del agua en España*. Op.cit. P.82 [Nota de pie 36].

es decir, «a los lugares donde el agua es usada o se halla degradada», respectivamente, señalados en los Considerandos 18 y 13, el que ya comentamos anteriormente, en este estudio en la parte general (Cap. III, sección III).

De ese modo, dicho marco legislativo propuso poner la gestión del agua dentro de un encuadre «coherente, efectivo y transparente»¹¹²⁷, cuyo objeto central en entre otros es *mantener y mejorar el medio acuático de las aguas de la Comunidad europea* centrado en la intervención medio ambiental de la *calidad de las aguas*, consonante enfatizado en el Considerando (19)¹¹²⁸, de conformidad con las medidas relacionadas, en detalle en el artículo 1 y apartados, direccionadas en el marco de dicha protección a las clases de aguas superficiales continentales, de transición, costeras y subterráneas.

El otro matiz, en el contexto de la *intervención territorial*¹¹²⁹ la Directiva impuso a los Estados (artículo 4) una armonización de la integración de los recursos hídricos en los territorios respectivos, a ser perseguidos tales objetivos en un doble enfoque: i) a través de un criterio de la unidad geográfica de tales recursos hídricos por *cuenca hidrográfica y subcuencas*; ii) ordenadas estas en «planes hidrográficos» (artículo 3 apartado 1).

Un sesgo que comprende varias medidas de la *cohesión territorial* hacia la aproximación de la calidad de *los recursos hídricos* al conjunto del objeto (artículo 1) general de la Directiva, de los cuales: i) prevención del deterioro adicional y mejora de los ecosistemas acuáticos; ii) promover el uso sostenible de las aguas a largo plazo; iii) adoptar medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos, emisiones, pérdidas de sustancias, interrupción o supresión gradual de estos; iv) reducción progresiva y evitar nuevas contaminaciones de las aguas subterráneas; v) contribuir a paliar los efectos de los eventos climáticos (inundaciones y sequías).

¹¹²⁷ Véase el Considerando (18) de la DMA 2000/60/CE, de 23 de octubre. *Op.cit.*

¹¹²⁸ Véase el Considerando (18) de la DMA 2000/60/CE, de 23 de octubre. *Op.cit.*

¹¹²⁹ Cfr. a propósito DROBENKO, Bernard. *Directive eau: Un cadre en trompe-l'oeil?* REDE (4). Limoges: IDIE/CIDCE. 2000. Pág.388-90.

La gestión integrada del agua comprende una estructura de conexiones basado en un modelo subsidiario de gestión en el espacio europeo bajo la descentralización, ya que se respetó las competencias territoriales, aunque estas fueron relativizadas, en concreto, con el intento de armonizar la regulación interna de conformidad con la unidad geográfica de la *cuenca y subcuenca hidrográfica* y los objetivos de la Unión que asimismo reservó para sí la intervención en garantizar que se cumpla los objetivos de la Directiva para facilitar el establecimiento de los programas de medidas.

1.1.1. Medidas de la gestión integrada del agua:

El conjunto de medidas que deben ser adoptadas a los fines que se cumplen los objetivos de la Directiva se refiere a medidas de *análisis, registro, control y de seguimiento del estado* de las aguas.

i) medidas de análisis

Las medidas de análisis para fines de integración de los recursos hídricos empiezan por la *demarcación demográfica*¹¹³⁰ del territorio, el que puede traspasar los límites de determinada unidad política (región autónoma, departamento, Lander etc.) del Estado-miembro y son coordinadas por la Comisión, debiendo constar de (art. 5):

- un análisis de las características de la demarcación,
- un estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas, y
- un análisis económico del uso del agua;

¹¹³⁰ Véase el Considerando (15) de la DMA 2000/60/CEE: «*demarcación hidrográfica*»: la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas;» *Op.cit.*

ii) medidas de registro

Además, son necesarias las *medidas de registro*, por lo que los Estados miembros velarán por que se establezca uno o más registros de todas las zonas incluidas en cada demarcación hidrográficas. (Art. 6).

iii) medidas de control

Relativo a las *medidas de control* de las aguas que serán destinadas al consumo humano (aguas potables) los Estados-miembros deben clasificarlas y establecer el régimen de depuración e inclusive contribuir para la protección de los perímetros de las mismas, de modo que estas medidas sean preventivas para que se reduzcan los niveles de otras medidas de tratamiento. Se enumeran las siguientes medidas del Art. 7, apartados 1,2 y 3):

— especificar todas las masas de agua utilizadas para la captación de agua destinada al consumo humano que proporcionen un promedio de más de 10m³ diarios que abastezcan a más de cincuenta personas, y

— especificar todas las masas de agua destinadas a tal uso en el futuro.

— establecer el régimen de depuración de aguas que se aplique y de conformidad con la normativa comunitaria, el agua obtenida cumpla los requisitos de la Directiva 80/778/CEE, modificada por la Directiva 98/83/CE.

— velar por la necesaria protección de las masas de agua especificadas con objeto de evitar el deterioro de su calidad, contribuyendo así a reducir el nivel del tratamiento de purificación necesario para la producción de agua potable.

— establecer perímetros de protección para esas masas de agua.

iv) medidas de seguimiento

Otras medidas especiales en relación a las *aguas superficiales y subterráneas* y de *zonas protegidas* respecto el *seguimiento del estado* de esas aguas son previstas en el artículo 8 de la Directiva. De entre ellas están en la competencia de los Estados-miembros:

— para las *aguas superficiales*: i) el seguimiento del volumen y el nivel de flujo en la medida en que sea pertinente para el estado ecológico y químico y el potencial, ecológico, y ii) el seguimiento del estado ecológico y químico y del potencial ecológico;

— para las *aguas subterráneas*: el seguimiento del estado químico y cuantitativo;

— para las *zonas protegidas*: seguir con los programas que se completarán con las especificaciones contenidas en la norma comunitaria en virtud de la cual se haya establecido cada zona protegida.

En relación a estas medidas de *seguimiento del estado de las aguas*, estas sirven para *completar* aquellas que son establecidas en la Directiva, y para tanto se establecerán las especificaciones técnicas y los métodos normalizados para el análisis y el seguimiento del estado de las aguas, según se resaltó en la Directiva (el apartado 3 del artículo 8). Por tanto, por ser tales medidas destinadas a *modificar elementos “no esenciales”* de la presente Directiva, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 21, apartado 3.

v) medidas de recuperación de los costes

Son las medidas que se aplicarán a los servicios relacionados con el agua, y tienden a imponer la recuperación de los costes relacionada con el «análisis económico del agua», respecto a las reglas de la financiación del agua que se refieren a la equivalencia, igualdad de trato, cobertura de los costes y causalidad (de que tratamos en el capítulo anterior). En otro sesgo, la recuperación de los costes se aplica, también, a obligaciones y sanciones en caso del deterioro del medio ambiente con base en el principio de “quien contamina paga” en imponer a los concesionarios y a los usuarios responsables la recuperación.

Más específicamente, las providencias que compiten a los Estados-miembros llevadas a efecto harán con que:

— la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva;

— una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que ‘quien contamina paga’.

Por último, la Directiva hizo la definición de «servicios relacionados con el agua» en el artículo 2 apartado 38, concepto este que no raro tiene sido punto de controversia planteados ante el Tribunal de Justicia Europeo, lo que respecto la transposición y la regulación interna fue objeto de apreciación en la Sentencia STJCE C-58/08, de 08 de junio de 2010, que ya fue analizado en este estudio.

Este concepto incluye todos los servicios de interés general en beneficio de los usuarios. A la vez, los reúne en tres clases de usuarios: hogares, instituciones públicas en general y las actividades económicas. Por último, relativo a las actividades económicas se especificó cuales son (extracción, embalse, depósito, tratamiento, distribución de aguas dulces, y incluye los servicios de recogida y depuración de aguas residuales que vierten a las aguas superficiales). Véase el dispositivo en comento:

«*Servicios relacionados con el agua*: todos los servicios en beneficio de los hogares, de las instituciones públicas o cualquier actividad económica, consistentes en: a) la extracción, el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas; b) la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales;¹¹³¹»

¹¹³¹ Cfr. El artículo 2 (38) de DMA 2000/60/CE. *Op.cit.*

1.2. La interpretación de la jurisprudencia relativa a definición del concepto de «gestión de los recursos hídricos».

Primero tomemos en consideración que sobre la concepción de *gestión de recursos hídricos* este tema fue objeto de debate ante el Tribunal de Justicia Europeo, en un recurso del Reino de España contra el Consejo de la Unión Europea (con partes coadyuvantes¹¹³²) relativo a interpretación del artículo 130-R y 130-S del Tratado.

El caso se refería a un recurso de anulación de la Decisión 97/825/CE del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, relativa a la celebración del Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, y tuvo el deslinde en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo — Asunto C-36/98, de 30 de enero de 2001.

En la jurisprudencia europea se ha debatido y distinguido entre dos conceptos de “*gestión del agua*” y “*gestión de los recursos hídricos*”. Sucintamente se puede decir, que la Sentencia¹¹³³ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE C-36/98) de 30 de enero de 2001, delimitó las dos categorías, y con base en las disposiciones del artículo 130 R, apartados 1 y 2, del Tratado CE (actualmente, es el artículo 174 CE, apartados 1 y 2, tras su modificación) y Artículo 130 S, apartados 1 y 2, del Tratado CE (actualmente, es el artículo 175 CE, apartados 1 y 2, tras su modificación) interpretó la concepción de *gestión de los recursos hídricos* según los argumentos sostenidos por el Consejo (demandado), tesis vencedora.¹¹³⁴

¹¹³² Vide Sentencia del Tribunal de Justicia: Asunto C-36/98, de 30 de enero de 2001. Demandante: Reino de España. Demandado: Consejo de la Unión Europea, apoyados por las partes coadyuvantes Repúblicas Francesa, Portuguesa y Filandesa y por Comisión de las Comunidades Europeas. *Op.cit.*

¹¹³³ Cfr. STJCE C-36/98, de 30 de enero. Dictame de un recurso de anulación de la Decisión 97/825/CE del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, relativa a la celebración del Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (DO L 342, p. 18) en que son partes: Reino de España contra Consejo de la Unión Europea. Disponible en URL:<en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&jur=C.T.F&num=c-36/98>> [Consultado en 11 jul 2011].

¹¹³⁴ Cfr. STJCE C-36/98 (46) pág. I-826:« Por consiguiente, del propio tenor literal de estas dos disposiciones se deduce que el artículo 130 S, apartado 1, del Tratado es, en principio, la base jurídica de los actos adoptados por el Consejo para realizar los objetivos fijados en el artículo 130 R del Tratado. En cambio, *el artículo 130 S, apartado 2, del Tratado ha sido redactado para ser aplicado cuando las medidas que vayan a adoptarse afecten a las materias que se indican en él, como es el caso de la gestión de los recursos hídricos*». *Op.cit.*

Primero, es interesante referir que en los razonamientos presentados por el Reino de España esté presentó el argumento de que la *gestión de los recursos hídricos es un concepto que debe «interpretarse necesariamente de forma amplia»* de modo que no se distingue que la acción comunitaria tenga por objeto la «calidad» o la «cantidad» de los recursos naturales, sino según la materia en la que incide la acción¹¹³⁵.

Ello implica, en síntesis, determinar lo el Reino de España argumentó y entiende por *gestión de los recursos hídricos*, a se destacar:

«[...] *gestión de los recursos hídricos* son medidas de administración y de utilización racional del agua por el hombre con el fin de responder a las exigencias de la política comunitaria de medio ambiente. La gestión de los recursos hídricos comprende, en su opinión, tanto el transporte de mercancías por vía fluvial como el vertido en un río de sustancias residuales.»¹¹³⁶

De otra banda, el Consejo de la Unión Europea (demandado) sostenía una distinción de conceptos¹¹³⁷ afirmando aquello que la primera categoría, *gestión del agua: «comprende las medidas destinadas a mejorar la calidad del agua»*. Mientras, la «*gestión de los recursos hídricos*» debe entenderse referida a los *aspectos cuantitativos de la distribución y utilización del agua*».¹¹³⁸ [Destacamos en cursiva]

Además, sostenía el Consejo que el concepto de *gestión de recursos hídricos* parece tener un elemento en común con «la ordenación territorial y con la utilización del suelo».¹¹³⁹

El Consejo, también, se posicionó respecto al tema de la «gestión sostenible y justa del agua» como uno entre los objetivos y principios de cooperación por el que se

¹¹³⁵ Cfr. STJCE C-36/98 (12) págs. I-817.

¹¹³⁶ Cfr. Estos razonamientos fueron extraídos de las *Conclusiones* del Abogado General Sr. Philippe Leger presentada en el Asunto C-36/98, de 16 de mayo de 2000. *Op.cit.* Pág. I-789. En URL: <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45275&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=407030>> [Consultado en 12 de enero de 2014].

¹¹³⁷ Cfr. STJCE C-36/98 (17) págs. I-818/ I-819.

¹¹³⁸ Cfr. STJCE C-36/98 (37) pág. I-824.

¹¹³⁹ Cfr. STJCE C-36/98 (37) pág. I-824

celebró, en el *caso en concreto*, el Convenio de Danubio¹¹⁴⁰, por el que consideró que este documento presenta un objetivo y contenido mucho más amplio que la mera *gestión de los recursos hídricos*, por envolver todos los recursos naturales del entorno del Danubio, y no específicamente se restringir a los recursos del medio acuático¹¹⁴¹.

En este caso específico, entiende la Comisión, que están comprendido solo los aspectos “*cuantitativos de la gestión del agua*”, llegando a concluir, asimismo, que «*relativo a la gestión de los recursos hídricos este resulta en un aspecto accesorio*» del Convenio, ante al objetivo y contenido de este documento que sea mucho más amplio.

Al fin, el Consejo aseveró que: «el impacto del Convenio sobre la gestión cuantitativa de los recursos hídricos es, en su opinión, totalmente accesorio.»¹¹⁴²

Ante los hechos y los argumentos presentados, el TJCE concluye en el fallo dos aspectos relevantes:

El primer, en tema del «conceptos», el Tribunal derivó sobre la «*gestión de los recursos hídricos*» que entiende «no comprender cualquier medida que afecte al agua, sino que *se refiere solo a las medidas que regulan los usos del agua y los aspectos cuantitativos de su gestión*». (Destacamos en cursiva, véase el texto original)¹¹⁴³.

Eso porqué, en concreto, El Tribunal acordó con la tesis del Consejo de que los recursos naturales son limitados en cada Estado-miembro y, por ello, el artículo 130 S, apartado 2, párrafo primero, el segundo guion del Tratado estaría se refiriendo solo a medidas que afectan la utilización de estos recursos, y de ahí, se podría concluir que tales medidas relacionadas con la gestión de recursos limitados son de aspectos meramente cuantitativos, donde están inclusive las medidas de la gestión de los recursos hídricos. Véase los términos de la Sentencia, en ese sentido:

¹¹⁴⁰ Cfr. Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, firmado en Sofía (Bulgaria) el 29 de junio de 1994 (DO 1997, L 342, p. 19; en lo sucesivo, «Convenio») referido en la STJCE C-36/98.

¹¹⁴¹ Cfr. STJCE C-36/98 (20, 21,22, 23,24) pág. I-819-821.

¹¹⁴² Cfr. STJCE C-36/98 (24) pág. I-821.

¹¹⁴³ Cfr. STJCE C-36/98 (55) pág. I-829.

(58) «El territorio y el suelo de los Estados miembros, así como sus recursos hídricos, son recursos limitados, y, por tanto, el artículo 130 S, apartado 2, párrafo primero, segundo guion, del Tratado se refiere a las medidas que los afectan como cuantitativos de la utilización de estos recursos, o, en otras palabras, las medidas relativas a la gestión de recursos limitados en sus aspectos cuantitativos, y no las relativas a la mejora y protección de la calidad de estos recursos»¹¹⁴⁴.

En otro sesgo, el Tribunal respecto al concepto de «gestión del agua» aceptó los argumentos deducidos por el Consejo y las partes coadyuvantes¹¹⁴⁵, sin con todo formular un concepto propio de «gestión del agua», pero tan solo tejer algunas consideraciones sobre la jurisprudencia europea, en la ‘cuestión de interpretación’ sobre una disposición de Derecho Comunitario que requiere una comparación de sus versiones lingüísticas.¹¹⁴⁶ Por ello ha recordado el Tribunal que la mejor interpretación es aquella conducente con el sistema general y los fines de la norma que se inserta:

¹¹⁴⁴ Cfr. STJCE C-36/98 (58) pág. I-828

¹¹⁴⁵ Cfr. STJCE C-36/98 (25) (28/29) pág. I-821/ I-822: Partes coadyuvantes son los gobiernos de Francia, Portugal y Finlandia. El primero aclaró el concepto de “gestión de recursos hídricos” afirmando que: “(...) la expresión «gestión des ressources hydrauliques» en francés, en Derecho comunitario y en Derecho internacional, sostiene que ésta hace referencia al control del movimiento, de la energía o del caudal de las aguas y comprende por tanto el aprovechamiento de ríos principales y afluentes, el control y regulación de caudales, la utilización de cantidades de agua y la explotación de recursos hídricos para la irrigación o la energía”. A la vez, el gobierno de Portugal sostiene que: “(...) no existe una correspondencia total entre las distintas versiones lingüísticas del artículo 130 S, apartado 2, del Tratado en lo que se refiere a la expresión «gestión de los recursos hídricos» (...) la tendencia que existe en Derecho internacional es la de atribuir un sentido cada vez más restringido a esta expresión, en particular en un marco de creciente apertura a las preocupaciones medioambientales. Esta tendencia se acentúa en la doctrina, que, según dicho Gobierno, *prefiere reservar el término «agua» para las situaciones en las que se dan actividades de protección o actividades dirigidas predominantemente a la protección, dejando la expresión «recursos hídricos» para los casos en que se alude a los usos o actividades de aprovechamiento económico del agua.*” [destacamos en cursiva]. Por último el gobierno de Finlandia no suscitó preliminar sobre los aludidos conceptos.

¹¹⁴⁶ Cfr. STJCE C-36/98 (48) pág. I-827: “48. En el presente caso, el empleo del término «hydrauliques» en la versión francesa, que significa «relativos a la circulación y a la distribución del agua», implica que el artículo 130 S, apartado 2, párrafo primero, segundo guion, del Tratado se refiere a la gestión de los recursos de agua en su dimensión física y apoya la interpretación defendida por el Consejo y por las partes coadyuvantes. La versión neerlandesa («kwantitatief waterbeheer») apunta en la misma dirección, ya que emplea términos que implican la gestión del agua en sus aspectos cuantitativos, por oposición a los aspectos cualitativos. Las expresiones alemana («der Bewirtschaftung der Wasserressourcen»), española («la gestión de los recursos hídricos»), italiana («la gestione delle risorse idriche»), portuguesa («gestão dos recursos hídricos»), finesa («vesivarojen hoitoa»), sueca («förvaltning av vattenresurser»), danesa («forvaltning af vandressourcerne»), inglesa («management of water resources»), irlandesa («bainisteoireacht acmhainní uisce») y griega («τη διαχείριση των υδάτινων πόρων») pueden abarcar no solo los aspectos cuantitativos de la gestión del agua, sino también aspectos cualitativos”.

«... en caso de discrepancia entre las distintas versiones lingüísticas de un texto comunitario, la disposición de que se trate debe interpretarse en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (en este sentido, véase, en particular, la sentencia de 13 de abril de 2000, W.N., C-420/98, Rec. p. I-2847, apartado 21)».¹¹⁴⁷

En el segundo aspecto, el Tribunal apreció la cuestión de fondo, _ pese el abogado general haber examinado que el problema se centraba en el concepto de «*gestión de recursos hídricos*» _, pero en la apreciación el Tribunal valoró que cabía determinar dos elementos esenciales para dirimir la cuestión: _ el ámbito de aplicación del artículo 130 S del Tratado, y _ la base jurídica adecuada para la aprobación del Convenio del Danubio¹¹⁴⁸. Así, veamos estos dos puntos:

i) en primer lugar, sobre el ámbito de aplicación, respectivo, de los apartados 1 y 2 del artículo 130 S del Tratado, el Tribunal consideró que la *gestión de los recursos hídricos* _que se desprende del apartado 2 del artículo 130 S del Tratado¹¹⁴⁹_, no tiene por finalidad excluir la aplicación del apartado 1, de referido artículo 130 (_ “1. El Consejo, con arreglo al procedimiento del artículo 189 C y previa consulta al Comité Económico y Social, *decidirá las acciones que deba emprender la Comunidad para la realización de los objetivos fijados en el artículo 130 R*”).

¹¹⁴⁷ Cfr. STJCE C-36/98 (49) pág. I-827.

¹¹⁴⁸ Cfr. STJCE C-36/98 (50 y 51) pág. I-827-828: «(50) [...] en primer lugar, que de los objetivos de la política comunitaria sobre medio ambiente y de una interpretación conjunta de los artículos 130 R y 130 S, apartados 1 y 2, del Tratado, se desprende que la inclusión de la «gestión de los recursos hídricos» en el artículo 130 S, apartado 2, párrafo primero, del Tratado, no tiene por finalidad excluir la aplicación del artículo 130 S, apartado 1, del Tratado a cualquier medida relacionada con la utilización del agua por el hombre. (51) En segundo lugar, al margen de las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos, el artículo 130 S, apartado 2, párrafo primero, segundo guión, del Tratado contempla las relativas a la ordenación territorial y a la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos y de las medidas de carácter general. Se trata de medidas que, al igual que las que se basan en el artículo 130 S, apartado 1, del Tratado, tienen por objeto realizar los objetivos fijados en el artículo 130 R del Tratado, pero que regulan los usos del territorio de los Estados miembros [...]»

¹¹⁴⁹ Cfr. el texto del documento: «2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio del artículo 100 A, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará: — disposiciones esencialmente de carácter fiscal; — medidas de *ordenación territorial y de utilización del suelo* con excepción de la gestión de los residuos y las medidas de carácter general, así como *medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos*. [...]». En: Vide. Tratado de la Unión Europea (92/C 191/01). <en línea> < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=ES> > [Consultado: 10 enero 2010].

Además, consideró que las otras medidas relativas a *la ordenación territorial y a la utilización del suelo*, estatuidas en el mismo dispositivo (en la segunda frase) con excepción de la gestión de los residuos y de las medidas de carácter general, aquellas dos primeras se «*tratan de medidas que, al igual que las que se basan en el artículo 130 S, apartado 1, del Tratado, tienen por objeto realizar los objetivos fijados en el artículo 130 R del Tratado, pero que regulan los usos del territorio de los Estados miembros.*»¹¹⁵⁰»

ii) en segundo lugar, el Tribunal analizó sobre la base jurídica elegida para la aprobación del Convenio, y consideró sobre la finalidad y el contenido del Convenio (véanse los números 62 y 63 de la STJC).

Verificó las cláusulas del Convenio respecto el ámbito de aplicación, y sobre los proyectos y medidas vigentes en el territorio de la cuenca del Danubio (artículos 1, 2 y 3 del Convenio), en especial, las medidas de prevención, control y reducción de los impactos transfronterizos (artículo 5) y de la protección y mejora de la calidad de las aguas de la cuenca del Danubio (artículos 6, 7 y 8). También, contempló sobre los métodos y programas de control al balance hidrológico, la cantidad y crecida de las aguas. Y, por último, sopesó los argumentos del demandante (Reino de España) relativo a las obligaciones entre partes estipuladas en Convenio (artículo 10).

Hechas todas las ponderaciones subrayadas, el Tribunal concluyó que el objetivo principal del Convenio estaba direccionado a la *protección y mejora de la calidad de las aguas de la Cuenca del Danubio*, y por eso, respecto a las cláusulas de regulación de los *usos de estas aguas y los aspectos cuantitativos de su gestión*, el Convenio solo las consideró de manera *accesoria*. (Véase lo número 74).

Al fin, el Tribunal interpretó y derivó de las disposiciones del Convenio que en tanto que son normas comunitarias internas sobre la base del artículo 130 S, apartado 1, del Tratado, el Consejo actuó correctamente al basarse en el artículo 228, apartados 2, primera frase, y 3, párrafo primero, del Tratado para aprobar dicho Convenio, razón por

¹¹⁵⁰ Cfr. STJCE C-36/98 (51) pág. I-827-828.

el cual desestimó el recurso teniendo en cuenta que el Convenio atendió a la base del Tratado.

Para rematar, se resalta también que en la doctrina española se halla opiniones discrepantes al entendimiento asentado por el Tribunal, entorno de esta dicotomía de conceptos acogida por TJCE, en separar aspectos cualitativos de los cuantitativos para gestionar los recursos hídricos, con elementos comunes con la ordenación territorial y utilización del sol (Art. 175 apartado 2 del TCE), bajo el argumento de que ambos los aspectos (cuantitativos y cualitativos del agua) son inseparables en el contexto de la «gestión del agua»¹¹⁵¹.

2. Rasgos normativos de la *gestión de recursos hídricos* en el derecho brasileño.

El primero aspecto a considerar es el que define la idea de conjunto de *recursos hídricos*. Así, comprende los *recursos hídricos* cómo siendo «las aguas superficiales o subterráneas disponibles para cualquier tipo de uso en un determinado territorio», según el glosario brasileño del Ministerio del Medio Ambiente.¹¹⁵²

De este, deriva un segundo aspecto, en delimitar los «*recursos hídricos compartilhados*» en la federación, que son aquellos recursos hídricos que se extienden sobre el territorio de *dos* Estados-miembros o más.

En la Ley Federal nº 9433/97, de 08 de enero que establece la ordenación sobre la política nacional de recursos hídricos en Brasil, creó un sistema nacional para la gestión de los recursos hídricos y trató de otras disposiciones respecto el tema, sin se ocupar de una definición explícita de *gestión integrada de los recursos hídricos* propiamente dicha, pero, en los fundamentos básicos enmarcados sobre la política nacional, en el artículo 1º apartados IV, V y VI¹¹⁵³, el legislador dejó subyacente los rasgos

¹¹⁵¹ Vide a propósito los comentarios de la autora española Tirado Robles, C. *La Política del Agua en el marco comunitario y su integración en España*. (Colección Divulgación Jurídica). Madrid: Aranzandi, 2004. Págs. 69.

¹¹⁵² BRASIL. Ministerio do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. *Glossario de termos referentes à gestão de recursos hídricos no Brasil fronteiriços e transfronteiriços*. Brasília: 2008, p.70.

¹¹⁵³ Cfr. la Ley nº 9433/97, de 08 de enero: «Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: *omissis*. IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI - a gestão

de este concepto, quedando claro que: *la gestión de los recursos hídricos debe siempre proporcionar los múltiples usos de las aguas, tiene el carácter de la descentralización y debe contar con la participación del poder público, de los usuarios y de las comunidades.*

Pese la descentralización de la política del agua en el marco del federalismo brasileño presentar caracteres de *actuación subsidiaria verticalizada* de las competencias político-administrativas entre las unidades federativas, conviene subrayar que la integración *de la gestión hídrica*, ahora en Brasil, sigue el marco regulatorio de la *unidad de cuenca hidrográfica*, en conformidad con el Programa 21 de las Naciones Unidas, y fue previsto en la ley, en lo mismo artículo 1º, apartado V.

Se añade más, que el diseño de la Constitución federal de 1988 (adelante CF) reservó la competencia centralizadora en materia de la política nacional de los recursos hídricos al control de la Unión, en unos temas específicos del *sector de energía hidráulica* y en *instituir el sistema nacional de gestión del agua y delimitar la otorga de los usos*, respectivamente en el Artículo 21, apartado XII, ‘b’ y apartado XIX de la CF¹¹⁵⁴, pero otras materias relacionados con la gestión del agua fueron compartidas con los Estados-miembros, entre ellas *la protección del medio ambiente y de los recursos naturales* y la gestión de explotación de los recursos hídricos en el territorio de ellos, respectivamente, en el artículo 23, apartados VI y XI de la CF¹¹⁵⁵.

dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

¹¹⁵⁴ Cfr. el texto de la CF de 1988: «Art. 21. Compete à União: *omissis*; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) *omissis*; b) *os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*; [...] XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;» [Destacamos en cursiva]. En: Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

¹¹⁵⁵ Cfr. el texto de la CF de 1988: «Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; [...] XI - registrar, acompanhar (siguimiento) e fiscalizar (control) as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;» [Destacamos en cursiva]. En: Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

Conviene ante todo observar, que solo diez años después de la vigencia de la Constitución, el sistema nacional de gestión unificada fue ordenado por ley específica antedicha, en el derecho nacional; y, queda claro que la regulación de las funciones de implementación a cargo de la Agencia Nacional del Agua, también llegó con un cierto retraso en el año 2000, con la edición de la Ley Federal n° 9984/00, de 17 de julio, aunque precedida de una amplia reforma legislativa del Estado brasileño con la privatización y la sectorialización de la economía en los años noventa, en el primer y segundo programa de «desestatización»¹¹⁵⁶, cuando entonces fueran siendo creadas, paulatinamente, las agencias reguladoras en Brasil.

Sin embargo, se señala por último que de los servicios relacionados con el agua, solo los servicios de explotación y aprovechamiento de los potenciales de energía hidráulica fueron objeto de reforma constitucional en tema de interés de actividades del orden económica y financiera (Título VII da la CF de 1988) a través de la Enmienda Constitucional n° 06/95, de 15 de agosto, que prevé la otorga de concesión del dominio de energía hidráulico a empresas constituidas de conformidad con leyes brasileñas y con gestión y sede en el país.

Por fin, se señala, aunque la ley federal 9433/97 ordenó la política nacional de los recursos hídricos, otros contornos legislativos el derecho brasileño presenta un diseño fragmentado del derecho de agua relacionado con *los recursos hídricos*. Por eso, el tema consta en varias otras leyes tratado de manera transversal, ya que dicho rasgo es propio del derecho de medio ambiente, que por cierto esta es casi una tradición que sigue en todas las materias de los recursos naturales.

Por ello, los recursos hídricos, p.ej., fue tomado en sentido excluyente de la comprensión de saneamiento básico en Ley 11.445/07, de 07 de enero, respecto el artículo

¹¹⁵⁶ Véase a propósito las leyes de reforma del Estado brasileño en los años 90: Ley n° 8031/90, de 12 de abril (crea el programa nacional de «desestatización» y da otras providencias) y Ley n° 9491/97, de 09 de septiembre (Altera procedimientos relativos al Programa Nacional de «Desestatização», revoga la Ley n° 8.031, de 12 de abril de 1990). Disponible en URL: <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8031.htm> y <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8031.htm> [Consultado en 13 mayo 2013].

4º: «Los recursos hídricos no integran los servicios públicos de saneamiento básico»¹¹⁵⁷. De otro modo, la Ley 9985/00, de 18 de julio, que dispone sobre la protección de las unidades de conservación de recursos naturales reguló en el artículo 47 sobre el ‘principio de contribución’ aplicado a los recursos hídricos.¹¹⁵⁸ Y, a la vez, la Ley 12651/12, de 25 de mayo que reformó el antiguo Código Forestal reafirmó el principio de la protección medio ambiental en que se incluyen los recursos hídricos¹¹⁵⁹.

3. La construcción de un sistema hidrográfico común a partir de la unidad de cuenca hidrográfica.

La organización territorial de la gestión del agua en torno de unidad de cuenca hidrográfica ha mucho se desarrolló en países europeos, tal cual el modelo de las *confederaciones hidrográficas en España*, al comienzo de siglo XX, con la creación de la «Confederación Sindical»¹¹⁶⁰ (nombre de nacimiento) en 1926¹¹⁶¹.

En Francia donde se tiene noticia que la primera propuesta de organizar la división del espacio territorial administrativo basado en una unidad de ‘*bassin fluviaux*’ fue en 1920¹¹⁶². El propósito era crear una forma de administración basado en un plan de

¹¹⁵⁷ Cfr. el texto original de la Ley 11.445/07, de 07 de enero. Art. 4º: «Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico». Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111445.htm> [Consultado en 13 may 2013].

¹¹⁵⁸ Cfr. El texto de la Ley 9985/00, de 18 de julio: «Art. 47. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, beneficiário da proteção proporcionada por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.» Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm> [Consultado en 13 may 2013].

¹¹⁵⁹ Cfr. El texto de la Ley 12651/12, de 25 de mayo, en el Art. 1º. Párrafo primeiro, apartado I: « I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras; (Dispositivo incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).» Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm> [Consultado en 13 may 2013].

¹¹⁶⁰ Cfr. los textos de EMBID IRUJO, A. *Gestión del Agua y Descentralización Política*. Op. Cit. Pág. 270. Y EMBID IRUJO, A. *Evolución del derecho y de la política del agua en España*. Op.cit. Pág. 81-82. FANLO LORAS. *Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas*. Op.cit. Págs. 309-334.

¹¹⁶¹ En España, la creación de las Confederaciones del agua tiene una primera regulación en el Decreto de 5 de marzo de 1926. Cfr. EMBID IRUJO, A. *Evolución del derecho y de la política del agua en España*. Op.cit. Pág. 82 [nota de pie 35].

¹¹⁶² Cfr. El capítulo «*Le district et le bassin*». Cfr. GAZZANIGA, J.L. *L e droit de l'eau*. Pág. 177-202.

división de las principales cuencas hidrográficas para la transformación y exploración del régimen de aguas corrientes¹¹⁶³. En efecto, la primera ley francesa consagrando el conjunto del régimen y repartición de las aguas y de medidas contra la contaminación en el derecho de agua, fue la Ley de aguas de 16 de diciembre de 1964, y desde aquel período el territorio encontrase dividido en seis (06) cuencas hidrográficas y cada una representa una unidad política para la gestión de los recursos del agua.

En España, las cuencas hidrográficas están divididas según la demarcación hidrográfica en tres grandes grupos: de cuencas intracomunitarias (en territorio de una sola comunidad autónoma), de cuencas intercomunitarias (que excede el territorio de la comunidad autónoma) y de cuencas hidrográficas con países circunvecinos cuya gestión compete a las «confederaciones hidrográficas» que son en número de (09) nueve¹¹⁶⁴.

En Brasil, según datos catalogados por el Agencia Nacional del Agua el conjunto de los recursos hídricos está dividido en doce (12) regiones hidrográficas.¹¹⁶⁵ A la vez, considerando la complejidad de cada región con caracteres físicos bien distintos, la extensión territorial y las condiciones de desarrollo económico de las regiones, los avances de los planes de cuencas hidrográficas en algunos Estados-miembros fueron desarrollados desde 1984, y concluidos algunos primero que en otros Estados¹¹⁶⁶, incluso unos anteceden la edición de la Ley 9433/97 que establece la política nacional de recursos hídricos, y en ciertos aspectos no contemplan todas las informaciones introducidas con la nueva regulación.

¹¹⁶³ Refiere la doctrina que antecede al año de 1752, la primera vez que se creó en Francia la primera figura de autoridad administrativa sobre una base de 'drainage de l'eau', en el ámbito del espacio de administración del Estado absolutista. *Ibidem*, p. 177.

¹¹⁶⁴ Véanse los datos catalogados en el Ministerio del Medio Ambiente: Confederación Hidrográfica del Ebro, Cantábrico, del Duero, del Guadalquivir, del Guadiana, del Júcar, del Miño-Sil, Segura y del Tajo. Los datos relativos a las demarcaciones hidrográficas presentan en detalle la configuración. Cfr. MINISTÉRIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE. *Libro Digital del Agua*. Madrid: MAGRAMA. < <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/organismos-publicos/confederaciones-hidrograficas/>> [Consultado en 12 de enero de 2014].

¹¹⁶⁵ Véase el Informe de ANA en que se enumeran las siguientes regiones hidrológicas: Amazônica, Paraguaí, Tocantins-Paraná, Uruguai, Atlântico-Sul, Atlântico-Sudeste, São Francisco, Atlântico-leste, Parnaíba, Nordeste-Occidental e Nordeste-Oriental. En: AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil*. 4. Balanço hídrico: 2013. Brasília: ANA/MMA. 2013. Pág. 143.

¹¹⁶⁶ Cfr. Informe de ANA. *Planejamento dos Recursos hídricos* *Ibidem*. Págs. 298-299.

Sin embargo, en el último decenio del siglo XX, el concepto de *cuenca hidrográfica* como la «unidad de organización territorial» se proyectó a otros sistemas jurídicos a través del Programa 21 de las Naciones Unidas, en modelo de gestión para la integración de los recursos hídricos, en especies de distritos hidrográficos, a ser demarcados y planificados. En resumen, el Programa 21 delimitó los siguientes aspectos sobre las cuencas hidrográficas:

_ *Objetivo global* (18.7 y 18.36): La compleja interconexión de los sistemas de agua dulce precisa de una organización de ámbito global basada en la ordenación de las cuencas hidrográficas), es decir: «El objetivo global es satisfacer las necesidades de agua dulce de todos los países para su desarrollo sostenible»¹¹⁶⁷.

_ *Ordenación hidrográfica integrada* (18.9 y 18.59): «la integración de los aspectos relativos a las tierras y a las aguas, tendría que hacerse a nivel de cuenca o subcuenca de captación»¹¹⁶⁸.

_ *Áreas de actividades a emprender* (18.27 y 18.49): los Estados pueden emprender según los recursos disponibles cuatro áreas de actividades, desarrollando: (i) el *marco institucional*, (ii) el *sistema de datos*, (iii) la *difusión de datos*, y (iv) la *investigación y desarrollo* en los planos nacional, subregional, regional e internacional en apoyo de las actividades de evaluación de los recursos hídricos. Las actividades de protección de los recursos hídricos contra el agotamiento, la contaminación y la degradación (18.59) incluye que proteger las *cuencas fluviales* del agotamiento y degradación de su cubierta forestal y de actividades perjudiciales.

Aunque el objetivo de unidad hidrográfica fue introducido en varias legislaciones con el fin de crear un «modelo de organización administrativa por cuencas basado en un principio de participación de los usuarios¹¹⁶⁹» este encuentra muchas

¹¹⁶⁷ Cfr. Programa 21: (Capítulo.18). Naciones Unidas. 1992. En URL: <en línea> <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>> [Consultado en 10 de enero de 2011].

¹¹⁶⁸ Ibidem., Capítulo 18.9.

¹¹⁶⁹ Cfr. EMBID IRUJO, A. *Evolución del derecho y de la política del agua en España. Op.cit.* Pág.82.

dificultades en el desarrollo de la planificación y demarcación de las áreas de cuencas hidrográficas.

Los conflictos que se afrontan en armonizar el conjunto de medidas más eficaces para establecer la protección de las fuentes del agua dulce (regionalizada por la red de cuenca y subcuencas hidrográficas) y de protección de los acuíferos para todos los usos de las generaciones presente y de las futuras radica en las *competencias legislativas* de las leyes entre los niveles estatales del Estado (conflictos entre estatutos de comunidades autónomas y la ley del Estado, conflictos de la ley del Estado-miembro y la ley local de municipios etc.).

En la próxima sección se abordará un poco más el tema de las asimetrías de la ordenación hidrológica, utilizando como ejemplo las cuestiones del modelo español y brasileño.

3.1. La cuenca hidrográfica en la Directiva Europea.

Ahora bien, conviene destacar que en la Directiva marco del agua 2000/60/CE de 23 de octubre, el marco de la elaboración de la política de la Unión europea en el área del medio ambiente, será considerado «los datos científicos y técnicos disponibles, las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad (...), así como las ventajas y cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción» (Considerando 12), por tanto, esta diversidad debe partir «la planificación y ejecución de las medidas destinadas a garantizar la protección y el uso sostenible del agua en el marco de la *cuenca hidrográfica*». (Considerando 13). _ destacamos en cursiva, y en conformidad con el encuadre hecho en las «demarcaciones hidrográficas» (art. 3, 1 de la Directiva).

Por eso, fue delimitado el concepto jurídico de *cuenca hidrográfica* de la noción geográfica, consonante se halla inscrito en el artículo 2, apartado 13, trae la siguiente delimitación de concepto: «*cuenca hidrográfica*»: *la superficie de terreno cuya*

*escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta;*¹¹⁷⁰

Y, de este concepto aún diferencia el documento un concepto derivado que es el de *subcuenca* previsto en lo mismo artículo 2, apartado 14 de la DMA, por ser: «*la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia un determinado punto de un curso de agua (generalmente un lago o una confluencia de ríos);*»¹¹⁷¹

Por tanto, poner el marco de la gestión del agua en la «unidad territorial de la cuenca hidrográfica» tiene como sesgo de la política del agua comunitaria de armonización de la regulación y de acciones en común de los Estados-miembros, bajo el punto de mira de identificar con prioridad los elementos esenciales de composición de cada ecosistema acuático de las cuencas o conjunto de cuencas alineados con las aguas costeras y subterráneas que no comparten de cuencas demarcadas (art. 3, apartado 1, segunda parte).

A esas se suman, las tareas que aún se detiene a los Estados-miembros en coordinar, de una parte, las cuencas intercomunitarias e intracomunitarias cómo demarcación internacional (art. 3, 3 DMA), y de otras, las de rasgos *extracomunitarios* con límites de otros países terceros (art. 3.4. DMA) y de forma conjunta, según la intervención de cooperación bilateral o multilateral de la Unión con otros gobiernos internacionales, a petición del Estado-miembro interesado¹¹⁷². Conforme el texto que se transcribe abajo:

«3. Los Estados miembros velarán por que cualquier cuenca hidrográfica que abarque el territorio de más de un Estado miembro se incluya en una demarcación hidrográfica internacional. A petición de los Estados miembros interesados, la Comisión intervendrá para facilitar su inclusión en dichas demarcaciones hidrográficas internacionales.

¹¹⁷⁰ Vide DMA 2000/60/CE, de 23 de octubre.

¹¹⁷¹ Ibidem.

¹¹⁷² Cfr. en DROBENKO, Bernard. *Directive eau: Un cadre en trompe-l'oeil? Op.cit.* pág. 389.

Cada uno de los Estados miembros adoptará las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en la parte de cualquier demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio.

4. Los Estados miembros velarán por que los requisitos de la presente Directiva encaminados al logro de los objetivos medioambientales establecidos en el artículo 4 y en particular todos los programas de medidas se coordinen para la demarcación hidrográfica en su conjunto.

En lo que respecta a las demarcaciones hidrográficas internacionales, los Estados miembros interesados efectuarán dicha coordinación de forma conjunta y podrán, a tal fin, utilizar las estructuras existentes derivadas de acuerdos internacionales. A petición de los Estados miembros interesados, la Comisión intervendrá para facilitar el establecimiento de los programas de medidas.»¹¹⁷³

Ahora, se pasará al encuadre de la *cuenca hidrográfica* en el derecho brasileño.

3.2. La cuenca hidrográfica cómo unidad de gestión en el derecho brasileño.

En el derecho brasileño, los primeros intentos de instituir un sistema descentralizado de la gestión de los recursos hídricos con base en cuencas hidrográficas que se tiene noticia, empezó en el Estado de São Paulo¹¹⁷⁴. Fue a través del Decreto estadual nº 26.479/86 que reorganizó el Departamento de Aguas e Energía Eléctrica (DAEE) en que las acciones administrativas serían estructuradas en siete ‘Directorias de Cuencas hidrográficas’¹¹⁷⁵, y por encima de los aspectos políticos deberían ser

¹¹⁷³ Cfr. el texto original de la DMA 2000/60/CE, de 23 de octubre.

¹¹⁷⁴ Cfr. CARNESECA, Luis F. *Os desafios de implementação do sistema*. AA.VV. Comitês de bacias hidrográficas: uma revolução conceitual. (Org.) THAME, Antonio Carlos de M. São Paulo: Iqual Ed., 2002. Págs.51-60.

¹¹⁷⁵ Los artículos 2º y 14 establecen la ordenación de la gestión por cuencas allí identificadas, y establece las funciones de estos órganos y la participación de los municipios integrados en la gestión:

« Artigo 2º - São criadas, no Departamento de Águas e Energia Elétrica, as seguintes Diretorias de Bacias, diretamente subordinadas ao Superintendente da Autarquia:

I - Diretoria da Bacia do Alto Tietê e Baixada Santista, com sede em Mogi das Cruzes;

II - Diretoria da Bacia do Médio Tietê, com sede em Piracicaba;

III - Diretoria da Bacia do Baixo Tietê, com sede em Birigüi;

IV - Diretoria da Bacia do Paraíba e Litoral Norte, com sede em Taubaté;

V - Diretoria da Bacia do Ribeira e Litoral Sul, com sede em Registro;

VI - Diretoria da Bacia do Peixe-Paranapanema, com sede em Marília;

VII - Diretoria da Bacia do Pardo-Grande, com sede em Ribeirão Preto.»

considerados la participación de los municipios y de las comunidades en la toma de decisiones sobre los recursos hídricos (Art. 48)¹¹⁷⁶.

En el año siguiente, otro Decreto estadual nº 27.576/87 creó el primero Consejo Estadual de Recursos Hídricos con los objetivos de organizar y estructurar en el ámbito de aquella unidad federativa el sistema estadual de gestión de recursos hídricos, y bien así, en elaborar el plan estadual para la gestión.

En ámbito nacional, a partir de la Ley Federal 9433/97 pasó a definir la unidad de *cuenca hidrográfica* (“*bacía hidrográfica*”) cómo el contexto territorial para «implementación de la política nacional de recursos hídricos y de actuación del sistema nacional de gestión de los recursos hídricos» (artículo 1º, apartado V)¹¹⁷⁷. También, la ley explicitó como directriz general de la política nacional de los recursos hídricos la

« Artigo 14 - Às Diretorias de Bacias organizadas por este decreto cabe, em suas respectivas áreas geográficas de jurisdição, *planejar, coordenar e promover a execução das atividades do Departamento de Águas e Energia Elétrica* não conferidas especificamente a outros órgãos da Autarquia, *em especial as relativas à gestão dos recursos hídricos*. § 1º - A área geográfica de jurisdição de cada Diretoria de Bacia será definida mediante portaria do Superintendente do Departamento de Águas e Energia Elétrica, de maneira compatível com as correspondentes bacias hidrográficas. § 2º - *Na definição de que trata o artigo anterior, sempre que não houver prejuízo para a gestão da bacia hidrográfica, o conjunto de municípios que integram cada Região de Governo prevista no Decreto nº 22.970, de 29 de novembro de 1984, deverá ser incluído na área geográfica de jurisdição da mesma Diretoria de Bacia.*». Cfr. DECRETO nº 26.479, de 17 de dezembro de 1986. Disponible en: <en línea> <<http://www.daee.sp.gov.br/images/documentos/legislacao/decreto26479.pdf>> [Consultado en 23 octubre de 2012]

¹¹⁷⁶ Véase el texto del artículo 47: « Artigo 47 - Os Grupos Técnicos de Apoio têm, em suas respectivas áreas de atuação, as seguintes atribuições:

I - manter contato com entidades públicas e privadas, promovendo o intercâmbio de trabalhos na área de participação e comunicação;

II - *manter contato permanente com os municípios a fim de elaborar relatórios sobre suas necessidades em relação a serviços da competência da Autarquia;*

III - manter arquivos e cadastros dos municípios da Bacia Hidrográfica sob os aspectos sócio-político-econômicos;

IV - *promover a divulgação dos serviços prestados, pelo DAEE, à comunidade;*

V - participar, junto aos órgãos públicos regionais, da elaboração do orçamento-programa da Autarquia;

VI - *promover e coordenar reuniões, palestras, seminários e cursos, com o objetivo de divulgar, conscientizar e orientar a comunidade com relação aos Recursos Hídricos;*

VII - coordenar e executar as atividades de Relações Públicas da Diretoria da Bacia»

¹¹⁷⁷ Cfr. la traducción personal con el texto original de la Ley 9433/97, Artículo 1º, apartado: «V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; *Op.cit.*

integración entre las unidades territoriales de *cuencas hidrográficas* con los otros sistemas aguas de estuarios y zonas de costas (Art. 8º)¹¹⁷⁸.

Se añade que la ley impone que los planes de los recursos hídricos deben ser elaborados por los Estados y en todo el territorio nacional de acuerdo con la planificación de las cuencas hidrográficas, de conformidad con el artículo 8º de la ley. Aunque no definidas en el texto de la Ley nº 9433/97, las *subcuencas*, pero el mismo la hace referencia relacionando con la actuación de los ‘Comités de Cuencas Hidrográficas’ (adelante CCH) los cuales deben actuar en la «totalidad de las cuencas, subcuencas y grupos de cuencas y subcuencas interconectadas», de conformidad con el Art. 37, apartados, I, II y III de la ley.

A la vez, los Comités corresponden a *autoridades competentes* para coordinar la política de los recursos hídricos en ámbito central y descentralizado en cada Estado-miembro, cuya composición es de múltiples actores. Establece el artículo 39 de ley, y en conformidad con las competencias de artículo 38 de la Ley, que hacen parte de los Comités: los representantes de la Unión, de los Estados e del Distrito Federal cuyos territorios se sitúen, aunque que parcialmente las respectivas áreas de actuación, de los Municipios, igualmente situados en todo o en parte en la respectiva área de actuación , los usuarios de las aguas en su área de actuación; y, los entes civiles organizados que comprobadamente desarrollen actividades de manejo de recursos hídricos en la cuenca relacionada.

Por eso, en la ley brasileña, el sistema nacional de gestión de los recursos hídricos toma parte de la organización un conjunto de entes jurídicos, y de entre estos el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (adelante CNRH), en cuya formación integra los representantes de organizaciones civiles relacionados en el art. 47, desde que legalmente constituidas (véanse los arts. 33 y 34, apartado IV, 47 y 48) y en conformidad con la ley.

¹¹⁷⁸ Cfr. el texto original de la Ley 9433/97, Artículo 3º, apartado VI: «Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos: *omissis*. VI- a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.». *Op.cit.*

Sin embargo, la complejidad de este modelo encuentra muchas dificultades para llevar al cabo desde la implementación, seguimiento y efectividad en obtención de los primeros resultados, estos son factores del punto de vista de órgano Agencia Nacional de Agua. En el balance que presentó en Informe de evaluación presentado en 2012, la Agencia Nacional consideró la implementación del plan nacional de recursos hídricos (adelante PNRH) entre los años 2006 a 2009, el que derivó de un proceso con pocos avances, debido a cuatro factores:

i) Dificultades en elaborar la estructura institucional de coordinación y seguimiento para implementación del plan nacional de recursos hídricos en ámbito federal;

ii) falta de alineación entre los actores estratégicos en impulsar las actividades necesarias al desarrollo de los programas;

iii) de partida, baja iniciativa de poner en marcha los programas;

iv) retraso en las especificidades de algunos programas (PNRH, 2011).¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁹ Cfr. el Informe de ANA, el capítulo que trata de « O Primeiro ciclo de implementação do PNRH) (2006-2009). En: AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil: 2013. Op.cit.* p.281.

«El Señor tiene su trono sobre las aguas celestiales...»
(1ª Carta de S. Pedro, 29,10)

CAPÍTULO III

EL MODELO SUBSIDIARIO DEL DERECHO DE AGUA: LA GESTIÓN EN BRASIL Y EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sección I

El marco subsidiario de la gestión del agua.

La regulación del agua en la ordenación territorial y local basada en la unidad cuenca hidrográfica, se encuentra tanto en el marco jurídico de la Directiva marco del agua de la Unión Europea, con el fin de desarrollar una política comunitaria integrada de aguas¹¹⁸⁰, e igualmente, en la legislación de la política de protección y ejecución del sistema nacional de los recursos hídricos de Brasil, un modelo reglamentado en la Ley Federal nº 9433/97, de 08 de enero, orientado por criterios de la función de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Por tanto, relacionar el tema del principio de subsidiariedad aplicado al derecho de agua entre estos dos sistemas jurídicos europeo y brasileño, significa ante todo relacionar los objetivos, los procedimientos y medidas comunes de la gestión integrada de los recursos hídricos, presentes en los dos sistemas.

Ahora bien, la cuestión que se refleja en este capítulo será comprender la *subsidiariedad* dentro de una temática compleja de cuanto precede del tema de la política o gestión del agua ya analizadas antes, y de cómo se concreta en la realidad de estos sistemas jurídicos distintos.

¹¹⁸⁰ Véase el Considerando (9) de la DMA 2000/60/CE, de 23 de octubre. *Op. Cit.*

La subsidiariedad entendida ora como un principio donde si delimita el reparto de competencias entre diversos niveles orgánicos de la administración pública y territorial del Estado, ora como el principio que rige el ejercicio de distintas competencias reguladoras entre los diferentes niveles estatales (Unión, estados-miembros y ente local) evolucionó y pasó por cambios, que naturalmente en ámbito del derecho de aguas no puede prescindir de una reflexión de aproximación de las políticas de aguas entre ordenamientos jurídicos.

Significa decir que, mientras el principio de subsidiariedad siga siendo un principio relacionado con el reparto de las competencias legislativas del estado federal o de intervenciones comunitarias como la de Unión Europea, está en materias consagradas en los Tratados de integración y de Directivas (en materia de medio ambiente y del mercado común), radica también, la subsidiariedad en las potestades administrativas de la función pública en la doble en relación del derecho administrativo: _ cómo función de organización de la estructura estatal y de regulación del derecho¹¹⁸¹.

De modo peculiar, relacionado con el derecho de agua este contempla la función de subsidiariedad *verticalizada* con predilección en los dos aspectos antes subrayados_ de organización de la política del agua, como se presenta, hoy en día, la Directiva marco del agua (Considerando 18) del derecho europeo, o en la distribución de las competencias del sistema federativo brasileño (_señalamos estos dos sistemas específicos porque se refiere al tema de derecho comparado que planteamos en esta investigación_), pero en otro sesgo, se puede considerar que en todo sistema jurídico que abarca la «ordenación territorial de la gestión del agua» por cuenca hidrográfica e integrada con otras aguas (estuarios y costeras), se pone aún de manifiesto la función de la *subsidiariedad horizontal* a través la participación de los usuarios en la gestión integrada de las cuencas hidrográficas (en Confederaciones o Comités de cuencas).

En suma, una significativa aportación de esta investigación será aproximar el modelo subsidiario del derecho de agua: la gestión de los recursos hídricos en Brasil y en el marco de la Unión Europea, y responder a la cuestión subsidiaria inicialmente

¹¹⁸¹ Cfr. PONTIER, J-M. *La subsidiarité en droit administratif*. *Op.cit.* pág. 1524.

propuesta: _ ¿Cuáles son los límites y aproximaciones que este *principio* o *función* presenta ante el modelo actual de gestión integrado de los recursos hídricos? (pág.40).

1. Primera aproximación comparativa entre el modelo subsidiario del agua en la Unión Europea y Brasil.

Haremos aquí unas reflexiones entre la gestión de los recursos hídricos en el marco de la Unión Europea, regido ahora por la integración de Estados-miembros que había atribuido competencias a la Unión, comparado con la gestión integrada de los recursos hídricos de Brasil, un estado federal de grandes proporciones territoriales con reparto de competencias centralizada y regional a cargo de la Unión, y competencias descentralizadas y comunes con los entes de la federación.

Pese se traten de sistemas jurídicos y políticos con características muy peculiares, el primero es un bloque integrado por países europeos¹¹⁸², con personalidad jurídica *sui generis* y estructurado en la base jurídica de los Tratados¹¹⁸³, y el otro, un país de organización política federal de base constitucionalista, formado pela unión indisoluble de veinte seis estados-miembros y un distrito federal distribuidos en cinco regiones, a nuestro juicio, es posible se establecer un enmarque jurídico entre ellos, dentro del contexto del derecho de agua.

Veamos qué criterios se permite comparar similitudes y divergencias, a considerar que: ambos los sistemas presentan en común los objetivos de la protección medio ambiental dirigidos a los recursos hídricos, en el interés de garantizar el buen

¹¹⁸² Hasta la conclusión de este estudio, 28 países conforman la Unión Europea. Cfr. URL de UE: <en línea> <http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_es.htm> [Consulta en 10 de diciembre de 2014].

¹¹⁸³ Véase las disposiciones del artículo 1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea: « *Artículo 1. 1. El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias. 2. El presente Tratado y el Tratado de la Unión Europea constituyen los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión.* Estos dos Tratados, que tienen el mismo valor jurídico, se designarán con la expresión "los Tratados". [Destacamos en cursiva]. En TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (TFUE). Disponible en URL : <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>> [Consultada en 10 enero de 2010].

estado de conservación de las aguas, y asimismo el deterioro, en sus respectivos territorios, y de otro, las cuestiones del valor económico del agua.

Sin embargo, tamaña asimetría, en nuestro juicio, no se impide de establecer algunos de los rasgos que ambos los sistemas presentan en común, ni al revés, considerar que son simplemente sistemas inconciliables que no se puede aproximar.

En tema del derecho de agua, se puede considerar que los dos sistemas de Brasil y Unión Europea se organizan en interés de alcanzar la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, y la utilización prudente y racional de los recursos naturales¹¹⁸⁴, específicamente, se puede decir que los sistemas normativos se ‘comunican’ por principios generales del derecho común, presentan problemas ambientales que se asemejan, los ordenamientos están centrados en la protección de los recursos hídricos, consonante a una ‘gobernanza global del agua’.

Y, cuanto a los sistemas político-jurídicos, pese la Unión Europea ser una organización jurídica sin Estado, no obstante, significa, una organización mezclada de normas jurídicas con fuentes y procedimientos dirigido por órganos propios¹¹⁸⁵. Y, el Brasil en cuanto sea una federación con una Constitución de características de ‘pacto federativo’ tendente a una cooperación integrada por los entes federativos, los dos sistemas presentan en común los rasgos de la cooperación y subsidiariedad.

La cooperación traduce un instrumento de base para un entendimiento entre los Estados-miembros en el desarrollo de las políticas sociales, medio ambiental y del mercado común, a través de acuerdos, concertaciones y nuevas formas de organización, (véase, por ejemplo, el Convenio europeo para la protección del Danubio firmado en 2001, de que se tratará en apartado, más adelante) y se complementa con la *subsidiariedad* que es una vía de integración del ordenamiento y de la administración.

¹¹⁸⁴ Cfr. El Considerando (11) de la Directiva marco del agua 2000/60/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre. *Op. Cit.* Y

¹¹⁸⁵ Cfr. CHITI, M. *Derecho Administrativo Europeo. Op.cit.*, Pág. 77.

En los fundamentos, hoy consagrados por el Tratado de la Unión Europea, se dice que «el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción.»¹¹⁸⁶

En otro sesgo, la subsidiariedad en el sistema brasileño pasa por un proceso de discusión, en la última década, a considerar que la Unión aún mantiene un fuerte control jerárquico y sectorial de las cuestiones de gestión social, medioambiental y económica, concentrando la repartición de recetas de impuestos y la financiación de recursos para obras de gran interés regional o nacional, lo que dificulta la participación en decisiones y concertación en Estados-miembros menos desarrollados.

Ello, no raro, tiene generado conflictos en la instancia judicial del Supremo Tribunal Federal afrontando problemas de descentralización de las competencias en relación con programas del gobierno en el desarrollo de las regiones sin previa consulta a las comunidades afectadas. Una de esas cuestiones se va a comentar respecto los criterios que viene siendo adoptado en proyectos de infraestructuras de la política energética o de abastecimiento hídrico en trasvase hidrográfico, relacionados respetivamente, con la política económica nacional del desarrollo y proyecto para regiones en problemas de escasez del agua.

La cuestión de subsidiariedad incluso transpone el espacio nacional de los conflictos entre sociedad y poder público, cómo fue llevado a efecto en Medida Cautelar 382/10 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (adelante CIDH)¹¹⁸⁷, respecto

¹¹⁸⁶ NOVAK, Petr. Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2015.<en línea> http://www.europarl.europa.eu/ftw/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf [Consultado en 10 enero 2015]

¹¹⁸⁷Cfr.el Documento MC382/2010 apreciado 01 de abril de 2011, en que la CIDH recomienda al gobierno del Estado de Para (BR):«La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las siguientes condiciones mínimas:(1) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta sea previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares;(2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte, tanto de aquellas

a incumplimiento de acceso a participación de discusiones en proyectos de interés general de los afectados, ante la falta de consulta, y aún, por violaciones de derechos de las ‘Comunidades Indígenas de la Cuenca del Rio Xingú’, en Estado de Pará, en Brasil, en virtud de que el proyecto de instalación del complejo ‘Hidroeléctrico de Belo Monte’ no tornó accesible a la consulta con amplia participación de los interesados que viven en la región, causando la retirada de las comunidades de las tierras tradicionalmente ocupadas por los mismos y exponiendo a los riesgos da sanidad en consecuencia de las actividades que serían emprendidas en el local.

En suma, estos son algunos de los argumentos que se pone de relieve, un firme paso a una aproximación de las estructuras normativas y de las prácticas del modelo subsidiario de UE y Brasil, con todo, respetándose los límites de cada cultural¹¹⁸⁸. Por lo tanto, ponemos de relieve las dos variables que son:

a) por un lado, una creciente política de *cooperación e integración de las aguas*;

b) y de otro, la conformidad de que tal política se rige por el principio de *subsidiariedad*.

De modo singular, los dos sistemas jurídicos se centran en los principios generales del derecho administrativo y medio ambiental capitaneados por el de *cooperación* y el principio de *subsidiariedad*, a los cuales se agregan otros tantos principios generales de proporcionalidad, eficiencia, información, buen administración, y los del medio ambiente (principio de cautela, de acción preventiva, de corrección de los riesgos, principio de “quien contamina paga”¹¹⁸⁹, principio de la protección, principio de la recuperación de los costes, de la recuperación en el origen etc.), como el que se suman

enfermedades derivadas del influjo poblacional masivo a la zona, como de la exacerbación de los vectores de transmisión acuática de enfermedades como la malaria. Disponibel en URL: <en línea> <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consultado en 10 de enero de 2015].

¹¹⁸⁸ Advierte el autor Chite que los críticos al fenómeno de la convergencia entre sistemas costumbran aseverar que: «Si el Derecho no es solo un complejo de reglas e institutos, sino expresión de la cultura general, entonces las diferencias existen y no pueden ser superadas.» CHITI, Mario. Derecho Administrativo Europeo. *Op.cit.* P. 113.

¹¹⁸⁹ En Brasil es denominado principio “poluidor-pagador”.

en impulsar las acciones a una efectiva política medio ambiental y administrativa sectorial en los diversos Estados-miembros que conlleve en la conservación de los recursos del agua en sus más diversas fuentes.

Además, el sistema federal brasileño, antes era un modelo más centralizado de competencias exclusivas y privativas, no obstante, cambia a la tendencia de un «federalismo de cooperación e integración» que se caracteriza con relevancia de las competencias *comunes* y *concurrentes*, pero, aún cercada de dificultades de concertación y dialogo entre las instancias.¹¹⁹⁰

1.1. Problemas comunes entre los sistemas hídricos de Unión Europea y Brasil.

Es relevante observar que ambos los sistemas jurídicos se afrontan ante la realidad de problemas comunes relacionados con el agua y la calidad de los recursos hídricos¹¹⁹¹ deteriorado por una contaminación constante, utilización exagerada con derroche, de mala gestión en la transparencia de los costes y de reinversiones en el dominio público hidráulico. Son problemas con amplitudes diferenciadas, con todo se puede agrupar en tres categorías en las distintas regiones de la UE y del Brasil:

1.1.1. Problemas de vulnerabilidad del medio ambiente y de los recursos hídricos.

Relativo a los problemas medio ambientales, al menos se puede considerar en perspectiva genérica, entre ellos: a) los efectos que resultan del fenómeno cambio climático más frecuente (sequías e inundaciones)¹¹⁹²; y b) los problemas relacionados a

¹¹⁹⁰ Cfr. esta opinión en GRANJA, Sandra Ines Baraglio & WARNER, Jeroen. *A hidropolítica e o federalismo: possibilidades de construção da subsidiariedade na gestão das águas no Brasil*. Rio de Janeiro: RAP, 40 (6), nov-diez, 2006, p. 1101.

¹¹⁹¹ COMISIÓN EUROPEA. *ETE: Estrategia Territorial Europea Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE*. Postdam, 1999. Pág. 35. <en línea> <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf> [Consultado en 5 Octubre 2014].

¹¹⁹² Remítimos a las reflexiones sobre el tema derecho de agua y cambio climático de la autora MONTORO CHINER, M.J. *Agua, Derecho y Cambio Climático*. *Op.cit.*, Págs. 227-266.

las contaminaciones transfronterizas de cuencas o de aguas marítimas que interfiere en los usos del agua, y de mayor necesidad en mejorar la calidad y cantidad de los recursos.

Esta doble función de protección del recurso medio ambiental (preservación y recuperación), de modo singular de los medios acuáticos, y de la captación para la distribución y mejora del suministro del agua, velándose por la calidad de los recursos, es emergente en los dos sistemas.

Los retos de la creciente contaminación, de escases del recurso agua e inundaciones, obligan de una parte que se ejecute la gestión de captación, embalse, suministro del agua potable, teniendo en cuenta entre otros aspectos observancia de principios de valoración económica del recurso para la reducción del consumo exagerado, de incentivo del uso racional para preservar la cantidad; asimismo, la manutención de la calidad de las aguas dulces, la reducción de pérdidas, la valoración económica de los recursos hídricos.

También, se añade que la cooperación e integración, son instrumentos utilizados en los sistemas analizados, de aproximación de los ciudadanos de las instancias de decisiones en ámbito de gestión y en la función administrativa, y son mecanismos empleados para se minimizar estas vulnerabilidades presentes en cada sistema, a través de medidas de concertación y acuerdos para se implementar la cooperación individual en las asociaciones colectivas en representar los intereses más localizados.

En otro aspecto, el intercambio de nuevas tecnologías que controlen los usos de los recursos hídricos (formas de regeneración, depuración de las aguas residuales, de riego) economicidad de tiempo, cantidad, contribuir al suministro del agua potable en mejores que condiciones favorezca la salud), todos ellos de manera a minimizar los derroches. Son preocupaciones constantes de los ordenamientos respecto los objetivos generales de los dos sistemas y aún del orden territorial de derecho interestatal.

1.1.2. Conflictos de competencias del ordenamiento.

Otra clase de problemas son aquellos que derivan de los conflictos de competencia, y que se centran de una parte, en la planificación hidrológica de cuencas

hidrográficas, por ser en tales unidades hidrográficas que los intereses altercados entre regiones o entre comunidades se pone con mayor evidencia:

_ De un lado, hay conflictos de competencia reguladora relativo al territorio de las cuencas intracomunitarias e intercomunitarias en territorio de la Unión europea, o acuerdos multilaterales o bilaterales de cuencas transfronterizas con países terceros; de otro, en Brasil, conflictos de regulación entre ley federal y estadual relativo a las cuencas regionales de competencia federal, conflictos entre Estados y municipios relativos cuencas interestatales o de servicios relacionados con el agua, y aún los convenios internacionales de las cuencas transfronterizas entre países del entorno).

_ De otro lado, los conflictos de competencia del derecho interno son también de son de orden variables por se tratar de la gestión de los usos, de ordenación de funciones administrativas entre las autoridades de cuencas (Confederaciones de Cuencas o Comités de Cuencas, de conformidad con cada sistema) de los Estados (o de Comunidades autónomas), en conflicto con los intereses de municipios y de representantes de las organizaciones civiles, en temas relacionados a trasvases, incumplimientos de garantías de consulta a los destinatarios, la organización interna de los servicios relacionados con el agua, asignación de recursos financieros, entre otros relacionados a presupuestos y recuperación de costes, etc.

En lo que refiere a ‘planificación hidrológica’, nos utilizamos del concepto de la doctrina española: *«conjunto de previsiones sobre oferta y demanda del recurso, normas de acuíferos, régimen económico-financiero de la utilización del agua, y por supuesto, relación de obras hidráulicas a desarrollar (...)*».¹¹⁹³ De esa forma utilizamos un concepto intermedio entre los dos sistemas, vez que en Brasil se utiliza específicamente, el enmarque de ‘planes hidrográficos’ o plan de recursos hídricos’.

Sin embargo, en Brasil la nomenclatura adoptada en la ley de gestión de los recursos hídricos trata de los «planes de los recursos hídricos»: _ «un conjunto de planes

¹¹⁹³ Cfr. el capítulo *La planificación hidrológica* de Embid Irujo. En: AA.VV. *El derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de derecho comparado. Op. cit.* Pág.116.

directores con el fin de fundamentar y orientar la implementación de la política nacional de los recursos hídricos y la gestión de estos.» (Artículo 6º de la ley)¹¹⁹⁴

Los conflictos competenciales en el Derecho europeo empiezan desde la transposición de las Directivas a los Estados-miembros, en que el tema de la gestión de agua, demanda conflictos por falta de adecuación de textos derivados de la transposición con el derecho nacional tradicional¹¹⁹⁵. A respecto, será analizada una interpretación de la jurisprudencia europea en el próximo capítulo.

De otra parte, en Brasil, los conflictos competenciales entre los niveles estatales (Unión, Estados-miembros, Distrito Federal y Municipios) son relacionados con la regulación de estos tres niveles inferiores sobrepasando los límites de su competencia y afectando la regulación general de la Unión en la materia de política nacional de los recursos hídricos. Los Estados-miembros y los municipios legislando en materia del agua imponen cambios en los ámbitos territoriales de su competencia, que no raro, contiene normas “derogando” preceptos de normas generales.

À propósito se menciona una Acción directa de inconstitucionalidad (ADI) nº 5016/13 demandada por la Fiscalía General ante el Supremo Tribunal Federal, aún pendiente de juzgamiento por el Tribunal, el caso se refiere a defensa de los intereses de la Unión contra el Estado de Bahía que editó la ley estadual nº 11.612/09, y posteriormente hizo alteraciones aprobando la nº 12.377/11, de 28 de diciembre, de modo que dichas leyes están en afrenta al principio democrático, introduciendo cambios en la regulación estadual de gestión de los recursos hídricos, incluso se argumentó que la ley estadual impuso ‘el retroceso social de la participación de organismos civiles’ en la toma de decisiones ante lo Comité Estadual de Recursos Hídricos, infringiendo, así, las garantías constitucionales del principio de la participación y de la consulta.

¹¹⁹⁴ Véase el texto original en la Ley 9433/97: « Sección I _ Dos Planos ee Recursos Hídricos. Art. 6º. Os Planos de Recursos Hídricos são planos diretores que visam a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos.» *Op.cit.*

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 116.

Además, específicamente la segunda ley retira la exigencia de otorga para usos del agua en la perforación de pozos por potenciales usuarios, sin cualquier control del Estado, lo que implicaría en serio riesgo de los usos de las aguas subterráneas, comprometiendo por agotamiento y contaminación, de gran impacto ambiental¹¹⁹⁶ en las regiones hidrográficas del Estado demandado.

1.1.3. Problemas relacionados con el régimen económico-financiero.

La valoración económica del agua presenta relevantes cuestiones relacionadas con el régimen económico-financiero en los ordenamientos de los países de la Unión Europea ante las reglas del mercado común del derecho europeo y de la regulación medio ambiental, estas de modo singular, con interés al análisis económico de uso del agua (Artículo 5, apartado 1 de la Directiva marco del agua).

Estos problemas de recaudación por los costes de los usos múltiples de los recursos hídricos, el cobro por el consumo del agua a los destinatarios individualizados, etc., son temas que también afectan el derecho brasileño de gestión de agua, pues, lógicamente, se trata de cuestiones de equilibrio económico-financiero de cada país o región económica.

Haciendo un comparativo entre las normas del Derecho europeo (Artículo 5, apartado I, tercera frase, el Artículo 9 y el Anexo III¹¹⁹⁷ que atiende al artículo 5, de la

¹¹⁹⁶ Por «impacto ambiental» se debe considerar «cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que, directa o indirectamente, afecten: la salud, la seguridad y el bienestar de la población; las actividades sociales y económicas; la 'biota'; las condiciones estéticas y de sanidad del medio ambiente; la calidad de los recursos ambientales.» Concepto de traducción personal del texto original en portugués en: BRASIL. Ministerio do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. *Glossario de termos referentes à gestão de recursos hídricos no Brasil fronteiriços e transfronteiriços*. *Op.cit.* Pág. 14.

¹¹⁹⁷ Cfr. en el Anexo III de la DMA: « Anexo III - DMA:

«El análisis económico contendrá la suficiente información lo suficientemente detallada (teniendo en cuenta los costes asociados con la obtención de los datos pertinentes) para: a) efectuar los cálculos pertinentes necesarios para tener en cuenta, de conformidad con el artículo 9, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, tomando en consideración los pronósticos a largo plazo de la oferta y la demanda de agua en la demarcación hidrográfica y, en caso necesario: _ las previsiones del volumen, los precios y los costes asociados con los servicios relacionados con el agua, y _ las previsiones de la inversión correspondiente, incluidos los pronósticos relativos a dichas inversiones;

Directiva Marco del Agua) con las normas del Derecho brasileño (Sección IV, Artículos 19 a 22, de la Ley 9433/97, de 08 de enero¹¹⁹⁸) que tratan, respectivamente, del análisis económico de agua y del cobro por el uso de los recursos hídricos, observamos reglas y principios que se aproximan de objetivos comunes entre estos dos sistemas, a se destacar:

_ Tener en cuenta, el *principio de recuperación de los costes* de los servicios relacionados con el agua, se debe efectuar los cálculos pertinentes necesarios. Se distinguiendo entre los costes por el uso de la masa de agua de un río o cuenca (costes de los cánones), distinto del pago de tarifas por los usuarios, beneficiarios del suministro de agua y saneamiento básico.

_ Estudiar la combinación más rentable de medidas que, sobre el uso del agua, deben incluirse en el «programa de medidas», basándose en las previsiones de los costes potenciales de dichas medidas.

_ Que los valores recaudados con los costes por el uso de los recursos hídricos sean aplicados con prioridad en la cuenca hidrográfica teniendo en consideración los costes en que fueron generados y utilizados en la dicha inversión;

b) estudiar la combinación más rentable de medidas que, sobre el uso del agua, deben incluirse en el programa de medidas de conformidad con el artículo 11, basándose en las previsiones de los costes potenciales de dichas medidas». DIRECTIVA 2000/60/CE de 23 de octubre. Parlamento Europeo y del Consejo. EUROPA. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 22.12.2000. Pág. L-327/31.

Disponible en URL: <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000L0060:20090625:ES:PDF>> [Consulta: 31 de marzo de 2010].Pág. L-327/31.

¹¹⁹⁸ Cfr. el texto original de la Ley 9433/97: «Sección IV. Da cobrança de uso dos recursos hídricos. « Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - incentivar a racionalização do uso da água; III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos. Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei. Parágrafo único. (VETADO) Art. 21. Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros: I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação; II - nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente. Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados: I - no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos; II - no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. § 1º A aplicação nas despesas previstas no inciso II deste artigo é limitada a sete e meio por cento do total arrecadado. § 2º Os valores previstos no caput deste artigo poderão ser aplicados a fundo perdido em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água. ».

_ Financiación en investigaciones científicas, programas, proyectos y obras incluidos en las demarcaciones hidrográficas (en el caso de la UE) o en los planes de los recursos hídricos (BR).

1.1.4. Contradicciones entre los sistemas de Unión Europea y Brasil.

Por fin, aún tenemos que considerar que los dos arquetipos jurídicos presentan, asimismo, elementos incompatibles, por tradiciones del derecho de cada sistema, por situaciones de la geopolítica y económica del entorno de cada uno, tales cómo se pueden mencionar:

De un lado, en el modelo comunitario europeo se concentran:

_ Las características específicas del territorio de la Unión Europea (UE) que cubre un área geográfica muy vasta y diversa de gran diversidad biológica¹¹⁹⁹ (alberga numerosos tipos de ecosistemas y especies exclusivos) distribuidos en zonas distintas que trascienden las fronteras nacionales de los Estados-miembros. Éstos, aunque, detiene la soberanía para explotar sus propios recursos, así como la responsabilidad de garantizar que las actividades que tienen lugar bajo su jurisdicción o control no dañen el medio ambiente de otros Estados, sin embargo, las cuestiones relacionadas con la protección de la biodiversidad son transversales.¹²⁰⁰ De otra banda, la UE presenta gran diversidad cultural, concentrada en un espacio más reducido¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ Comprende la «*diversidad biológica*»: la «variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte; incluye la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas» (artículo 2 del CDB). En: COMISIÓN EUROPEA. Convenio sobre la diversidad biológica Aplicación en la Unión Europea. Actualización 2008. Disponible en <en línea> <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/biodiversity/cbd_es.pdf> [Consultado en 05 de octubre de 2014].

¹²⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Convenio sobre la diversidad biológica Aplicación en la Unión Europea*. Actualización 2008. *Op.cit.*

¹²⁰¹ Cfr. El documento «Extracto de las conclusiones elaboradas por la Presidencia alemana acerca de la reunión informal de Ministros responsables de la reunión de Ministros relativo a la ordenación del territorio de la Unión Europea celebrada en Potsdam los días 10 y 11 de mayo de 1999». COMISIÓN EUROPEA. *ETE: Estrategia Territorial Europea Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE*. Postdam, 1999. Pág. 07. <en línea> <

_ Grandes avances de las políticas de desarrollo de protección y recuperación de los recursos hídricos, de largo plazo, que no obstante dificultades de la gestión propias de cada Estado-miembro o territorialmente considerados, presentan un conjunto de informaciones estratégicamente más profundizadas y de medidas llevadas a cabo al conocimiento de los problemas de los recursos hídricos y de proyectos en aplicación de las mejoras; para ilustrar se menciona el informe sobre la calidad de las aguas propias para el baño (aguas costeras e interiores), con datos del Sistema de Información sobre el Agua para Europa¹²⁰² (WISE).

_ El sistema de gestión del agua europeo presenta estructuras tecnológicas o de infraestructuras de obras en mejores condiciones de desarrollo, con mayores inversiones en tratamiento de aguas residuales, más experiencia en planificación de obras de trasvases, tecnologías en reaprovechamientos hidráulicos etc., debido al desarrollo tradicional de algunos Estados europeos y de fuertes inversiones económicas en esas áreas;

_ De otro lado, el modelo vigente en Brasil que presenta compleja densidad y diversidad de recursos naturales, con características únicas:

_ En el plan geofísico, se centra las condiciones territoriales, en proporciones continentales en una concentración de recursos hídricos entre las más grandes reservas del planeta_ (cerca de 12% del agua dulce y con gran capacidad de producción de energía hidráulica)¹²⁰³. Sin embargo, el país presente abundante demanda hídrica que puede garantizar el abastecimiento de generaciones futuras, no está exenta de problemas de escasez, distribución desigual de los recursos y comprometimiento de aguas superficiales y subterráneas en algunas regiones.

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf [Consultado en 5 Octubre 2014].

¹²⁰² Disponible en European Environment Agency. *European bathing water quality in 2013*,. <en línea> <<http://www.eea.europa.eu/publications/european-bathing-water-quality-in-2013>> [Consultado en 5 Octubre 2014].

¹²⁰³ Dado obtido na Agencia Nacional de Agua (ANA) <en línea> <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12365> [Consultado en 13 de abril de 2013].

_ Las extensas áreas de unidades de conservación de recursos naturales para ser manejadas, depende de gran inversión de recursos y de políticas estratégicas de protección, siendo relativamente reciente la unificación del Sistema Nacional de Unidades de Conservación de la Naturaleza (adelante SNCN) en lo que se incluyen los recursos del agua¹²⁰⁴, cuya ordenación en ámbito infraconstitucional es del año 2000.

_ Los recursos de aguas superficiales, subterráneas y de los acuíferos, presentan grandes disparidades de distribución, por ej., la región norte (amazónica) concentra 80 por ciento de la capacidad hídrica, comparado a otras regiones del nordeste semiárido o de agotamiento hídrico en la región del sudeste, más populosa; y de otro lado, la desigualdad en la implementación de la política de los recursos hídricos intrarregionales es un factor de preocupación, porque tiene sido una gran traba a los resultados de implementación del sistema nacional de información sobre la calidad de las aguas y disponibilidades del recurso desde el año 2000.

Por fin, para se llevar a buen término los objetivos de este estudio comparativo hay que contemplar el ‘principio del equilibrio de la gestión’ a nivel territorial europeo y brasileño.

Es relevante destacar que, la ‘gestión del agua’ en los dos sistemas está direccionada a gran segmento de población, en amplios territorios, cuya escala de biodiversidad y de recursos naturales, aunque, sean distintas, conllevan preocupaciones comunes, e incluso dificultades y problemas que se asemejan en algunos aspectos, y se puede valorar la interfaz entre ellos.

Hecho esta aproximación, se pasará al análisis de las peculiaridades de la función de subsidiariedad aplicado a política de recursos hídricos en cada sistema individualizado.

¹²⁰⁴ Véase la Constitución de 1988 confiere especial protección de los recursos naturales de manera regionalizada destacando en el art. 225, párrafo 4º: « § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.». Cfr. la Ley nº 9.985, de 18 de julho de 2000 que regulamentó el art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Op.cit.*

Sección II

El principio de subsidiariedad en la gestión sostenible del agua en la Unión Europea.

En la comunidad europea la preocupación más exigente con la protección del medio ambiente se refleja desde los años setenta del siglo pasado, y solo para mencionar la primera Directiva sobre conservación de la diversidad biológica, fue editada en 1979 por el órgano legislativo europeo, y estaba destinada a protección de aves¹²⁰⁵. Sin embargo, anteriormente, fue aprobada en 1968 la Carta europea del agua, en doce artículos, donde ya se mencionaba un rasgo de la gestión del agua de conformidad con la unidad de cuenca, en el artículo 11: «La administración del agua debe fundamentarse en las cuencas naturales más que en las fronteras políticas y administrativas.»¹²⁰⁶.

Después, otras iniciativas sobre la utilización sostenible de los recursos biológicos fueron editadas hacia el ‘Convenio sobre la diversidad biológica’ en 1993, en que tomó parte la Comunidad europea.¹²⁰⁷

En ese paso, el tema del agua hace parte de los *hábitats* y recursos naturales de la protección medio ambiental¹²⁰⁸, y se evolucionó en regulaciones más específicas: Directiva de "aguas residuales urbanas" (1991), Directiva de "nitratos" (1991), Directiva de *Hábitats* (1992), Directiva del "agua potable" (1998) y otras, hasta que en el año de 2000, en ámbito del Derecho Europeo fue editada la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE (adelante DMA 2000/60), de 23 de octubre, un intento de consolidar la

¹²⁰⁵ Véase la Directiva DIRECTIVA 79/409/CEE de 2 de abril de 1979, del Consejo relativa a la conservación de las aves silvestres. Publicado: DO L 103 de 25.4.1979, p. 1. Disponible en URL: <en línea>

<
http://rednatura.jcyl.es/natura2000/Normativa%20y%20documentos%20de%20interpretaci%C3%B3n/Directiva_%2079_409_CEE.pdf> [Consulta en 10 de enero de 2010].

¹²⁰⁶ Cfr. Carta Europea del Agua de 06 de mayo de 1968. Strasbourg: 1968. Disponible en: <en línea> <
http://tragua.com/wp-content/uploads/2012/04/Carta_Europea_del_Agua.pdf> [Consultado en 21.10.2012].

¹²⁰⁷ Cfr. COMISIÓN EUROPEA. *Convenio sobre la diversidad biológica Aplicación en la Unión Europea*. Actualización 2008. *Op.cit.* pág. 06.

¹²⁰⁸ Véase la Directiva DIRECTIVA 92/43/CEE de 21 de mayo de 1992, del Consejo relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Publicado: DO L 206 de 22.7.1992. p. 7. Disponible en URL: <en línea>
<http://rednatura.jcyl.es/natura2000/Normativa%20y%20documentos%20de%20interpretaci%C3%B3n/Directiva_92_43_CEE.PDF>

materia en aras de la gestión sostenible y de protección del agua en la Unión Europea, documento unificado, el que nos interesa al análisis de este apartado, por ser más direccionado al objeto de la investigación, en el cual fue consagrado el principio de subsidiariedad.

1. La Directiva marco del agua orientado a un modelo subsidiario de gestión de agua.

Importante señalar que la Directiva Marco del Agua es una regulación que reúne un amplio catálogo de directrices, objetivos, principios con el fin de unificar la política comunitaria del bien jurídico “agua”, antes dispersas en varias otras directivas sectoriales, en el que declaró la Directiva marco que el ‘agua’ no se trata de un bien comercial cualquier, sino que es un patrimonio sujeto a la protección, defensa del Estado y de todos, que debe ser cuidado.

Por ello, cambió la noción del recurso ‘agua’ el cual recibe una valoración especial de *patrimonio* que debe ser protegido¹²⁰⁹. Por supuesto sí que mantiene la valoración económica, pero cómo un “bien económico” distinto de los demás, porque no es un mero producto de mercancía.

Asimismo, en la Directiva marco quedó afirmada la relevancia del servicio de abastecimiento del agua cómo un *servicio de interés general* en el Considerando (15).¹²¹⁰

El segundo aspecto a observar son los dos objetivos generales de la Directiva referidos en el Considerando (11): _ i) la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; y ii) la utilización prudente y racional de los recursos naturales.

¹²⁰⁹ Véase el Considerando (1): “El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal”. DIRECTIVA 2000/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2000. En Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 327/1 de 22.12.2000. <en línea> < <https://www.boe.es/doue/2000/327/L00001-00073.pdf>> [Consultado en 22 10 2012].

¹²¹⁰ Véase el Considerando (15): “El abastecimiento de agua es un servicio de interés general, tal como se define en la Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa”. En DIRECTIVA 2000/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2000. En Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 327/1 de 22.12.2000.

Estos objetivos llevan en consideración tres preocupaciones con los sistemas hídricos (masas de aguas, humedales etc.), consonante se despliega en los Considerandos (22) e (23) que son:

- _ i) proteger, mejorar y desarrollar los ecosistemas acuáticos;
- _ ii) promover la gestión durable de los recursos del agua y
- _ iii) responder a las dificultades afrontadas por los sistemas nacionales respecto a eventos de sequías o inundaciones.¹²¹¹

Igualmente, la DMA 2000/60 tienen en el “punto de mira” los objetivos específicos que se refiere a los Considerandos (24), (32), (33), (34), (39), (40), (42), (43) y (44) así resumidos:

- _ garantizar la calidad de l’eau en conformidad con los parámetros o valores límites basados en criterios científicos químicos y biológicos para el abastecimiento del agua potable a toda población y a todos los usos;
- _ garantizar la cantidad para el atendimento de las necesidades humanas y económicas; y, por último,
- _ velar por la protección, mejora y regeneración de las aguas subterráneas de contaminaciones difusas y accidentales, a través de *planes nacionales de acción* a ser implementados en quince años, con el fin de garantizar el equilibrio entre extracción y alimentación de dichas aguas con el objeto de alcanzar un buen estado de dichas masas de aguas¹²¹².

En este último, se asienta la función de coordinación de los Estados-miembros en organizar en los ámbitos competenciales del derecho interno las demarcaciones hidrográficas, los cuales son los encargados y responsables de poner en marcha las medidas previstas en la Directiva marco, elaborando programas que se ajusten a las condiciones regionales y locales (Considerando 13).

Sin embargo, la transposición de estos objetivos no se hace libre de conflictos competenciales, en tanto en ámbito interno del derecho constitucional de cada Estado-

¹²¹¹ *La directive-cadre sur l’eau et les autres domaines couverts par le droit communautaire de l’eau. (Annexe 4).* En: AAVV. RAPPORT PUBLIC 2010. *L’Eau et son droit.* Paris: Conseil d’État. Ed. La documentation française. 2010. P. 272.

¹²¹² Véase también los objetivos mediambientales previstos en el artículo 4 y apartados en la DMA 2000/60. *Ibidem*, P. 272.

miembro (cómo lo comentaremos sobre el Estado español en el apartado 4), cuanto, de la interpretación ante los preceptos que defiende la Comisión europea en relación a los límites de la ley nacional (en este caso se comentará sobre el conflicto competencial entre Unión y la Republica de Alemania, apartado 3.2.2.)

Originalmente los objetivos de la Directiva 2000/60/CE son asentados en los principio generales del medio ambiente (principio de recuperación de los costos de los servicios, principio de quien contamina-paga, principio de prevención etc.) y de modo especial en el *principio de subsidiariedad* previsto en los “Considerandos (13), (14) y (18)” que pone de manifiesto lograr una mayor protección y uso sostenible del agua en ámbito europeo, en el marco de la actuación general y orientada por principios comunes con vistas a armonizar la legislación interna de los Estados integrados, y fomentar la participación ciudadana en aproximar las decisiones a las instancias locales. Recordase adelante el texto del documento, referido en los considerandos adelante:

(13) “Existen condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas. Esta diversidad debe tenerse en cuenta en la planificación y ejecución de las medidas destinadas a garantizar *la protección y el uso sostenible del agua en el marco de la cuenca hidrográfica. Las decisiones deben tomarse al nivel más próximo posible a los lugares donde el agua es usada o se halla degradada.* Ha de darse prioridad a las medidas que son responsabilidad de los Estados miembros, elaborando programas de medidas que se ajusten a las condiciones regionales y locales”.

(14) “El éxito de la presente Directiva depende de una colaboración estrecha y una actuación coherente de la Comunidad, los Estados miembros y las autoridades locales, así como de la información, las consultas y la participación del público, incluidos los usuarios.”

(18) “La política comunitaria de aguas precisa un marco legislativo coherente, efectivo y transparente. La Comunidad debe proporcionar principios comunes y un marco general de actuación. La presente Directiva establecerá dicho marco y garantizará la coordinación, la integración y, a más largo plazo, la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso

sostenible del agua en la Comunidad de conformidad con el *principio de subsidiariedad*¹²¹³. [Destacamos en cursiva partes de los textos].

Otro importante aspecto a considerar es que la DMA 2000/60 establece, en nuestro punto de vista, un enlace más ‘centralizador’ con vistas al desarrollo de una acción integrada para la política del agua en nombre del interés general de la protección medio ambiental, y que pone de relieve los compromisos asumidos en los tratados internacionales.

Aunque, la Unión Europea sea un organismo de cooperación que exporta al escenario internacional estándares de regulación, de otra parte, también recibe las ‘tendencias reguladoras’ hacia las soluciones de problemas globales y sectoriales, aunque no coincidiendo con las regulaciones del derecho local o territorial susceptible de adecuación. Sobre tales cuestiones de divergencias, que son de una parte objeto de interés de la Ciencia Política no las analizaremos aquí, son situaciones que pueden generar tensiones entre los intereses estatales y la Unión.

De otro modo, también se observa que la Directiva mantiene el respeto a los ordenamientos nacionales en organizar y planificar sus propias políticas hídricas de gestión integrada en el marco de la cuenca hidrográfica, lo que se establece un estándar de actuación subsidiaria, en conformidad con los límites establecidos en la Directiva. Mencionamos à propósito la regla del artículo 3 apartado 2: *«adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio»*.

Además, de otras normas en seguir determinando cual los métodos a utilizar, las prácticas a ser adoptadas, los costos a emplear, las decisiones con participación de la sociedad todo siempre en de acuerdo con el contemplado en la Directiva, en conformidad con los principios generales y objetivos previstos.

¹²¹³ DIRECTIVA 2000/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2000. Ibidem.

Sin embargo, otro rasgo importante a subrayar es que el principio de subsidiariedad previsto en esta Directiva lleva en cuenta los dos pilares (sectores clásicos), en que se desarrolla la aplicación de la actuación subsidiaria: la perspectiva del *medio ambiente* y de los fines *económicos*¹²¹⁴, que ya nos referimos en el apartado anterior. Pasemos, entonces, a unas consideraciones más específicas relativo al principio de subsidiariedad en la DMA 2000/60.

2. Algunas consideraciones respecto *integración* y principio de subsidiariedad en la DMA 2000/60.

Será necesario examinar en qué consiste la ‘integración de aguas’ en la DMA 2000/60 o en qué términos se delimita al que llamó de *política comunitaria integrada de aguas*.

Parece claro que el objetivo de integrar el tema del agua en una directriz mayor comunitaria fue el de situar todo el conjunto de problemas, necesidades diversas, disponibilidades y condiciones que requieren soluciones específicas propias de cada entorno nacional y territorial, pero, sin descuidar del contexto comunitario en que están reunidos tales recursos naturales. Entre otros se citan, por ej., las disposiciones preliminares constantes de los Considerandos (26), (29), (30) y (36):

- (26) “Los Estados miembros deben tratar de lograr el objetivo mínimo del buen estado de las aguas mediante la definición y aplicación de las medidas necesarias dentro de los *programas integrados de medidas, teniendo en cuenta los requisitos comunitarios existentes*. Debe mantenerse el buen estado de las aguas allí donde ya exista. [...]”
- (29) “Al tratar de lograr los objetivos enunciados en la presente Directiva y al establecer el programa de medidas con ese fin, *los Estados miembros podrán aplicarlo por etapas para escalar los costes de dicha aplicación*”.

¹²¹⁴ En el régimen actual de contratación pública en el ámbito europeo, la Directiva especial 2004/17/CE, regula la contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Estos sectores tienen en común los siguientes aspectos: son sectores que funcionan en red, es decir, implican la utilización de una red física o «virtual» (por ejemplo, tuberías, redes de electricidad, infraestructuras postales, líneas de ferrocarril, etc.), o explotan una zona geográfica, normalmente en exclusiva, para proporcionar terminales de transporte o realizar actividades de prospección y, en su caso, extracción de minerales (petróleo, gas, carbón, etc.).

- (30) “Para garantizar una *aplicación plena y coherente de la presente Directiva, toda prórroga de los plazos deberá efectuarse con arreglo a criterios adecuados, evidentes y transparentes, debiendo justificar los Estados miembros dicha prórroga en sus planes hidrológicos de cuenca*”.
- (36) “Es necesario realizar análisis de las características de una determinada cuenca fluvial y de las repercusiones de la actividad humana, así como un análisis económico del uso del agua. *La evolución del estado de las aguas ha de ser objeto de un control sistemático y comparable por parte de los Estados miembros en toda la Comunidad.* Esta información es necesaria a fin de *establecer una sólida base para que los Estados miembros elaboren programas de medidas encaminados a lograr los objetivos establecidos en la presente Directiva*”. [Los destacamos en cursiva]

Por ello, la Comisión Europea justificó en su Informe¹²¹⁵ que entre los motivos por los cuales se aprobó el texto de la DMA 2000/60, sería la necesidad de integrar la legislación de los Estados-miembros en materia del agua, en aras de sistematizar un reto para cada eje de problemas ambientales relativo a los recursos hídricos y hacia donde convergen diversas materias¹²¹⁶, a saber:

- i) integración en los aspectos cuantitativos y cualitativos de las aguas;
- ii) integración de masas de aguas superficiales, subterráneas, marinas;
- iii) integración de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos;
- iv) integración en que se incluya la demarcación hidrográfica internacional¹²¹⁷;

¹²¹⁵ Véase el documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. COM (2007) 128 (final) de 22.03.2007. *Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea*. Bruxelles: 2007. <en línea> < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0128>>. [Consultado en 5 Octubre 2014].

¹²¹⁶ Algunos de estos puntos son referidos por TIRADO ROBLES, Carmen. *La Política del Agua en el marco comunitario y su integración en España*. (Colección Divulgación Jurídica). Madrid: Aranzandi, 2004. Pág. 56.

¹²¹⁷ Véase en ese sentido el Artículo 5 apartado 1 de la DMA 2000/60: “Cada Estado miembro velará por que se efectúe en cada demarcación hidrográfica o en la parte de una *demarcación hidrográfica internacional* situada en su territorio: _ un análisis de las características de la demarcación; _ un estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y de las aguas

v) integración en el control de la contaminación en las aguas;

En otro aspecto, se debe señalar que la «integración» de la política comunitaria de agua, además de la efectividad a través de la aplicación de los principios comunes dispuestos en la DMA 2000/60, se pone en estricta observancia con el principio de subsidiariedad, lo que también, se centra en las «disposiciones administrativas» respecto a acción de coordinación por parte de la Unión.

Por eso, el modelo subsidiario de gestión del agua se ajusta a los siguientes principios comunes que orientan la política del agua en la DMA 2000/60, en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son destacados: i) principio del plan hidrológico de cuenca, ii) de fijación de objetivos por masa de agua, iii) de planificación y programación, iv) de análisis económico de las modalidades de tarificación del agua, v) de consideración de los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación de los costes, y vi) de las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones de que se trate.¹²¹⁸

Por otro lado, sobre la función de «coordinación» que se halla especificada con detalle en el artículo 3 y apartados respectivos de la DMA 2000/60, en que se atribuye a los Estados-miembros la efectiva iniciativa de ‘implementar el reglamento general y los programas y medidas’ previstos en la Directiva, estos serán realizados de acuerdo con un conjunto de *funciones*, en el interés de hacer cumplir los objetivos de la protección medioambiental a través de la gestión integrada de las cuencas hidrográficas y alcanzado otras fuentes de recursos hídricos.

subterráneas, y _ un análisis económico del uso del agua (...).” [Destacamos en cursiva]. En: DIRECTIVA 2000/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2000.

¹²¹⁸ Cfr. Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 22 de mayo de 2014. Asunto C-525/12. Comisión Europea contra República Federal de Alemania, relativo a STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). Comisión Europea contra República Federal de Alemania y partes coadyuvantes Reino de Dinamarca, Hungría, República de Austria, República de Finlandia, Reino de Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152659&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=principio%2Bde%2Bsubsidiariedad%2By%2Bdirectiva%2Bmarco%2Bdel%2Bagua&doclang=ES&cid=470405#ctx>> [Consultada en 09 de febrero de 2015]

Ahora bien, veamos cuáles las «funciones» asignadas a los Estados-miembros, previstas en el mencionado artículo 3 de la DMA, podría servir de para aclarar la cuestión que planteamos a comienzo de esta investigación: _ ¿Cuáles son los límites y aproximaciones que el principio de subsidiariedad o función subsidiaria presentan ante el modelo actual de gestión integrado de los recursos hídricos? (pág. 38)

i) Los Estados miembros especificarán las cuencas hidrográficas situadas en su territorio nacional y, las incluirán en *demarcaciones hidrográficas*¹²¹⁹, cuidando para que las cuencas más pequeñas sean agrupadas a otras circunvecinas o agregadas a las mayores. Asimismo, en relación a las ‘aguas costeras’ deben proceder con las debidas especificaciones y las incluirán en la demarcación o demarcaciones hidrográficas más próximas o más apropiadas.

ii) Adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas a la designación de una autoridad competente respecto a la aplicación de las normas de la Directiva en cada demarcación hidrográfica, situada en su territorio, que puede ser los Comités de trabajo o Comisiones encargadas en proceder con las adaptaciones.

iii) Será de entera responsabilidad de los Estados miembros velaren para que cualquier cuenca hidrográfica que abarque el territorio de más de un Estado miembro se incluya en una demarcación hidrográfica internacional. En este dispositivo, hay una aplicación explícita al principio de subsidiariedad al prever que la Comisión Europea podrá, vía una solicitud de cualquier de los Estados miembros interesados, intervenir para facilitar su inclusión en dichas demarcaciones hidrográficas internacionales.

Igualmente, cada uno de los Estados miembros adoptará las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada

¹²¹⁹ La definición de la DMA 2000/60 en el Art. 2º (15) se comprende por «demarcación hidrográfica»: “la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas;” En: DIRECTIVA 2000/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2000.

a los efectos de las normas de la DMA 2000/60 relativas a la parte de cualquier *demarcación hidrográfica internacional* situada en su territorio.

iv) Además, los Estados miembros velarán para atender a todos los requisitos de la Directiva a fin de que se cumplan los objetivos medioambientales del artículo 4, y deberán actuar para que todos los programas de medidas previstos en la DMA 2000/60 se coordinen en el concreto trabajo de demarcación hidrográfica en su conjunto.

Por ello, también las demarcaciones hidrográficas internacionales son de interés los Estados miembros donde estén situadas, los cuales efectuarán dicha coordinación de forma conjunta y podrán, utilizar las estructuras existentes derivadas de acuerdos internacionales para llegar a buen término la protección medio ambiental con la explotación económica. Igualmente, aquí se aplicará el principio de subsidiariedad expresamente, a través de petición de los Estados miembros interesados, para que la Comisión europea pueda intervenir en ámbito internacional con el fin de facilitar el establecimiento de los programas de medidas que se pretende desarrollar previstos en la DMA 2000/60 2000/60.

v) En relación a una demarcación hidrográfica que se extienda más allá del territorio de la Comunidad, el Estado miembro o los Estados miembros interesados se esforzarán por establecer una coordinación adecuada con los Estados no miembros concernidos, con el fin de lograr los objetivos de la Directiva en toda la demarcación hidrográfica.

vi) Los Estados miembros podrán designar un organismo nacional o internacional preexistente como autoridad competente a armonizar su reglamento a los efectos de la Directiva, inclusive con observancia de los plazos previsto en el artículo 24 para las providencias de indicación de la lista de autoridades competentes del ámbito interno e internacional, informaciones estas que deben ser facilitadas à Comisión Europea.

De otro modo, se concluye que los límites impuestos en la DMA 2000/60 asienta el ‘carácter subsidiario de acción de la Unión Europea’ de intervenir *cuando las competencias en que son encargadas a los Estados-miembros éstos no las puede cumplir tan eficazmente*. Y, en este punto, subrayase que los sistemas Europeos y de Brasil no se

asemejan en cuanto la aplicación del modelo subsidiario del agua, porqué, en el caso de la DMA 2000/60/CE se observa que no son atribuidas las competencias *exclusivas* de la UE o de los Estados nacionales, sino que *son competencias compartidas*¹²²⁰ en que la ‘obligación de hacer’, de planificar la demarcación, de ejecución de los servicios relacionados con el agua, de exigir la recuperación de los costes y de responsabilizar por efectos de contaminación a quien promueve la degradación del medio acuático, en primer lugar compete a los Estados-miembros y los entes locales, y solo en segundo plano la Unión va intervenir. Este es un aspecto, se puede evaluar un criterio de divergencia entre los dos sistemas.

No obstante, hay un segundo aspecto que consideramos que se puede poner una similitud entre los dos sistemas de la UE y de Brasil, que será primer relativo a iniciativa de la actividad reguladora y mantener la organización de las informaciones de la gestión del agua: la Unión a través de los órganos especiales (Comisión Europea y Parlamento Europeo) detiene la competencia general de la regulación de convergencia (derecho europeo) direccionados a los derechos de los Estados-miembros, y a estos últimos, a título de competencias nacionales, tienen que adoptar en los respectivos ordenamientos territoriales del derecho nacional, de modo a hacer cumplir los objetivos de la integración y cooperación, en el conjunto de las normas generales expedidas por la Unión.

Este criterio de regulación y organización del modelo subsidiario se aproxima en variados puntos del sistema jurídico de Brasil, en que la Unión Federal tiene la competencia general para ‘instituir el sistema de la política de los recursos hídricos’, en ámbito nacional (Ley 9433/97, de 08 de enero) organizar y fijar las directrices, delimitar los instrumentos de la gestión y establecer medidas a ser observadas en la planificación geográfica, además de otros criterios de otorga de derecho a los usos de los recursos, recaudación por los usos de los recursos hídricos, control de registro de informaciones entre otros.

¹²²⁰ Cfr. TIRADO ROBLES, Carmen. *La Política del Agua en el marco comunitario Op.cit.* Págs. 99-101.

Por último, vale señalar que la Directiva Marco del Agua constituye un rasgo de la acción de la comunidad europea para los primeros quince años del siglo XXI, con enfoque en un esfuerzo de protección más exigente de los medios acuáticos del entorno territorial de la Unión Europea, centrado en la calidad de las aguas, imponiendo a los países integrados las obligaciones de obtener buenos resultados, en aras, de sumar los objetivos de la conservación de los recursos hídricos con el desarrollo sostenible, bajo criterios biológicos de preservación de los recursos y ecosistemas del agua, y con la satisfacción de atendimento de los diferentes usuarios del sistema de abastecimiento para agua potable y alimentación, actividades económicas y del ocio.

En ese matiz, la Directiva marco del agua establece cómo referencial hacia concretar los objetivos del «bueno estado de las aguas» en el continente europeo, la noción de ‘masas de agua’, que se debe orientar según las características naturales de las aguas de cada región.

En los aspectos económicos, la DMA prevé un matiz económico orientado por el principio de “quien contamina paga” y de “la recuperación de los costes” (Artículo 9), con el objetivo de evaluar las condiciones de utilización económica de los recursos hídricos bajo la participación amplia de los usuarios, con el fin de mejorar las condiciones del abastecimiento, la recuperación del grado de contaminación de las aguas, mirando la distribución de los recursos y teniendo en cuenta la mayor eficacia en inversiones para satisfacer tales objetivos.

Por fin, respecto al análisis del principio de subsidiariedad, comparando las disposiciones de la DMA 2000/60/CE y su transposición al derecho nacional, se va a destacar ahora un caso en concreto de la jurisprudencia europea, que se analizará en el apartado siguiente, con el fin de puntualizar respecto a un conflicto en que la cuestión de subsidiariedad fue llevada a interpretación del Tribunal de Justicia Europeo (adelante TJUE).

Consideramos que, a partir de la comparación con un caso en concreto, se puede responder los otros dos interrogantes que planteamos en el inicio de la investigación que se refiere en verificar: ¿Qué aplicación tiene el *principio de la subsidiariedad*, en la actualidad en el derecho de agua? Y, en sentido más singular, _

¿qué cambios se pone de relieve sobre el tema de la subsidiariedad en el derecho de agua (?). (Pág. 21)

Con efecto, se señala que estas dos cuestiones no se agotan en un hecho solo, pues las aplicaciones de la subsidiariedad en forma de principio o de función tiene un complejo de implicaciones, algunas ya están evidenciadas en las análisis que reflexionamos anteriormente, porque la subsidiariedad se pone en la práctica cómo un ‘delimitador de competencia’ y asimismo de garantizar que ciertas providencias, decisiones y medidas en términos de gestión del agua, sean adoptadas con la amplia participación y consulta de la sociedad.

De igual modo, los cambios que introduce el principio de subsidiariedad en la política del agua de Unión Europea son de significativa intervención de los derechos nacionales y de manera evidenciada ejerce un control de las acciones emprendidas en los ámbitos territoriales de la Comunidad. A nuestro modo, de observar, este modelo subsidiario de gestión del agua en la Unión Europea, tiene sus peculiaridades, pero de orden práctica parecer interferir en situaciones que se parecen a los sistemas federales.

Así, nos permitimos traer a la reflexión que los cambios que se puede poner de relieve son bien expresivos de una nueva realidad de la gestión del agua, que se fue construyendo paulatinamente, pero que hoy en día, se consolidó no solo en armonizar los derechos nacionales de protección de la cantidad del agua y en la calidad, pero en la práctica el modelo subsidiario interviene en los sistemas nacionales, poniendo unos límites de gestión, regulación y de interpretación de todo cuanto se relacione con el dominio hidráulico y de las aguas.

Si antes la subsidiariedad era un principio un tanto ‘oscuro’ o ‘indeterminado’, _y aún hay algunos que lo piense así_, no obstante, ya se traspasó este cambio inicial de aclaración, se pasando a segundo momento en hacer un ‘balance de la eficacia’ de estas funciones subsidiarias. Y nos referimos no solo al derecho europeo, incluso del derecho brasileño que, en nuestra opinión, tiene un largo camino para conciliar los problemas de subsidiariedad que saltan en las instancias del Supremo Tribunal Federal.

Volviendo, al caso en concreto que se pone a continuación, concluimos afirmando que el mismo sirve para ilustrar lo cuanto las cuestiones relacionadas con la subsidiariedad aún están en continua divergencia de aplicación entre lo que considera la Unión al contrario de los Estados-miembros.

3. El modelo subsidiario de gestión del agua en la jurisprudencia europea: un caso en concreto.

En una reciente resolución en que se presentó por primera vez un caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (adelante TJUE) en que tuve que evaluar y precisar el alcance del *principio de tarificación por los servicios relacionados con el agua* en el marco de la DMA, se pone de relieve la cuestión subsidiaria en ámbito de Unión Europea y en relación con los Estados miembros, donde la intervención de la Comisión Europea era relativo a reclamación de una supuesta transposición incorrecta de la Directiva marco del Agua, en desacuerdo con el concepto de los «servicios relacionados con el agua». El recurso fue desestimado por el Tribunal.

Trataba-se de un recurso (Asunto C-525/12) interpuesto el 19 de noviembre de 2012, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (adelante TJUE) en que son partes: Comisión Europea (demandante) contra República Federal de Alemania (demandada) y seis países coadyuvantes¹²²¹.

La pretensión de la Comisión era para que el Tribunal declarase que la República Federal de Alemania había incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, al excluir determinados servicios del concepto de «*servicios relacionados con el agua*» de su Reglamento interno, de modo que esa actuación del Estado alemán, en el entendimiento de la Comisión, estaba regulado en desconformidad con el

¹²²¹ Véase la Comunicación del Recurso interpuesto C-525/12 (2013/C 26/67) en Diario Oficial de la Unión Europea, de 26.1.2013, C 26/35. URL <en línea> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2013.026.01.0035.01.SPA> [Consultado en 14 ene 2015].

que establece la respectiva Directiva, marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, en particular de sus artículos 2, apartado 38, y 9.

En los apartados siguientes se va a comentar más en detalle el problema clave del recurso.

3.2.1. Los antecedentes: los hechos y el procedimiento administrativo previo.

Primero, el caso empezó con un procedimiento administrativo previo formalizado por la Comisión Europea¹²²² en el año 2006, y trató de un caso de alegación de transposición incorrecta de la Directiva marco del agua a un Reglamento expedido por la Autoridad alemana, en que fue procesada una denuncia aducida contra la República Federal de Alemania, donde se había apuntado que este Estado había expedido un «Reglamento relativo a la protección de las aguas superficiales» (de 20 de julio de 2011) con una interpretación incorrecta, o sea, por el que trasponía el artículo 5 de la DMA 2000/60 se había restringiendo el ámbito de aplicación del artículo 9 de la referida DMA en lo que concierne a la definición de «servicios relacionados con el agua», que figura en el artículo 2, apartado 38, de la DMA.

Así, en la respuesta al dictamen, pese que Alemania informó a la Comisión que ya había incluido en el Reglamento la trasposición del artículo 2, apartados 38 y 39, y del artículo 9 de la DMA, también, sostenía que dichos «*servicios se limitan al suministro de agua y a la recogida, depuración y eliminación de aguas residuales*» y presentó sus argumentos de esa tesis, al que la Comisión discrepó de tal interpretación

¹²²² Véase el punto II de las Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 22 de mayo de 2014. Asunto C-525/12. Comisión Europea contra República Federal de Alemania, relativo a STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). Comisión Europea contra República Federal de Alemania y partes coadyuvantes Reino de Dinamarca, Hungría, República de Austria, República de Finlandia, Reino de Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). Comisión Europea contra República Federal de Alemania y partes coadyuvantes Reino de Dinamarca, Hungría, República de Austria, República de Finlandia, Reino de Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Cfr. STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152659&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=principio%2Bde%2Bsubsidiariedad%2By%2Bdirectiva%2Bmarco%2Bdel%2Bagua&doclang=ES&cid=470405#ctx>> [Consultada en 14 de enero de 2015]

pues la consideró ser de sentido restrictivo en contra las disposiciones de la referida Directiva marco del agua.

Por ello, al final de las conclusiones, la Comisión estimó que subsistía un ‘problema de interpretación’ que consideraba contradictoria a la definición de los servicios relacionados con el agua del artículo 9 de la DMA, por tanto, se trataba de una *aplicación incompleta de la transposición de la Directiva* por parte del gobierno alemán, y, en consecuencia, la Comisión interpuso el «recurso por incumplimiento» en noviembre de 2012.

3.2.2. Del recurso de incumplimiento.

En el «recurso por incumplimiento» los argumentos de justificación de recibimiento del recurso por el Tribunal (puntos 24 a 27) fueron en el sentido de que:

- el procedimiento por incumplimiento permite determinar el alcance exacto de las obligaciones de los Estados miembros en caso de discrepancias de interpretación.¹²²³
- verificar si la Comisión presentó una petición con una exposición congruente y detallada de las razones que han llevado a la convicción de que el Estado miembro de que se trate ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.
- consideró que el recurso en concreto la Comisión había aclarado que la interpretación que da el Estado miembro interesado de una disposición del Derecho de la Unión, en el territorio del respectivo Estado miembro, configuraba una práctica administrativa cuya existencia no se niega, aun cuando no sea generalizada, pero que no se refleja con la misma interpretación dada por ella (la demandante).
- por último, consideró para la admisión del recurso que, aunque la Comisión haya invocado únicamente, en apoyo de su argumentación algunos ejemplos de esta práctica del Estado alemán, no produce el efecto de privar de la precisión necesaria para la apreciación del objeto de ese recurso.

¹²²³ Véase el punto 24 de la STJUE C-525/12 que hace referencia a la sentencia Comisión/España, C-196/07, EU: C:2008:146, apartado 28. Op.cit.

i) La tesis de la parte recurrente (Comisión Europea).

La Comisión Europea sostiene los argumentos en el sentido de que:

- La interpretación hecha por el Estado alemán respecto al concepto de «servicios de abastecimiento de agua» (artículo 2, punto 38) de la Directiva marco del agua fue restrictiva, y por ello afecta el correcto cumplimiento de las disposiciones del artículo 9 de la misma Directiva, relativo al ámbito de aplicación en cuanto a las «recuperación de los costes de tales servicios», de la política de precios del agua y de la aplicación del principio de que «quien contamina paga» a los usuarios de las aguas¹²²⁴.

- En el entendimiento de la Comisión Europea el concepto de «servicios relacionados con el agua» no está limitado tan solo a las actividades mencionadas en el artículo 2, punto 38 letras (a) y (b) de la Directiva, pero abarca también otras actividades tales como navegación, producción de electricidad mediante energía hidráulica y la protección contra las inundaciones, de modo que se alcance los objetivos que se pretenden por la Directiva 2000/60¹²²⁵.

En consecuencia, según la Comisión, subsiste el problema de la interpretación divergente de la definición de los servicios relacionados con el agua, y por tanto «la aplicación incompleta del artículo 9 de la DMA» por parte del Estado alemán. Por ello, la Comisión decidió «limitar su recurso a la trasposición incorrecta del artículo 2, apartado 38, y del artículo 9 de la DMA». ¹²²⁶

ii) La tesis de la parte demandada

A la vez, la Alemania (demandada) dedujo en sus razonamientos los siguientes aspectos que merecen detallar:

- Primero, rebatió la tesis de la Comisión Europea alegando que estaba basada en un *“planteamiento erróneo de la Directiva 2000/60 en su conjunto, en particular, del instrumento que estriba en la tarificación de los usos del*

¹²²⁴ Véase los argumentos en los «fundamentos del fallo, punto 29», en la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²²⁵ Véase los argumentos en los «fundamentos del fallo, punto 29», en la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²²⁶ Véase a propósito el documento de las Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen. Ibidem.

agua”¹²²⁷. Eso porqué, sostiene la demandada, que el *principio de tarificación por los servicios relacionados con el agua* no es el único medio para estimular el ahorro y prudencia en la gestión de los recursos hídricos, cómo hizo interpretar la Comisión respecto a los artículos 2, punto 38¹²²⁸, y 9 de la DMA 2000/60, sino que también hay otras medidas en la dicha Directiva que son el “hilo conductor” de las exigencias de protección de las aguas en las cuencas hidrográficas y que deben ser sopesados con los legítimos derechos de utilización del agua.

- Aduce aún, que la tesis de la Comisión se aparta de este “hilo conductor” subrayado, pues aquel Órgano no consideró los distintos instrumentos de gestión que el legislador ha previsto tanto por razones de *subsidiariedad* como por razones de *eficacia* a los Estados miembros, y así la Comisión excluye el sentido de equilibrio existente entre los otros instrumentos de gestión previstos en la aludida Directiva¹²²⁹.

- Además, Alemania añade dos argumentos más: de un lado, sostiene que el artículo 2, punto 38, letras (a) y (b) de la Directiva se refiere, respectivamente, a un reparto dos actividades distintas entre «abastecimiento de aguas» y «depuración de las aguas residuales». En que las primeras comprenden habitualmente: “*las etapas necesarias para el abastecimiento de agua (adquisición, depuración, almacenamiento, conducción, distribución), y si*

¹²²⁷ Véase los «fundamentos del fallo, punto 35», de la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²²⁸ Cfr. Directiva Marco del Agua 2000/60, los artículos 2, punto 38 y 9:

“Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[*omissis*];

38) «servicios relacionados con el agua»: todos los servicios en beneficio de los hogares, las instituciones públicas o cualquier actividad económica, consistentes en:

- a) la extracción, el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas;
- b) la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales;”

“Artículo 9 - Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua:

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga.

Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

_ que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,

_ una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga.

[...]”

¹²²⁹ Véase en los fundamentos del fallo, punto 36, de la STJUE C-525/12. Op.cit..

las mismas se detallan en dicha disposición es porque debe precisarse que deben tener en cuenta todas las etapas referidas al calcular los costes.»¹²³⁰

- Y de otro lado, la demandada hizo una interpretación entorno del concepto de «servicios relacionados con el agua» del artículo 2, punto 38, afirmando que éste no tiene necesariamente que comprender las diversas actividades del abastecimiento individualmente, sino que se considerará *el abastecimiento en su conjunto*¹²³¹.

Por tanto, para el Estado alemán si la Comisión Europea incluye dichas actividades en el aludido concepto estaría «ampliando de manera ilícita el ámbito de aplicación de este concepto»¹²³². Para el Estado alemán, por tanto, la eficacia que se pretende con las disposiciones de la Directiva es hallar el equilibrio entre «exigencias en materia de protección del agua» y «los usos legítimos del agua» globalmente en el territorio europeo, y no será exclusivamente por medio de la disposición del artículo 9 de la Directiva que la «obligación de recuperar los costos» se deba implementar solo en el cumplimiento del principio de “quien contamina paga”, pero también, por «todos los usos y las intervenciones que deterioran las aguas» y que constan concretamente de las medidas del Anexo IV, parte B de la referida DMA 2000/60.

- Un último aspecto a destacar en esta tesis, es que Alemania volvió al análisis de la definición de «servicios» extraída del artículo 57¹²³³ del Tratado (TFUE)¹²³⁴, y que se tiene que considerar por *servicio* la existencia de una relación *bilateral entre partes*, lo que no suele ser característico en los usos del agua en la navegación, o cuando se trata de las medidas protectoras contra las inundaciones, cómo quiere sostener la Comisión. También, señala

¹²³⁰ Véase en los «fundamentos del fallo, punto 37», de la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²³¹ Véase en los «fundamentos del fallo, punto 38», de la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²³² Véase en los «fundamentos del fallo, punto 38», de la STJUE C-525/12. Op.cit.

¹²³³ El artículo 57 del TFUE es el antiguo artículo 50 TCE:

«Artículo 57. Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular: actividades de carácter industrial; actividades de carácter mercantil; actividades artesanales; actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

¹²³⁴ Véase referencia mencionada en los «fundamentos del fallo 39» en la STJUE C-525/12. Op.cit.

Alemania que el concepto de «servicios relacionados con el agua» no se puede hallar ni en la definición de «servicio» de la Directiva 2004/35 (respecto las contrataciones), porque esta Directiva no contiene cualquier remisión a la DMA 2000/60, y ni tampoco se puede incluir en el concepto de «servicios ecosistémicos» que aparece bien después.

- Por ello, la demandada finalizó afirmando que al adoptar una interpretación amplia del concepto de «servicios relacionados con el agua» la Comisión europea acaba por excluir, en la práctica, los otros usos del agua que están previstos, también, en el artículo 2, punto 39 de la DMA 2000/60¹²³⁵, y además, recordó que, con anterioridad, en los trabajos preparatorios de la Directiva marco del agua la Comisión había puntualizado respecto al artículo 2 punto (38) que el *principio de la recuperación de los costes* solo debía ser aplicado al abastecimiento de agua potable y de depuración de las aguas residuales¹²³⁶. Por tanto, había en el recurso una incoherencia de punto de vista con el presente recurso.

Y con apoyo de las partes coadyuvantes adujo que:

- « (...) la DMA establece un régimen global de gestión de las aguas en el que los objetivos medioambientales deben alcanzarse sobretodo mediante programas de medidas y planes hidrológicos previstos en ella. Así, la obligación de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua no constituye el instrumento fundamental y determinante para resolver los problemas que se plantean en Europa en materia de recursos hídricos, sino más bien una medida particular que conviene aplicar en materia de suministro de agua y de recogida y tratamiento de aguas residuales»¹²³⁷.

iii) Los fundamentos del fallo de la sentencia.

La sentencia del Tribunal fue favorable al Estado alemán y los países coadyuvantes, el cual consideró al final, que por el hecho de las diferentes actividades previstas en el artículo 2, punto 38 de la Directiva 2000/60, como la extracción o embalse,

¹²³⁵ Cfr. Directiva Marco del Agua 2000/60. “Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [omissis];
«(39) «uso del agua»: *los servicios relacionados con el agua junto con cualquier otra actividad contemplada en el artículo 5 y en el anexo II que tenga repercusiones significativa en el estado del agua.*»

Este concepto se aplica a los efectos del artículo 1 y del análisis económico efectuado con arreglo al artículo 5 y a la letra b) del anexo III”; [Destacamos el texto en cursiva]

¹²³⁶ Véase referencia mencionada en los «fundamentos del fallo 41» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²³⁷ Véase a propósito el documento de las Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen. *Op.cit.*

pudiesen producir efectos en el estado de las masas de agua, e incluso comprometer la consecución de los objetivos perseguidos por dicha Directiva, no se podría deducir que, la inexistencia de tarificación de tales actividades, por parte de un Estado, fuese necesariamente nociva para alcanzar la concreta consecución de los objetivos de la Directiva.

Asimismo, derivó el Tribunal que, se la República Federal de Alemania no sometía algunas de las actividades del artículo 2, punto 38 letra “a” (la extracción, el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas) a la tarificación de los costos, por eso no se permitía deducir que dicho Estado miembro estaría incumpliendo con las obligaciones de los referidos dispositivos, conforme argüido por la Comisión.¹²³⁸

En consecuencia, del análisis del recurso, dos puntos de interés fueron puestos de relieve en la apreciación del Tribunal, sobre las tesis divergentes de las partes, que merecen destacar:

i) Primer, saber *si el principio de la recuperación de los costos (o de «tarificación de los costes») se debía exigir respecto a todas las actividades de artículo 2, punto 38, letra a (extracción, embalse, almacenamiento, tratamiento y distribución de aguas superficiales y de aguas subterráneas) cómo sostenía la Comisión Europea; y*

ii) Segundo, delimitar *cual era el exacto alcance de tales disposiciones con el artículo 9, y verificar si la Directiva «impone o no el deber de cumplimiento por los Estados miembros en someter todos los servicios de cada una de las actividades relacionadas con el agua, al principio de tarificación de los costos», como sostenía la Alemania (demandada).*

Así, respecto al análisis de estos dos aspectos se comentará los siguientes entendimientos firmados por el Tribunal:

¹²³⁸ Véase en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, punto 56 hasta 59» en la STJCE C-525/12. *Op.cit.*

- Relativo a la cuestión primera que residía en saber: *si la «tarificación de los costes» se debía exigir respecto a todas las actividades de extracción, embalse, almacenamiento, tratamiento y distribución de aguas superficiales y de aguas subterráneas* (artículo 2, punto 38 letra a), consonante argumentaba la Comisión¹²³⁹, dentro de un contexto y de la estructura general de las disposiciones de este artículo 2 con el artículo 9 de la DMA 2000/60, la conclusión a que llegó el Tribunal fue de que: *_ la Directiva 2000/60 no impone una obligación generalizada de tarificación de todas las actividades relacionadas con el agua por parte de los Estados nacionales*¹²⁴⁰, por ello desestimó el recurso de la Comisión. (Destacamos)

- En este aspecto, el Tribunal consideró que el legislador europeo entregó a los Estados-miembros la tarea de determinar las medidas que debían adoptarse para la aplicación de recuperación de los costos, *_tomándose por base un análisis económico_*, además, de la tarea de promover la tarificación de los costos *sin tener que ampliar a todos los servicios relacionados con el agua*, eso porqué en los Estados-miembros las prácticas de gestión de los recursos hídricos eran muy variables de uno a otro sistema nacional, en el tocante a los *precios de los servicios de abastecimiento de agua y la depuración de aguas residuales*, los cuales presentaban programas de desarrollo diferenciados¹²⁴¹.

- En relación a la segunda cuestión, llevado en consideración por el Tribunal en determinar cuál era el alcance de esos dispositivos (artículo 2, punto 38 letra (a) y (b) con el artículo 9 de la DMA), objeto de interpretación en el recurso, el Tribunal reafirmó el entendimiento de que: *_ la Directiva marco del agua 2000/60 no tiene como objetivo una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua* (una clara referencia que hizo, también, en apoyo con la Sentencia C-32/05, EU: 2006:749, apartado 41; partes Comisión/Luxemburgo)¹²⁴², *sino que mantener y mejorar el medio acuático en la Unión.*

Según señaló el Tribunal, la Directiva 2000/60 al establecer que los principios comunes de actuación para la protección de las aguas¹²⁴³ y un marco global

¹²³⁹ Véase en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, punto 47» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²⁴⁰ Véase en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, punto 48» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²⁴¹ El Tribunal acogió cómo relevante en ese sentido las aportaciones extraídas de las conclusiones del Abogado General (puntos 68 y 69) que analizó el tema puesto en controversia en el recurso, desde los trabajos preparatorios de Comisión Europea respecto a la DMA 2000/60.

¹²⁴² Véase en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, punto 50» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²⁴³ La Directiva garantiza a la Unión la coordinación, la integración con los Estados miembros, a más largo plazo, confiriendo que éstos cumplan el deber de desarrollar los principios generales y las estructuras que permiten la protección y un uso ecológicamente variable de las aguas en la Unión Europea.

de actuación ¹²⁴⁴ tendría que llevar también en cuenta el objeto de la Directiva, previsto en el Considerando 19, que era el de «mantener y mejorar el medio acuático en la Unión» al que refiere a la calidad de las aguas.

No se trataba, por tanto, de imponer una armonización equivalente de la normativa de los Estados-miembros, sino que priorizar principios comunes señalados por la Directiva: *un plan hidrológico de cuenca, de fijación de objetivos por masa de agua, de planificación y programación, de análisis económico de las modalidades de tarificación del agua, de consideración de los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación de los costos, y además de las condiciones geográficas y climáticas de la región o de las regiones de que se trate*¹²⁴⁵.

- Además, señaló el Tribunal que si la Directiva tenía claramente asentado que existen condiciones y necesidades diversas en la Comunidad que requieren soluciones específicas, entonces se debería contemplar los diferentes sistemas ecológicos de cada entorno, dando prioridad a las acciones que son de responsabilidad de los Estados, en elaborar los programas de actuaciones adaptados a las condiciones locales y regionales de protección y el uso sostenible del agua en el marco de una cuenca, derivada del Considerando 13 de la Directiva 2000/60, y que esta «diversidad de soluciones» también determinaba que las decisiones serían tomadas al nivel más próximo posible de los locales donde el agua es usada o se halla degradada.

- Ahora bien, por último, fue analizado en la apreciación del Tribunal respecto de las disposiciones del artículo 11 (y del apartado 3, letra b)¹²⁴⁶ que

¹²⁴⁴ El Tribunal en este punto recuerda que la Directiva marco de agua tiene asentada su base jurídica en el artículo 175 CE, apartado 1 del TCE (hoy, artículo 192 TFUE).

«Artículo 192. 1. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirán las acciones que deba emprender la Unión para la realización de los objetivos fijados en el artículo 191».

¹²⁴⁵ Cfr. en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, puntos 50 y 51» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²⁴⁶ «Artículo 11. Programa de medidas.

1. *Los Estados miembros velarán por que se establezca para cada demarcación hidrográfica, o para la parte de una demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio, un programa de medidas, teniendo en cuenta los resultados de los análisis exigidos con arreglo al artículo 5, con el fin de alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 4. Estos programas de medidas podrán hacer referencia a medidas derivadas de la legislación adoptada a nivel nacional y que cubran la totalidad del territorio de un Estado miembro. En su caso, un Estado miembro podrá adoptar medidas aplicables a todas las demarcaciones hidrográficas y/o a las partes de demarcaciones hidrográficas internacionales situadas en su territorio.*

2. Cada programa de medidas incluirá las «medidas básicas» especificadas en el apartado 3 del presente artículo y, cuando sea necesario, «medidas complementarias».

3. *Las «medidas básicas» son los requisitos mínimos que deberán cumplirse y consistirán en:*

remite al artículo 9 de la Directiva 2000/60, y quedó asentado que: _ «*las medidas relativas a la recuperación de los costos de los servicios relacionadas con el uso de las aguas constituyen uno de los instrumentos de que disponen los Estados miembros de gestión cualitativa del agua destinada a un uso racional del recurso*»¹²⁴⁷. En ese aspecto, el Tribunal concluyó también que los *Estados miembros* por fuerza del artículo 9, apartado 4 de la Directiva 2000/60, en determinadas circunstancias, están autorizados a no aplicar el «principio de la recuperación de los costos» relativo a una determinada actividad del uso del agua, «*en la medida en que ello no cuestiona los objetivos que dicha Directiva pretende alcanzar ni compromete la consecución de aquéllos.*»¹²⁴⁸

En consecuencia de estos argumentos, sucintamente revisados en este apartado, derivó que el recurso fue desestimado en contra a la pretensión de la Comisión Europea, de modo que el Tribunal no consideró presentes argumentos suficientes de incumplimiento de la Directiva por parte del Estado alemán; además, que interpretó igual que la tesis de este último, que *no se puede condicionar* que los objetivos de la Directiva solo se cumplirá, en relación al artículo 2 punto 38 letras (a), caso fuese aplicado el «principio de recuperación de los costos» a todas las actividades del mencionado dispositivo, de ahí porque no fue acogida la tesis de la Comisión.

iv) Nuestras conclusiones.

Por fin, se concluye de este caso, en concreto, que el principio de subsidiariedad subyace, en el telón de fondo, en que se debatía, si la concreta actividad legislativa de transposición del artículo 2, punto 38, letras (a) y (b) y artículo 9 de la Directiva marco del agua hecha en el Reglamento de este Estado fue insuficiente en la aplicación del principio de recuperación de los costos_ , a punto de se considerar que, en consecuencia, en el territorio del Estado-miembro alemán (demandado) las actividades

a) las medidas necesarias para cumplir la normativa comunitaria sobre protección de las aguas, incluidas las medidas exigidas en virtud de los actos legislativos especificados en el artículo 10 y en la parte A del anexo VI;

b) las medidas que se consideren adecuadas a efectos del artículo 9;

c) medidas para fomentar un uso eficaz y sostenible del agua con el fin de evitar comprometer la consecución de los objetivos especificados en el artículo 4;

¹²⁴⁷ Cfr. en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, puntos 54 y 55» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

¹²⁴⁸ Cfr. en la «Apreciación del Tribunal de Justicia, puntos 56 y 57» en la STJUE C-525/12. *Op.cit.*

del servicio relacionados al agua, citadas en el recurso, en la práctica, quedaban al margen de la tarificación, y por tanto, sería justificable el motivo de aplicación del principio de subsidiariedad en el interés general de la Unión por incumplimiento de los objetivos de la DMA 2000/60, bajo este punto de vista.

No obstante, el Estado alemán alegó, entre otros argumentos, que la Comisión cometió una imprecisión por cuanto no se refiere a un ‘comportamiento concreto’ a que debería modificarse por el Tribunal, que solo se limitó a pedir al Tribunal de Justicia que aclárese una “cuestión meramente teórica”, sin justificar en qué se han incumplido concretamente las obligaciones que se derivan de los Tratados y de la Directiva 2000/60¹²⁴⁹.

A conclusión, el demandado adujo que el recurso abarcaba una circunstancia de acción subsidiaria desde la perspectiva medio ambiental y de modo singular, económico relacionado al derecho del Estado alemán, en concreto. Por ello, sostenía Alemania la tesis de que no era posible una mera cuestión de teórica de interpretación del concepto de «servicios relacionados con el agua» ser puesta como motivo de ‘intervención de la Unión en relación al ejercicio de la competencia concurrente de un Estado miembro’, *in casu*, un Reglamento interno de la República Federal de Alemania sobre las disposiciones de tarificación de determinados servicios de abastecimiento del agua.

Sopesando los dos argumentos contrapuestos, se observó que la Comisión reclamó una intervención directa, considerando implícitamente que tenía la acción subsidiaria en su favor (respaldada en el artículo 258 do TFUE)¹²⁵⁰, motivo por el que recurrió al Tribunal para corregir una supuesta interpretación errónea de un Estado-miembro al tema de la transposición de la Directiva marco del agua al derecho interno y

¹²⁴⁹ Cfr. Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 22 de mayo de 2014. Asunto C-525/12. Comisión Europea contra República Federal de Alemania. *Op.cit.*

¹²⁵⁰ Véase a propósito en la «apreciación del Tribunal, punto 21» cuanto al recibimiento del recurso: “Con carácter preliminar debe recordarse que en un recurso por incumplimiento la finalidad del procedimiento administrativo previo es dar al Estado miembro interesado la ocasión, por una parte, de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y, por otra, de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión. El procedimiento administrativo previo previsto en el artículo 258 TFUE delimita el objeto de un recurso interpuesto al amparo de dicho artículo”. En STJUE C-525/12. *Op.cit.*

aplicación administrativa en el territorio, puesto que la Comisión alegó en su recurso, además de todo lo antedicho, que:

«(...) es perfectamente claro en cuanto su objetivo, que consiste en que se declare que la República Federal de Alemania aplica con carácter acumulativo los elementos enumerados en el artículo 2, punto 38, de la Directiva 2000/60, por lo que quedan excluidos del ámbito de la definición dada por dicha disposición múltiples servicios relacionados con el agua»¹²⁵¹.

En suma, pese que el Tribunal no se detuvo directamente respecto a detallar matices del ‘principio de subsidiariedad’ en esa cuestión por se centrar en resolver la controversia de haber se configurado un incumplimiento o no de la Directiva, pero observamos del análisis de la Sentencia TJUE 525/12 que hay una implícita verificación en la cuestión de la «función de subsidiariedad administrativa», que se aplica al caso en relación a función de regulación de un derecho en el territorio del Estado alemán (demandado), o sea, el derecho en establecer cuales los servicios deben ser sometidos a política interna de tarificación de los servicios.

Además, de análisis concomitante que la Corte hizo respecto a la interpretación y transposición de la Directiva 2000/60, por vía de la competencia legislativa concurrente¹²⁵², declarando al final que la actuación del Estado alemán no fue insuficiente, y ni contraria a las disposiciones de la Directiva, motivo por el cual no había falla a corregir, se concluye que tal declaración el Tribunal lo hizo con sustrato en el principio de subsidiariedad, estimando en favor de la competencia territorial del Estado-miembro.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las asimetrías de las competencias en materia del agua y de conflictos en la gestión de los recursos hídricos se afrontan en cuestiones del espacio europeo del derecho supranacional e intercomunitario, pero

¹²⁵¹ Ibidem.

¹²⁵² Cfr. los argumentos de apreciación del Tribunal (puntos 26 y 27) de justificación de recebimiento del recurso: « En el presente procedimiento, la interpretación que da el Estado miembro interesado de una disposición del Derecho de la Unión en un sentido que no es el considerado por la Comisión *se refleja, en el territorio de ese Estado miembro, en una práctica administrativa cuya existencia no se niega, aun cuando no sea generalizada*. Por lo tanto, la circunstancia de que la Comisión haya invocado únicamente en apoyo de su argumentación algunos ejemplos de esta práctica no produce el efecto de privar a su recurso de la precisión necesaria para la apreciación del objeto de ese recurso.»

también en ámbito del derecho intracomunitario, y estas en materia de la regulación ni siempre las leyes territoriales (Estatutos) están libre de antinomias en cuanto a la regulación de la gestión del agua ante las leyes de competencia del Estado (leyes de base del régimen estatal) en tema de los intereses locales, haremos un recogido de algunos de los temas más frecuentes en la jurisprudencia del Estado español, de modo a demostrar en qué consisten las cuestiones subsidiarias en materia del agua.

4. Asimetría de las competencias en materia de aguas: el caso intracomunitario de España.

La cuestión que se plantea en la materia competencial del agua no raro tiene sido objeto de importantes interpretaciones de los Tribunales, debido a una serie de supuestos de concurrencia entre las competencias legislativas llevados por los entes estatales en conflicto a una solución del ámbito judicial. Tanto en los Estados europeos, los conflictos del reparto de competencia son frecuentes, se pone muchas cuestiones relacionados con los servicios del abastecimiento del agua, demandas de otros usos relacionados con el agua entre otros; Asimismo, en ámbito del derecho comparado los conflictos se ponen en diversas cuestiones relacionadas con la función de subsidiariedad de las competencias funcional y reguladora, a que referimos el derecho brasileño, en la sección siguiente.

Sin embargo, tomaremos, a título de ejemplo, en el contexto de un Estado europeo, donde los conflictos jurídicos del derecho nacional, en especial en España, que el reparto de ‘las competencias estatales y autonómicas’ empiezan por presentar puntos a ser aclarados en el diseño constitucional, y que, en este tema específico, fueron llevados varios casos al Tribunal Constitucional.

La ‘división y competencia de la gestión de los recursos hidrológicos’ está prevista en la Constitución consonante los aspectos del ‘territorio del agua’ en dos ámbitos distintos, a saber: _ uno que se trata cuando la cuenca hidrográfica se sitúa dentro del territorio de una misma Comunidad Autónoma, cuya la gestión integrada corresponde a

competencia de la respectiva Comunidad Autónoma, *ex vi*, artículo 148.1.10.^a CE¹²⁵³; y otro, _ cuando se trata de cuenca hidrográfica que se extienda a territorio de más de una Comunidad Autónoma, es decir, cuyas «aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma», entonces la competencia la ejerce el Estado, a través de las Confederaciones Hidrográficas (Artículo 149 1.22.^a CE¹²⁵⁴).

En primer lugar, respecto al derecho español, ponemos de relieve que presenta una gran complejidad de estructura de las competencias distribuidas en materia constitucional: de un lado, la ley del Estado y de otro, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Aunque, en este apartado no se va tejer un cuadro legislativo comparativo en eso aspecto en análisis minuciosa, pero tan solo matizar algunas las cuestiones de interés al enmarque legislativo de *demanio público* y de algunos aspectos puntualizados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los límites entre las competencias.

Por ello se puede considerar que, desde la reforma de la ley de aguas de 1985, el texto refundido de la Ley de Aguas establece la '*gestión pública*' del agua en el Título II, según un rol de principios, que conviene subrayar_ unidad de gestión, unidad de cuenca hidrográfica y protección del medio ambiente, entre otros, referidos en el artículo 14:

« El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: (1.º) Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios; (2.º) Respecto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico; y (3.º) 3.º *Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación*

¹²⁵³ Vide CE: «Art.148. 1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 10.^a Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales».

¹²⁵⁴ Vide CE: «Art. 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [omissis] 22.^a La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial».

del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza».

Aún, se puede deducir que en el derecho español¹²⁵⁵ tanto la Ley de Aguas nº 29, de 1985, cuanto la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas nº 33, de noviembre de 2003, contemplan el agua cómo bien demanial que se encuentra plenamente incardinado en el patrimonio¹²⁵⁶ de las Administraciones Públicas.

El texto refundido de la Ley de Aguas establece en el artículo 1, apartado 3 esta delimitación del agua cómo bien del dominio público:

*«3. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.»*¹²⁵⁷ [Destacamos en itálico]

A la vez, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, relaciona explícitamente los bienes del dominio público estatal, entre los que incluye ‘las aguas’, y en conformidad con la ‘disposición final cuarta’ dispone sobre las competencias de la gestión de los bienes de dominio público:

«Disposición final cuarta. Competencias de gestión de los bienes de dominio público.

1. Los departamentos ministeriales y organismos públicos a los que corresponda *la gestión y administración del dominio público estatal de carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, montes, aguas, minas, zona marítimo-terrestre, dominio público radioeléctrico y demás propiedades administrativas especiales,*

¹²⁵⁵ MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*. Madrid: Editorial Civitas.1997, pág.

¹²⁵⁶ El concepto de patrimonio público en la exposición de motivos de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003) pasa así a definirse como un «conjunto de bienes y derechos que pueden estar sujetos a un doble régimen: de carácter jurídico público, los bienes y derechos demaniales, y de carácter jurídico privado, los patrimoniales». Cfr. Ley 33/2003, de 3 de noviembre. BOE núm. 264, de 04/11/2003. Entrada en vigor: 04/02/2004. <en línea> < <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20254>> [Consultado en en 03 de marzo de 2014].

¹²⁵⁷ Cfr. el texto LEY 29/1985, de 02 de agosto. (Texto refundido de la Ley de Aguas). Boletín Oficial del Estado nº 189, de 08/08/1985. Disponible en URL: <en línea> < <http://www.boe.es/boe/dias/1985/08/08/pdfs/A25123-25135.pdf>> [Consultada en 03 de marzo de 2014].

*ejercerán las competencias establecidas en su legislación específica.»*¹²⁵⁸ [Destacamos en cursiva]

Para mejor comprensión del reparto de las competencias, se debe tener en cuenta que, la gestión de los recursos hídricos en España está dividido segundo dos grandes agrupamientos: *i) las cuencas hidrográficas intercomunitarias* _ formada por Cantábrico Occidental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana, Guadalquivir, Segura, Júcar y Ebro_, que comprende las que exceden el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, cuya la gestión integrada, tradicionalmente, son encomendadas a los organismos denominados ‘*Confederaciones Hidrográficas*’.

En otra clase, están: *ii) las cuencas hidrográficas intracomunitarias* que son las comprendidas exclusivamente en una comunidad autónoma, en que son las comunidades autónomas las que ejercen las competencias de su gestión (cuena Galicia-costa; Cuencas mediterráneas andaluzas; Tinto, Odiel y Piedras; Guadalete y Bárbate; Cuencas internas de Cataluña; Islas Baleares; y las cuencas de Canarias).

Por último, se añade que, entre las cuencas hidrográficas intercomunitarias algunas comprenden demarcaciones hidrográficas del territorio español con cuencas hidrográficas compartidas con otros países, reglamentadas *ex vi*, del Real Decreto 125/2007 (artículo 3º), y que son las siguientes: Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil (Real Decreto 266/2008), del Cantábrico Oriental, del Duero, del Tajo, del Guadiana, del Ebro, de Ceuta y Demarcación Hidrográfica de Melilla¹²⁵⁹.

Ahora bien, pasemos a la «cuestión subsidiaria» que se puntualiza recurrente en la jurisprudencia.

¹²⁵⁸ Cfr. Ley 33/2003, de 3 de noviembre. BOE núm. 264, de 04/11/2003. Entrada en vigor: 04/02/2004. <en línea> <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20254>> [Consultado en en 03 de marzo de 2014].

¹²⁵⁹ Esta clasificación fue consultada del Ministerio de Medio Ambiente de España. Véase MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE. *Libro Digital del Agua*. Madrid: MAGRAMA. Disponible en: <en línea> <<http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/organismos-publicos/confederaciones-hidrograficas/>> [Consultado en 12 de enero de 2013]. [Consultada en 21 de abril de 2013]

Se refiere, entre otras, a cuestiones específicas del marco constitucional y legislativo del Estado español, lo que en condición semejantes se suele afrontar por otros Estados-miembros con las particularidades de cada derecho nacional, en ámbito de las soberanías compartidas internamente, cambiando obviamente las peculiaridades de cada división político-administrativo en relación a *demarcación hidrográfica* de cada uno de ellos.

De modo singular, se atañe que son frecuentes las siguientes discusiones en el poder jurisdiccional español, respecto: a) al régimen de los caudales circulantes en las cuencas supracomunitarias; b) acerca de la participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de las cuencas supracomunitarias; e c) específicamente sobre el alcance de dicha participación autonómica, en cuanto concierne a la fijación de los caudales circulantes en las cuencas supracomunitarias.

Véase que se encuentra un vasto repertorio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre dichas materias, acotándose en apretada síntesis, algunas de las sentencias en que se afrontaron demandas sobre las disposiciones de la ley de aguas y los estatutos de las Comunidades autónomas, en variados temas. Algunos de estos apuntes fueron recogidos del análisis de sentencias del propio Tribunal, extraídas en el contenido de las apreciaciones o del fallo de la Sentencia, en que hicimos referencias adoptando los precedentes expuestos en otras sentencias, incluso. A continuación, se resumirá las mismas:

STC 181/1988¹²⁶⁰, de 13 de octubre de 1988, sin embargo esta sentencia no de un recurso sobre competencia en materia de agua, pero la consideramos relevante

¹²⁶⁰ Sintetiza el Fundamento nº 7 de la Sentencia que: “el presente recurso plantea un problema de inconstitucionalidad formal, y no es posible confundir el supuesto formalismo al que el Abogado del Estado alude con el imprescindible respeto de las formas y procedimiento constitucionalmente exigible, que no están a Disposición de los sujetos o instituciones a los que vinculan. Esta conclusión, reiterada por este Tribunal en otros ámbitos, es especialmente aplicable en todo lo que atañe a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Y en el caso de la cesión de tributos, la cuestión afecta muy directamente al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 de la Constitución), y en particular a su autonomía financiera (art. 156.1 de la Constitución), debiendo considerarse el sistema establecido en la Disposición adicional sexta, 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña también un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el art. 156.1 de la Constitución impone”. [subrayamos]. Consultado BOE núm. 266 de 05 de noviembre de 1988. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

porque dice respecto a tema de la ‘competencia concurrencial’ entre el Estado y las Comunidades autónomas, en que el Tribunal interpretó que «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía», lo que tiene servido de referencia en algunas de las sentencias del Tribunal, destacadas así en la STC 149/2012.

_ STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988¹²⁶¹ se refiere a la interpretación del art. 149.1.22 CE y, concretamente, del significado de la expresión “*aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma*”; también había interpretado que “el principio de unidad de gestión de la cuenca y el tratamiento homogéneo del recurso (art. 13 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas), cuya conformidad a la Constitución fue explícitamente declarado (fl. 15), exige que la especificación de los caudales mínimos y máximos circulantes corresponda, en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, a los Organismos de cuenca, entre cuyas funciones se encuentra la de administrar y controlar el dominio público hidráulico [art. 21.1 c) de la Ley de aguas].

Dicha Sentencia, STC 227/1988 del Tribunal Constitucional, tiene asentado que: *«sobre los recursos hidráulicos convergen diferentes actividades, que responden a finalidades distintas y se enmarcan en otras tantas políticas sectoriales, respecto de las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias sea al Estado, sea a las Comunidades Autónomas», por lo que ‘el sistema de distribución*

¹²⁶¹ Trata-se de Conflicto positivo de competencia 995-1986, 512-1987 y 1208-1987 y 824-1985, 944-1985, 977-1985, 987-1985, 988-1985, (acumulados) Recurso de inconstitucionalidad 995-1986, 512-1987 y 1208-1987 y 824-1985, 944-1985, 977-1985, 987-1985, 988-1985, (acumulados); Promovidos los cuatro primeros, respectivamente, por la Junta de Galicia, por 59 Senadores, por el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, por el Gobierno Vasco y por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, todos ellos en relación con la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y los tres siguientes planteados por el Gobierno Vasco en relación, respectivamente, con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de dominio público hidráulico en desarrollo de la Ley de Aguas; la Orden de 23 de diciembre de 1986 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por la que se dictan normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales, y el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de Cuenca y de los planes hidrológicos. Consultado BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 1988. En línea: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

competencial en relación con las aguas no se agota en los enunciados normativos de los arts. 148.1.10 y 149.1.22 de la Constitución y en los preceptos de los Estatutos de Autonomía específicamente referidos a los aprovechamientos hidráulicos». Y que, por ello, «caso por caso, en atención a los distintos preceptos impugnados, será necesario tener en cuenta la posible concurrencia de otros títulos competenciales y resolver los problemas de entrecruzamiento o prevalencia de unos u otros.» (FJ 18).

_ STC 123/2003, de 19 de junio de 2003¹²⁶² (concurrencia de competencias del Estado y la Comunidad Autónoma) trata del recurso de inconstitucionalidad 2988-95 en materia de competencias sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos, pesca fluvial y protección de los ecosistemas y medio ambiente: caudal mínimo en cuencas hidrográficas; construcciones en presas y diques; extracciones y vertidos; compuertas de rejilla; vegetación y extracción de plantas; barreras; navegación con lanchas; infracciones y sanciones (SSTC 15/1998 y 110/1998).

_ STC 110/2011, de 22 de junio de 2011¹²⁶³ trata de la distribución de competencias en materia de aguas sobre el alcance y efectividad de la proclamación estatutaria de derechos en relación al agua; aún trata de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos e interpretación de la disposición estatutaria sobre reservas de aguas de la cuenca del Ebro;

_ STC 149/2012, de 5 de julio de 2012¹²⁶⁴ en esta interpretación el Tribunal enmarca la interpretación del art. 149.1.22 CE y, concretamente, del significado de la expresión “*aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma*”, cómo un “un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia”. Además, se reportó a las competencias sobre aguas, medio ambiente y espacios naturales: validez de los preceptos legales que atribuyen a la Administración competente para la autorización del plan o proyecto la realización de la

¹²⁶² Consultado BOE núm. 170 de 17 de julio de 2003. En línea: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

¹²⁶³ Consultado BOE núm. 172 de 19 de julio de 2011. En línea: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

¹²⁶⁴ Consultado BOE núm. 181 de 30 de julio de 2012. En línea: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

evaluación ambiental de las zonas especiales de conservación (anteriormente objeto de apreciación de la STC 13/1998) y que, al trasponer la Directiva marco del agua, incorporan a la Ley de aguas las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición e introducen la noción de demarcación hidrográfica;

Respecto de dicha Sentencia 149/2012, es relevante acotar que la sentencia del Tribunal derivó que la *expresión “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma”* es «*un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia*» (señalado en la STC 227/1988, fl 15). Y que, de acuerdo con estos criterios, consideraba que la concreción legal que realizó la Ley de aguas del criterio territorial de delimitación de competencias referido a la cuenca hidrográfica, y a su carácter intercomunitario o intracomunitario, no se podía considerar contrario al art. 149.1.22 CE, ni a los preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía, por dos razones que aclaró:

i) en primer lugar, porque desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, a tenor de lo que derivó la STC 227/1988 (fl, 15): «*no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismo cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios*».

ii) Bajo la primera interpretación, el Tribunal consideró aún en la apreciación, anterior interpretación extraída de la Sentencia 227/1988 (fl.159) para justificar tal entendimiento, en que delimitó lo siguiente: «*cuando la Constitución utiliza la expresión ‘aguas que discurran’, no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial’, sino que ‘es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la norma constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas trasvasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma*» (STC 227/1988, FJ 15), sin que a ello se oponga el hecho

de que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía hayan consagrado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica. [STC 149/2012, FJ 5 c)].

_ STC 195/2012, de 31 de octubre de 2012¹²⁶⁵ (Competencias sobre aguas: interpretación conforme de la previsión legal relativa a la incorporación al plan hidrológico de la cuenca del río Ebro, de los caudales ambientales establecidos en el plan integral de protección del Delta del Ebro). Declara el Tribunal que no es inconstitucional la fijación de los caudales ambientales, en el plan hidrológico de la cuenca del río Ebro, en el que está prevista la participación de todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua.

5. A modo de conclusión.

Se hizo un análisis sobre la Directiva marco del agua (DMA 2000/60) respecto a la ‘integración de aguas’ y el principio de subsidiariedad, dentro de la política *comunitaria integrada de aguas*. Parece claro que el objetivo de integrar el tema del agua en una directriz mayor comunitaria fue el de situar todo el conjunto de problemas, necesidades diversas, disponibilidades y condiciones que requieren soluciones específicas propias de cada entorno nacional y territorial, pero, sin descuidar del contexto comunitario en que están reunidos tales recursos naturales.

El principio de subsidiariedad en el derecho de agua se pone de relieve cómo el instrumento orientador de la Directiva marco del agua (DMA 60/2000) para bien servir las necesidades de la Unión en integrar y coordinar la legislación de los Estados-miembros en materia del agua, aproximando la legislación de estos Estados-miembros en el sentido de una armonización mínima de la regulación con vistas a atingir mejor los objetivos de protección del medio acuático en el comunidad (masas de agua y de la calidad de estas, de los humedales).

En ese sentido, se observó que los sistemas nacionales, no obstante, se presentan en condiciones bien diferenciadas de desarrollo de las estructuras y de

¹²⁶⁵ Consultado BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> en 22 abr 2014.

implementación de los principios medio ambientales contra la contaminación, de preservación de cantidad y de recuperación de los costos, además de las distintas condiciones físicas de las cuencas hidrográficas como unidad de la gestión de la política de agua, en el reto del plan hidrológico, pero están obligados a hacer cumplir, paulatinamente, los objetivos previstos en la DMA, hasta que atiendan las condiciones de mejora y calidad de las aguas. Por eso, velarán por la necesaria protección de las masas de agua con objeto de evitar el deterioro de su calidad, contribuyendo así a reducir el nivel del tratamiento y de purificación necesario para la producción de agua potable, además de otras medidas previstas en la DMA.

En la práctica los objetivos generales de la Directiva marco del agua, denotan que la Unión tiene además por objeto mantener y mejorar el medio acuático de la Comunidad, y para eso ordenó de forma sistematizada un reto para cada eje de problemas ambientales relativo a los recursos hídricos y donde convergen diversos temas, a ser integrados conjuntamente:

- i) integración en los aspectos cuantitativos y cualitativos de las aguas;
- ii) integración de masas de aguas superficiales, subterráneas, marinas;
- iii) integración de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos;
- iv) integración en que se incluya la demarcación hidrográfica internacional;
- v) integración en el control de la contaminación en las aguas;

En otro aspecto, se señaló que la «integración» de la política comunitaria de agua además de la efectividad por aplicación de los principios comunes dispuestos en la DMA 2000/60, y en estricta observancia al principio de subsidiariedad, también, se centra en las «disposiciones administrativas» de la acción de coordinación general por parte de la Unión.

Por ello, los principios comunes que orientan la política del agua en la DMA 2000/60, según lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se concentra en: i) principio del plan hidrológico de cuenca, ii) de fijación de objetivos por masa de agua, iii) de planificación y programación, iv) de análisis económico de las modalidades de tarificación del agua, v) de consideración de los efectos

sociales, medioambientales y económicos de la recuperación de los costes, y vi) de las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones de que se trate.¹²⁶⁶

En fin, relativo a la competencia del Tribunal de Justicia de la UE, se examinó un caso concreto (en el apartado 3.2.2 de esta Sección) para mejor análisis en cómo se pone de manifiesto, en la práctica, las controversias en torno de la aplicación del principio de subsidiariedad.

Fue analizado, por tanto, un recurso de la Comisión Europea alegando un supuesto caso de incumplimiento de algunas interpretaciones respecto a la transposición de la Directiva Marco del Agua 2000/60, en que cuestionaba que no debía prevalecer el reglamento oriundo del Estado alemán, vez que la interpretación restrictiva hecha por este era contraria al concepto de servicios relacionados con el agua de la Directiva.

De modo singular, la Comisión aducía contra la República Federal de Alemania que tendría hecho una restricción al concepto de ‘servicio relacionado al abastecimiento de agua’, y de tal modo la Comisión demandó el Estado alemán de haber excluido algunas de las actividades prevista en el Artículo 2, punto 38, letra (a) e inobservando las disposiciones del artículo 9 de la DMA, en el que refiere a aplicación del *principio de reparación de los costes*.

Al revés, el Estado alemán (demandado) hizo una interpretación entorno del concepto de «*servicios relacionados con el agua*» del artículo 2, punto 38, afirmando que éste no tiene necesariamente que comprender las diversas actividades del abastecimiento individualmente, sino que se considerar *el abastecimiento en su conjunto*.

¹²⁶⁶ Cfr. Conclusiones del Abogado General-Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 22 de mayo de 2014. Asunto C-525/12. Comisión Europea contra República Federal de Alemania, relativo a STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). Comisión Europea contra República Federal de Alemania y partes coadyuvantes Reino de Dinamarca, Hungría, República de Austria, República de Finlandia, Reino de Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152659&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=principio%2Bde%2Bsubsidiariedad%2By%2Bdirectiva%2Bmarco%2Bdel%2Bagua&doclang=ES&cid=470405#ctx>> [Consultada en 09 de febrero de 2015]

A conclusión, el Tribunal consideró procedente los argumentos que sostiene el Estado alemán y desestimó el Recurso de la Comisión, el cual ya nos reportamos en *nuestras conclusiones, en el apartado 3.2.2., alinea IV*, razón porqué no lo reproducimos para no ser redundante.

Por último, se puntualizó algunas de las cuestiones más frecuentes en tema de conflictos en derecho nacional, específicamente, el Estado español, en que se puso algunas consideraciones relativas a las competencias del derecho de agua, y que, de alguna manera, caracterizan la asimetría, hoy vigente, en la legislación entre sistemas del derecho interno de la Unión Europea. Se abordó un recogido de la interpretación de un del Tribunal Constitucional, sobre conflictos llevados a interpretación, en última instancia, y que viene formando el conjunto de la jurisprudencia respecto los límites de la actuación del ordenamiento territorial en España.

Sección III

El modelo subsidiario del derecho de agua en Brasil.

1. El marco constitucional del agua en el derecho brasileño.

El diseño constitucional del elemento ‘agua’ en el derecho brasileño tiene distintas regulaciones, tanto sea cómo un *bien jurídico del demanio público o patrimonio nacional*, como sea relacionado con el reparto de las competencias legislativas en la protección medio ambiental y de la gestión de los recursos hídricos, o aún cómo el conjunto de los recursos hídricos relacionados con los sectores económicos versando sobre control y ejecución de los servicios delegados a concesionarios público-privados.

Por tanto, la Constitución Federal de 1988 (adelante CF) presenta las dimensiones del agua en diferentes títulos del texto constitucional de «la organización del Estado» (Título III), del «medio ambiente» y «orden social» (Título VIII) a que se reportará, a continuación, en una breve síntesis:

1.1. El agua: *bien común* y demanio público.

Los artículos 20 y 26 de la CF dimensionan las aguas cómo bienes de demanio público de la Unión y de los Estados-miembros, respectivamente, llevando en cuenta los espacios territoriales competenciales de cada uno de estos entes federativos.

Por tanto, fue delimitado un reparto de la protección de los bienes constituidos por las aguas superficiales y terrenos marginales, islas y mar territorial, según el demanio público entre la Unión y los Estados-miembros, bajo el criterio de soberanía de cada ente.

i) Son bienes de demanio público de la Unión: _ los lagos, ríos y cualquier corrientes de agua en territorio de su dominio, o que exceden más de un Estado-miembro, sirvan de límites con otros países, o que se extiende a territorio extranjero o dele provengan, asimismo, las orillas y las playas fluviales (20, III CF); _ las islas fluviales y lacustres en zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas; islas oceánicas y

costeras, se excluyendo, de estas, las que contengan la sede de Municipios, excepto las áreas afectadas a los servicios públicos y las de conservación del medio ambiente de interés federal; también se excluyen de las áreas antes referidas las que fueren de dominio de los Estados-miembros, en conformidad con el artículo 26, II de la CF (20, IV); _ además, los recursos naturales de la plataforma continental y de zona económica exclusiva (20, V CF); la mar territorial (20, VI CF); _ los terrenos de marina y sus acrecidos VII; los potenciales de energía hidráulica (20, VIII CF); _ y, las tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas, lo que por supuesto, allí se insertan los recursos hídricos del *hábitat* (20, XI CF)

ii) Son bienes de demanio público de los Estados-miembros: (Art. 26, I, II, III) _ las aguas superficiales o subterráneas, fluentes, emergentes y en depósito, excepto, las que resultan de obras de la Unión; _ las áreas en islas oceánicas y costeras en su territorio, excluidas las que están en demanio de la Unión, de *Municipios* o terceros; _ las islas fluviales y lacustres no pertenecientes a la Unión;

Por último, es posible aún dimensionar el demanio público del municipio en relación a las aguas de islas oceánicas y costeras a tenor del artículo 26, III CF ya referido.

iii) El agua cómo recurso natural universal integrado en el medio ambiente:

En otro giro, la Constitución Federal en el artículo 225 dispone que el medio ambiente es un bien de uso común del pueblo y esencial a la calidad de vida sana, e impone al poder público y a la colectividad el deber de defender y preservarlo para las generaciones de hoy y las que advendrán.

En esta concepción jurídica (y de visión holística) el texto constitucional pone en evidencia la condición primera de que el medio ambiente es bien de uso común, lo que deriva incluir en ese contexto el conjunto de los recursos naturales: las aguas. Por lo tanto, vía de regla, se permite comprender el agua cómo *bien de uso común*, aunque habrá situaciones en que esté en límites físicos de la propiedad privada, con restricciones del

uso a personas foráneas, pero la condición primera es la del acceso al agua a todos, y en condiciones de escasez, tendrá prioridad el consumo humano y para abreviar el ganado¹²⁶⁷.

1.2. El reparto de las competencias de los recursos hídricos en la CF y el principio de subsidiariedad.

El tema del agua se encuentra fragmentado en varias disposiciones del texto constitucional, en la materia de la descentralización territorial y de la regulación respecto al tema de los *recursos hídricos*¹²⁶⁸, de la función pública y los servicios relacionados con el agua en sus variados usos y los sectores económicos (energía, minería, urbanismo, etc.).

No obstante, de esta situación en concreto, se considera que la interpretación y aplicación de las normas de la Constitución de 1988 relacionadas con el agua deben armonizarse para una efectiva aplicación integradora entre protección del medio ambiente, gestión de recursos hídricos y prestación de los servicios del suministro del agua potable, y otros relacionados con el agua. Razonamiento este, en que se debe plantear la incidencia del principio de subsidiariedad desde la regulación de las competencias compartidas del texto constitucional en relación con las competencias territoriales, y entre los límites reguladores de la competencia general y privativa de la Unión.

Cómo se tiene afirmado en la doctrina ambientalista brasileña el legislar sobre aguas conduce relacionar el régimen jurídico de protección con las otras leyes sobre protección del medio ambiente.¹²⁶⁹

¹²⁶⁷ Vide el Artículo 1ºArtigo, apartado III de la Ley 9433/97, de 08 de enero, que regulamenta la política nacional de recursos hídricos. *Op. Cit.*

¹²⁶⁸ Sobre el concepto de recursos hídricos en el derecho brasileño ver la parte especial, cap. II, sección II, apartado 2. que referimos en este trabajo.

¹²⁶⁹ Cómo afirma el profesor Paulo Leme Machado, respecto las competencias constitucionales en tema de medio ambiente: «... as competências privativa e concorrente devem integrar-se. Uma regra que teria um caráter de norma única, no exercício da competência privativa, passa a ter a característica de norma geral, uma das qualidades da competência concorrente. Cfr. MACHADO, Paulo L. *Meio ambiente e repartição de competências*. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Número 16, Septiembre 2007. Pág. 04-05. Disponible en: < http://huespedes.cica.es/gimadus/16/01_paulo.html> . [Consultado en 16 enero 2009].

La Constitución de 1988 no enuncia el principio de subsidiariedad formalmente, pero este principio ordenador del reparto de las competencias entre los entes federales, del cual ya tratamos en el Capítulo II, Sección de la parte general, sin duda relaciona un conjunto de temas del artículo 24 § 2º CF relativo a competencia concurrente y suplementar, que se suele determinar cómo de aplicación genuina del principio de subsidiariedad, además, en de otros materias que pueden específicamente a ser legisladas por los Estados-miembros, condicionadas a dispositivo de ley complementar de iniciativa de la Unión Federal, en conformidad con el art. 22 párrafo único CF.

Por eso, en se tratando de las competencias concurrentes o suplementar la doctrina recomienda¹²⁷⁰ que se adopte en la interpretación, una tradición heredada del derecho constitucional de la Constitución de 1934, que es la norma del art. 5º § 3º, a seguir enunciado, del texto original, en lenguaje clara y objetiva: “As leis estaduais, nesses casos, poderão atendendo às peculiaridades locais, *suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.*” [Destacamos en cursiva].

De modo que, el principio de subsidiariedad en el texto de la constitución de 1988 no fue contemplando de manera formal, pero se tiene seguido la norma del artículo 18 que dispone sobre la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil que comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de la Constitución. Por ello se señala que, ni siempre los principios que fundamentan la República Federativa, que no fueren explicitados formalmente en la Carta Política, no se excluyen de ser interpretado como tal, y sigue siendo una ‘norma de costumbre’.

Pasemos a una breve delimitación de análisis de las competencias constitucionales relacionadas con el tema de agua en el derecho brasileño.

1.2.1. Competencias materiales exclusivas y compartidas:

¹²⁷⁰ Cfr. MACHADO, Paulo L. *Competencia ambiental da União e dos Estados*. En: *Direito Ambiental Brasileiro*. 16ªed. São Paulo: Malheiros. 2008. Pág. 113.

Las competencias materiales son las que están directamente relacionadas con las funciones administrativas propiamente, no comprende las competencias legislativas:

i) el primer matiz refiere a los aspectos económicos del artículo 20 párrafo 1º de la CF, en que el legislador constitucional garantizó el reparto entre la Unión y los Estados-miembros, Distrito Federal y Municipios de *los resultados obtenidos con la explotación de los recursos hídricos para fines de participación en generación de energía hidráulica y otros recursos advenidos de la plataforma continental, mar territorial o zona económica exclusiva o aún de compensación financiera en virtud de la explotación.*

ii) Este dispositivo está de conformidad con el artículo 21, apartado XII, letra ‘b’ que regula las competencias de ‘Unión en articulación con los Estados-miembros’ en la explotación directa o mediante autorización, concesión o permisión de los servicios de infraestructuras de energía eléctrica y del aprovechamiento energético de los cursos del agua, en los territorios de aquellos donde están los recursos hidroenergéticos en potencialidad.

iii) Además, se observa que el mismo artículo 21 de la CF, versando sobre temas del agua conectados con otros asuntos, se subdivide en apartados distintos, p. ej., además de las que están en la competencia exclusiva de la Unión: explorar directamente o mediante autorización, concesión o permisión de los servicios u emprender otras acciones, se incluye las siguientes actuaciones relacionadas con la protección de los recursos hídricos¹²⁷¹:

¹²⁷¹Transcribimos solo los apartados relacionados con el tema de los recursos hídricos o de competencias que pela condición está relacionada con el tema del agua. Vease en el texto original: «Art. 21. Compete à União: [...] IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:...b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; ... d) [...] aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;... f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...] XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico [...]; XXII - executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira; [...] XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.» *Op.cit.*

- _ el transporte hidroviário entre puertos brasileños y fronteras nacionales o que sobrepasan los límites del Estado o Territorio;
- _ los puertos marítimos, fluviales y lacustres;
- _ planificar y promover la defensa permanente contra las calamidades públicas, especialmente sequías e inundaciones;
- _ instituir el sistema nacional de gestión de los recursos hídricos y definir criterios de otorga de derechos del uso;
- _ instituir directrices para el desarrollo urbano, inclusive vivienda, saneamiento básico;
- _ ejecutar los servicios de policía marítima y fronteras;
- _ establecer las áreas y condiciones para el ejercicio de la actividad de extracción de minería, en forma asociativa.

iv) Otro aspecto que se pone de relieve es sobre la *competencia común o compartida* entre los cuatro entes federativos (Unión, Estados-miembros, Distrito Federal y Municipios) prevista en el artículo 23, apartados VI, VII e XI que se refieren a aguas, por se tratar de: _ la protección del medio ambiente, contra la degradación en cualquier de sus formas; _ preservar las forestas, fauna y flora; y _ registrar, dar seguimiento y hacer el control de las concesiones en derechos de explotación de recursos hídricos y minerales en los respectivos territorios.¹²⁷²

v) La Constitución aún dispone sobre las competencias verticales especiales:

La Unión tiene la competencia para emprender y ejecutar los planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y del desarrollo económico y social (Art. 21, IX CF), materia que fue detallada en dispositivo especial del texto constitucional en el Capítulo VII, que dispone ‘De la Administración Pública’, dedicando la ‘Sección IV _ De las regiones’.

¹²⁷² Vease el texto original, los apartados que se refieren al asunto comentado: « Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] XI - registrar, acompanhar (seguimiento) e fiscalizar (control) as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;» *Op.cit.*

Esta iniciativa que, *ex vi*, del artículo 43 § 3º CF¹²⁷³, atribuye a la Unión un carácter especial de la función de administrativa incentivando medidas al desarrollo de las regiones de repercusión en la organización territorial, lo que debe hacer en articulación con los Estados.

No obstante, la centralidad de actuación es de la competencia de la Unión lo que fue efectivamente consagrada, porque el legislador constituyente aún remarcó que tal acción depende de iniciativa de ley complementar a cargo del Legislativo Federal (Art 61 CF)¹²⁷⁴. Véase, p. ej., la ley complementar nº 94/98¹²⁷⁵, de 19 de febrero que autorizó el poder ejecutivo federal a crear la región integrada de desarrollo del Distrito Federal y entorno, en que tiene definido que forman parte de la región administrativa el Distrito Federal¹²⁷⁶ y municipios de los Estados de Goiás¹²⁷⁷ y Minas Gerais.¹²⁷⁸

Las acciones de competencia de la Unión respecto a esta iniciativa del regionalismo, tiene dado lugar a cuestiones judiciales planteando los intereses de las

¹²⁷³ Cfr. en la CF: « Art. Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º - *omissis*; § 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: [...]; IV - *prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas*. § 3º - *Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação*». [Subrayamos]

¹²⁷⁴ Véase el texto original de la CF de 88: «Art. 61. *A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição*». [Destacamos en cursiva]. Disponible en URL: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp94.htm>.

¹²⁷⁵ Dispone en artículo 1º que: «Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a criar, para efeitos de articulação da ação administrativa da União, dos Estados de Goiás e Minas Gerais e do Distrito Federal, conforme previsto nos arts. 21, inciso IX, 43 e 48, inciso IV, da Constituição Federal, a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno - RIDE. Cfr. LEI COMPLEMENTAR Nº 94, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998, que autoriza o Poder Executivo a criar a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno - RIDE e instituir o Programa Especial de Desenvolvimento do Entorno do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponible en URL: <en línea> < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp94.htm>

¹²⁷⁶ Además de Brasília y entorno (ciudades ‘satélites’).

¹²⁷⁷ Municipios de Abadiânia, Água Fria de Goiás, Águas Lindas, Alexânia, Cabeceiras, Cidade Ocidental, Cocalzinho de Goiás, Corumbá de Goiás, Cristalina, Formosa, Luziânia, Mimoso de Goiás, Novo Gama, Padre Bernardo, Pirenópolis, Planaltina, Santo Antônio do Descoberto, Valparaíso e Vila Boay.

¹²⁷⁸ Municipios de Unai y Buritis.

comunidades locales y de municipios, en la efectiva participación en los procesos decisorios, respecto los planes de obras hidrográficas de gran impacto económico-ambiental. Son problemas que generan tensión entre la función de subsidiariedad en la representación en el proceso participativo de las comunidades a través de las asociaciones en antagonismo con las funciones de competencia directa de la Unión Federal. En el apartado siguiente se tratará de ese punto.

De otra parte, los Estados-miembros tiene conferida la competencia del artículo 25 § 3º CF para instituir en el ámbito de los territorios de la unidad federativa, las regiones metropolitanas, aglomerados urbanos y ‘microrregiones’ en que tomarán parte los municipios de un determinado entorno, con fines de promover mejor el aprovechamiento territorial y económico de una zona. Tales competencias, en ambas las situaciones subrayadas en este apartado se relacionan con la política de los recursos hídricos. Véase, porqué:

a) el primer, la competencia de la Unión para incentivar mediante acciones estratégicas en articulación con los Estados-miembros, con prioridad, para el aprovechamiento económico y social de *los ríos y masas del agua* represadas, a ser rebalsada o para en embalse en las regiones con bajo indicadores de rienda, sujetos a sequías periódicas. Y, además, de incentivar la recuperación de tierras de pequeños y medios propietarios rurales o crear condiciones de llevar a las parcelas rurales más desproveídas los recursos del agua e irrigación.

b) el segundo, de competencia de los Estados-miembros instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanísticas y microrregiones en que se atañe formar agrupamientos de municipios circundantes para integren en una misma organización territorial la planificación y ejecución de funciones públicas de interés común al desarrollo de una región (Art. 25 § 3º CF)¹²⁷⁹. Sin embargo, este es otro punto de conflictos relacionado con la autonomía de los municipios en la función de subsidiariedad

¹²⁷⁹ Cfr. en la CF: « Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. *Op.cit.*

en algunas situaciones en que son restringidos la participación en los procesos decisorios centralizados por el Estado que coordina la región. Este otro punto fue abordado la parte general, Capítulo II, Sección IV, apartado 2, alineación ii.

1.2.2. Competencias legislativas privativas y concurrentes:

i) la competencia privativa de la Unión y las excepciones constitucionales.

La Constitución en el artículo 22, apartado IV¹²⁸⁰ confiere la competencia privativa de la Unión para legislar sobre agua, *energía* y otros temas allí delimitados, pero, el legislador constituyente previó a la regulación privativa excepciones en conferir a los Estados-miembros la competencia legislativa para cuestiones específicas. Por tanto, señaló en el párrafo único que: *mediante ley complementar la Unión puede autorizar la competencia legislativa para cuestiones específicas de los asuntos previstos en lo mencionado artículo*. De ahí, que el tema de agua tiene admitido, hoy en Brasil, regulación concurrente con los Estados-miembros en determinados asuntos específicos de la gestión del agua (aquí empleando ‘gestión del agua’ en el mismo sentido de recursos hídricos), desde que observadas las normas generales de la competencia federal¹²⁸¹.

ii) la competencia legislativa concurrente entre los entes federales:

El principio de subsidiariedad tiene una clara aplicación en el artículo 24 y párrafo 3º de la CF que dispone explícitamente: Art. 24. *Omissis*. «§ 2º La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no se excluye la *competencia suplementar de los Estados*».¹²⁸²

¹²⁸⁰ Véase el artículo 22, IV de CF: « Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - águas, energia (...). Parágrafo único. Lei complementar *poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*». [Destamos en cursiva]. *Op.cit*.

¹²⁸¹ Véase, por ej., la Lei Estadual nº 8.149/04, que instituye la política Estadual de Recursos Hídricos, o Sistema de Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos, y los Decretos Estaduales, nºs 27.845/11 (águas superficiales) y nº 28.008/2012 (águas subterráneas), ambos regulamentan la Lei nº 8.149/04.

¹²⁸² Cfr. el dispositivo en el texto constitucional: «Artículo 24. § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. §

Por ello, entre otras, están las competencias concurrentes entre la Unión, Estados-miembros y Distrito Federal para legislar en materia del medio ambiente: bosques, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, protección del suelo y de *recursos naturales, responsabilidad por daños al medio ambiente*, bienes de valor histórico, turístico, *paisajes* entre otros del referido artículo 24, apartados VI, VII CF¹²⁸³, de modo que, en este tema de protección de los recursos naturales y paisajes se incluye, asimismo, la protección de las aguas.

1.2.3. Competencia específica sobre las tierras indígenas y recursos hídricos.

Por último, se resalta que sobre las tierras indígenas la Constitución hizo una regulación especial en los artículos 49 apartado XVI y 231 CF¹²⁸⁴ y sobre los recursos hídricos allí existentes, dispone que solo el Congreso Nacional podrá otorgar la explotación, el aprovechamiento, de los recursos hídricos e investigaciones de minería, bienes estos que están tutelados por la Unión, consonante nos referimos anteriormente en apartado i).

2. La aplicación del principio de subsidiariedad en la política de los recursos hídricos de Brasil.

La competencia de la Unión para instituir el sistema nacional de gestión de los recursos hídricos y en definir los criterios de otorga de derechos del uso (Art. 21, XIX CF), en promover las acciones en ámbito geoeconómico y social, con el fin de promover

4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário».

¹²⁸³ Véase el artículo 24, VI y VII de la CF: « Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII- *omissis*; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;». *Op.cit.*

¹²⁸⁴ Véase los artículos 49, XVI y 231 de la CF en el texto original: «Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:[...] XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;» y « Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.». *Op. Cit.*

el desarrollo y disminución de desigualdades entre las regiones (art. 43 CF) enmarcan aún, el carácter de centralidad de la Unión en el federalismo brasileño, en importantes temas de la política de gestión del agua en el territorio en la toma de decisiones y de ejecución, y del control presupuestario para distribución a los Comités de Cuencas Hidrográficas.

No obstante, la ley federal 9433/97, de 08 de enero, el artículo 1º, apartado VI, garantizó la subsidiaridad territorial y funcional fijando entre los principios fundamentales de la política nacional de gestión de los recursos hídricos, que la gestión se rige de conformidad con la *descentralización* y debe *tener en cuenta la participación del poder público, usuarios y comunidades*, consonante ya comentamos anteriormente (parte especial, Capítulo II, Sección II, apartados 2 y 3), pero la implementación de estos comandos legales, pasan por un dificultoso interés de los entes estatales¹²⁸⁵.

Es cierto que, en aproximación con el sistema europeo, el art. 1º, apartado VI de la Ley brasileña no solo establece que la gestión será orientada por el principio de subsidiariedad, específicamente refiere sobre la *descentralización territorial* (véase la primera frase del apartado VI), cuanto remite a la función de subsidiariedad (contemplada en la segunda frase del referido dispositivo) que fuese adoptado en los *niveles más próximos de los interesados o beneficiarios* respecto a las decisiones, la participación, la información y consultas de interés de las comunidades en tema de la gestión del agua.

En efecto, ni siempre aparece de forma clara y libre de dudas, entre los entes estatales: Unión Federal y Estados-miembros, a través de sus órganos descentralizados encargados de la ejecución de medidas y de la gestión de los recursos hídricos, se efectivamente están actuando en cumplimiento con la función de subsidiariedad, o se están observando los rasgos de las competencias en materia de servicios relacionados con el agua, en conformidad con el principio de subsidiariedad.

¹²⁸⁵ Cfr. el texto de la ley 9433/97, de 08 de enero: « Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: (...) VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.»

Al contrario, parece que en un conjunto de supuestos las competencias entre estados y municipios están en constante conflictos, o asimismo entre la Unión y los Estados, e incluso respecto las omisiones en la actuación administrativa a fin de que sean garantizadas a los entes locales (municipios) o entidades de representación de las comunidades sobre la participación que toca a sociedad. Algunos casos concretos serán puntualizados a ese respecto, pero son variados los supuestos de modo que esta investigación no pudo traer un enlace en los dos sistemas comparados, dejando se por lo tanto de establecer una relación de derecho comparado en ese sentido.

Pasemos a hacer una breve consideración respecto a la función del Comité de Gestión de Cuenca, exclusivamente en la parte que trata de la función de subsidiariedad de los entes locales y de la coordinación de los Estados-miembros.

2.1. De la participación social en los Comités de Cuencas Hidrográficas.

Pese que el Brasil se encuentre en el pleno desarrollo del modelo subsidiario del derecho de agua, se observa que en los Estados-miembros el proceso de creación y organización de los Comités de Cuencas presentan disparidades, afrontan grandes dificultades de articulación entre las Autoridades públicas de los tres niveles (Unión, estados y municipios/distrito federal), también entre la ordenación territorial con la sociedad civil. Asimismo, los problemas se refieren a gestión y falta o poca disponibilidad presupuestaria para llevar a cabo los objetivos de la planificación hidrográfica.

En Brasil, el legislador federal brasileño establece con claridad sobre el papel organizativo y de la composición de los Comités de Cuencas Hidrográficas en que se debe constituir de representantes del poderes públicos de la Unión, Estados o del Distrito Federal (s la cuenca esté situada en parte de su territorio), Municipios y de los usuarios de las aguas relacionados con la forma de actuación, bien así, con la efectiva participación de los representantes de comunidades por asociaciones, legalmente constituidas y con actividad comprobada, en la actuación en la región de la cuenca¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶ Cfr. el texto de la Ley 9433/97:« Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes:

I - da União;

En otro aspecto la ley establece normas de cómo se estructura, el funcionamiento y disponibilidad de los recursos financieros relativo a su mantenimiento. (Artículos 37 y 38).

Según los datos de la Agencia Nacional del Agua, en Brasil existen creados por ley aproximadamente 194 Comités de Cuencas Hidrográficas¹²⁸⁷ entre organismos federales e estaduais, hasta el año de 2013. Los Comités de cuencas se organizan en una red de interconexiones de las actividades y actualmente forman parte del Fórum Nacional de las Cuencas Hidrográficas cerca de 21 Estados-miembros, en asociación (en cada estado-miembro el número de comités varían de conformidad con las cuencas existentes), con el Distrito Federal y los Comités Federales respectos las cuencas de ríos federales, estes en número de siete¹²⁸⁸.

Aunque, se considere que el Brasil no posee una ‘maturidad hídrica’ comparada a los sistemas subsidiarios de España, p.ej., el país de tradición de las ‘Confederaciones sindicales hidrográficas’, o de la gestión integrada de cuencas cómo en Francia, lo cierto es que los avances están llegando despacio, y mucho se tiene que consolidar, en términos de concienciación de las comunidades ribereñas y de las

II - dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação;

III - dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação;

IV - *dos usuários das águas de sua área de atuação;*

V - *das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.* [Destacamos en cursiva]

§ 1º O número de representantes de cada setor mencionado neste artigo, bem como os critérios para sua indicação, serão estabelecidos nos regimentos dos comitês, limitada a representação dos poderes executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios à metade do total de membros.

§ 2º Nos Comitês de Bacia Hidrográfica de bacias de rios fronteiraços e transfronteiraços de gestão compartilhada, a representação da União deverá incluir um representante do Ministério das Relações Exteriores.

§ 3º Nos Comitês de Bacia Hidrográfica de bacias cujos territórios abranjam terras indígenas devem ser incluídos representantes:

I - da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, como parte da representação da União;

II - das comunidades indígenas ali residente ou com interesses na bacia.

§ 4º A participação da União nos Comitês de Bacia Hidrográfica com área de atuação restrita a bacias de rios sob domínio estadual, dar-se-á na forma estabelecida nos respectivos regimentos.

¹²⁸⁷ Cfr.en Atuação dos organismos de bacia no Brasil. Comités de Cuencas Hidrográficas. En: ANA. Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil-2014. Brasília: ANA. 2014. Pág. 82. <http://conjuntura.ana.gov.br/docs/conj2014_inf.pdf>

¹²⁸⁸ Cfr Comité Nacional de Bacias Hidrográficas. <en línea> <<http://www.encob.org/>> [Consulta en 10 de enero de 2015]

responsabilidades de los gobiernos estatales, municipales en se comprometer con la gestión integrada del agua, según no solo en la regulación, pero en hacer cumplir las obligaciones estatuidas, incluso de control de los concesionarios o los sectores privados que detiene otorga de derechos de recursos hídricos.

En algunos Estados-miembros los Comités de Cuencas son de creación reciente y, en algunos de ellos, solo fueron creados parcialmente, considerando que hay Estados que poseen varias cuencas hidrográficas¹²⁸⁹. Además, se observa que las leyes estatales presentan configuraciones asimétricas respecto la demarcación hidrográfica en que unos delimitaron el territorio por criterios de regiones hidrográficas, subdividido en ‘cuencas federales y estatales’, ya otros, por región hidrográfica, citándose para comparar, respetivamente, por ejemplo, los Estados de Maranhão (nordeste) y Santa Catarina (sur)¹²⁹⁰ los cuales se distinguen los siguientes límites territoriales de las unidades hidrográficas:

i) Decreto Estadual 27.845/11, de 18 de noviembre del Estado de Maranhão¹²⁹¹:

«Art. 5º. Para efeitos do estabelecido na Política Estadual de Recursos Hídricos, o Estado de Maranhão ficará dividido em doze regiões hidrográficas, sendo:

I- três Bacias Hidrográficas Federais: a) Bacia Hidrográfica do Rio Paranaíba; b) Bacia Hidrográfica do Rio Tocantins; c) Bacia Hidrográfica do Rio Gurupi;
II- sete Bacias Hidrográficas Estaduais: a) Bacia Hidrográfica do Rio Preguiças; b) Bacia Hidrográfica do Rio Peria; c) Bacia Hidrográfica do Rio Munim; d) Bacia Hidrográfica do Rio Itapecuru; e) Bacia Hidrográfica do Rio Mearim; f) Bacia Hidrográfica do Rio Turiaçu; g) Bacia Hidrográfica do Rio Maracaçumé;

¹²⁸⁹ Cita-se por ej. el Estado do Maranhão que tiene dos Comites de Cuencas de Ríos Munim y Mearim creados en 2013. No obstante, la organización hidrográfica presenta siete cuencas estatales.

¹²⁹⁰ Cfr. DECRETO 27.845/11, de 18 de noviembre. São Luís: SEMA. Disponible en: <en línea> <<http://www.sema.ma.gov.br/pdf/DO-18-11-2011%20Decreto%20%C3%81guas%20Superficiais.pdf>> [Consultado en 10 de octubre de 2014]

¹²⁹¹ Cfr. Ley Estadual nº 10.949, de 09 de novembro de 1998, relativo recursos hídricos del Estado de Santa Catarina. Disponible en: <en línea> <http://www.aguas.sc.gov.br/jsmallfib_top/DHRI/Legislacao/Lei-Estadual-10949-1998.pdf> [Consultado en 10 de octubre de 2014]

III- dois Sistemas Hidrográficos Estaduais: a) Sistema Hidrográfico do Litoral Ocidental; b) Sistema Hidrográfico das Ilhas Maranhenses

ii) Ley nº 10.949, de 09 de noviembre de 1998 del Estado de Santa Catarina:

Art. 3º - Para efeito desta Lei, as 10 (dez) Regiões Hidrográficas ficam assim denominadas e formadas:

I - RH 1 - Extremo Oeste (Bacias: Peperi-Guaçú e Antas - Área da Região - 5.962 Km²); II - RH 2 - Meio Oeste (Bacias: Chapecó e Irani - Área - 11.064 Km²); III - RH 3 - Vale do Rio do Peixe (Bacias: Peixe e Jacutinga - Área - 8.189 Km²); IV - RH 4 - Planalto de Lages (Bacias: Canoas e Pelotas - Área - 22.808 Km²); V - RH 5 - Planalto de Canoinhas (Bacias: Iguaçú, Negro e Canoinhas - Área - 11.058 Km²); VI - RH 6 - Baixada Norte (Bacias: Cubatão e Itapocú - Área - 5.138 Km²); VII - RH 7 - Vale do Itajaí (Bacia: Itajaí-Açú - Área - 15.111 Km²); VIII - RH 8 - Litoral Centro (Bacias: Tijucas, Biguaçu, Cubatão do Sul e Madre - Área - 5.824 Km²); IX - RH 9 - Sul Catarinense (Bacias: Tubarão e D' Una) - Área - 5.991 Km²); X - RH10 - Extremo Sul Catarinense (Bacias: Araranguá, Urussanga e Mampituba - Área - 4.849 Km²).

Otro punto a destacar, es sobre la elaboración de los planes estaduales hidrográficos de las Cuencas (planificación hidrográfica), se tiene en consideración que después de superados los obstáculos para crear e instalar los Comités de cuencas estaduales, estes presentan dificultades de operatividad, de la capacidad técnica y de inversión en las infraestructuras, de forma a garantizar los objetivos y directrices programadas en el plan hidrográfico, con vista a establecer padrones adecuados de protección de los recursos hídricos, oferta de mejores condiciones de abastecimiento y por medio del principio de precaución, poner en marcha un proyecto de 'seguridad hídrica'.

Es cierto que la función cometida a los Comités, en la Ley 9433/97 en el artículo 38, apartado V, consiste en: – dar seguimiento a la ejecución del Plan de Recursos Hídricos de Cuenca y sugerir medidas al necesario cumplimiento de las metas programadas. Por eso, la Agencia Nacional de Agua tiene sostenido que los Comités de Cuencas son verdaderos '*parlamentos del agua*'¹²⁹² tiene la función de implementar los

¹²⁹² Cfr.en Atuação dos organismos de bacia no Brasil. Comités de Cuencas Hidrográficas. En: ANA. Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil-2014. Brasília: ANA. 2014. Pág. 82. <http://conjuntura.ana.gov.br/docs/conj2014_inf.pdf>

instrumentos técnicos de gestión, de negociación de conflictos y de desarrollo sostenible de los usos múltiples del agua, en la cuenca hidrográfica.

Por lo tanto, se existen en Brasil cerca de 194 Comités, número este aún modesto porque solo cubre cerca de 30% (treinta porcentual) de las regiones hidrográficas (teniendo en cuenta estos datos de 2014 del Informe de la Agencia Nacional de Agua¹²⁹³), por supuesto, queda mucho por hacer e implementar. Se tiene informado en la prensa y en los ‘foro de discusión’ que una gran parte de estos Comités, que ya tiene elaborado los planes hidrográficos, pasan por problemas de gestión, de capacidad técnica y de inversión en el plan de infraestructura, en priorizar el seguimiento de la gestión del agua cuanto a metas de reservación hídrica, del acceso al agua, de la protección de los ríos, lagunas, humedales, manantiales y los acuíferos.

Las trabas burocráticas, políticas y de costes de mantenimiento de los sistemas hídricos estatales son algunos factores que problematizan la acción subsidiaria de los entes locales y de inclusión de la participación social.

La organización y estructuración de los Comités de Cuencas en todas las regiones del país, y la puesta en práctica de sus actividades, sigue siendo complicado armonizar la integración de la gestión del agua en el plan político-administrativo, eso porque en unas regiones, donde hay Comités en condiciones de mayores avances que en otros, _ no solo porque son más antiguos y ya tiene una experiencia de actuación_, pero, también uno de los factores que obstaculizan el desarrollo se debe a la parte de responsabilidad de los gobiernos de los Estados-miembros que no priorizaran, efectivamente, la aplicación de la ley en el seno de las comunidades donde se sitúan las cuencas, sea por falta de recursos públicos argumentos que algunos ponen de manifiesto, o sea por falta de ‘voluntad política’.

En ese contexto, existe también una discrepancia entre la acción de regulación y la de función. Es decir, en el aspecto de la *regulación*, los Estados promueven, de una parte, la integración legislativa de su base territorial al sistema nacional, regulando la

¹²⁹³ Ibidem., pág. 82.

competencia concurrente con la ley federal, como se suele implementar mediante la expedición de leyes y decretos; pero, de otra, en el aspecto de la *funcionalidad y organización administrativa*, los mismos no emprenden la función subsidiaria, en la misma velocidad.

Se suman, a esos indicativos, otras cuestiones de manejo de decisiones equivocadas tanto en expedición de leyes con afrontan la ley nacional y los principios constitucionales, cuanto en acciones de gestión de recursos hídricos con derroches de recursos públicos, atrasos de proyectos de mala estructuración o ninguna planificación estratégica confiable.

À propósito, tomando en referencia el Estado de Santa Catarina, donde fueron apuntados algunos de estos aspectos que subrayamos arriba, se resalta que la primera ley estadual estableciendo la organización de cuenca hidrográfica fue aprobada en 1998 (a que reportamos antes); mientras tanto, en reciente audiencia pública, en este año de 2015, según la ‘Comissão de Legislação Participativa da Assembléia Legislativa’ y el ‘Fórum Parlamentar do Aquífero Guarani e das Águas Superficiais’ aquello Estado tiene 16 Comités de Cuencas creados, pero, en efecto, ningún cuenta con plan hidrográfico de cuenca.

Además, el Estado no tiene aún desarrollado un Plan Estadual Hidrográfico, y ni dispone de una Autoridad de Gestión u órgano especial para la ejecución de las acciones de gestión del agua en territorio. Por último, fue destacado en el ‘balance hídrico’ que los Comités afrontan, además de dificultades estructurales, la falta de recursos financieros, debido no ser tratar de entidades dotadas de personalidad jurídica, lo que les imposibilita de recibir subvenciones públicas¹²⁹⁴.

2.2. Algunos rasgos idiosincrásicos de la gestión subsidiaria en la práctica.

La Agencia Nacional del Agua abre ahora el debate nacional sobre la *crisis hídrica* que afecta la seguridad del abastecimiento del agua en dos importantes regiones,

¹²⁹⁴ Cfr. estos datos en lo documento informado en la página web del Comité Hidrográfico de Cuenda del Vale de Itajaí. Disponible en: <en línea> < <http://www.comiteitajai.org.br/portal/index.php/comite/151-noticias/371-audiencia-aponta-falta-de-gestao-dos-recursos-hidricos-em-santa-catarina.pdf>>

el sudeste y nordeste de Brasil, la primera por ser el polo económico, y la segunda de gran interés turístico y medio ambiental, por el que la Agencia propone un cambio del control de la gestión integrada.

Ante el la Comisión Mixta del Cambio Climático del Senado en el Congreso Nacional, en audiencia pública (mayo 2015) con representantes de Agencia Nacional y Ministerio de Integración fue planteado por la entidad reguladora sobre la necesidad de se poner nuevas márgenes y límites a los concesionarios públicos que detiene la otorga de los servicios de reservación del agua, debido las serias dificultades de fiscalidad del Órgano Regulador en conocer datos sobre las variaciones de los estados críticos de los reservatorios de agua.

Lo problema reside en que no se dispone de un instrumento técnico-jurídico de cumplimiento obligatorio para que los concesionarios informen a través de un ‘sistema de alerta de consumo’ los cuantitativos en depósitos de agua en el país, incluso en períodos de hacinamiento, por eso la falta de un control nacional de monitoreo del uso del agua desde la capacidad máxima de los embalses, de modo a se evitar el ‘stress hídrico’ a que se tiene llegado en algunas regiones¹²⁹⁵, por ya referido la problemática que se pasa en el Estado de São Paulo, con empeoramiento de la sequía, en la región sudeste¹²⁹⁶, en bajas tasas de precipitación de lluvias hace dos años.

¹²⁹⁵ Vide el Informe de la Agencia Nacional de Agua edición especial sobre la crisis hídrica _ 2014 « En 2012, en la región semiárida se clasificaron como seco en casi el 90% de las estaciones (163 estaciones), y en el 36% de las estaciones totales se encontraban entre los tres peores sequías de la historia. En 23 temporadas de sequía registros fueron registrados, especialmente en el norte del noreste, donde los tiempos de retorno de estas sequías en muchos lugares superaron 100 años. El período de tres años de análisis es un primer año muy crítico en términos climáticos, dando lugar a situaciones dramáticas, con fuentes y los inventarios están agotando bruscamente, seguido de dos años con poca lluvia, caracterizándolos años secos. Por último, la reserva de vista, el curso de tres años, ha causado el uso obligatorio de reservas sin lluvia ha sido capaz de mitigar o promover presas de recarga en el Semiárido, estratégico para la población de la región. ». Pág.9. Cfr. el AGENCIA NACIONAL DE AGUA. Conjunta dos Recursos Hídricos no Brasil. Encarte especial sobre a crise hídrica. Informe 2014. Brasília: ANA/MMA. 2015. Disponible en: < en línea> <<http://conjuntura.ana.gov.br/docs/crisehidrica.pdf>> [Consultada en 14 de abril de 2015]

¹²⁹⁶Vide el Informe de la Agencia Nacional de Agua edición especial sobre la crisis hídrica _ 2014 « En Brasil las lluvias del sureste en 2014 fueron particularmente anómala. Teniendo en cuenta solo las estaciones de más de 50 años de datos, se encontró que el 25% de la lluvia años fue entre 3 peor ya registrado. En São Paulo, la cifra se eleva al 50%, y el 30% del evento fue el más seco de la historia. Contribución de las cuencas de los principales embalses de abastecimiento urbano en el sureste, como el Sistema Cantareira y Paraíba do Sul sistemas cuentan en 2014 con la lluvia, cerca de la más baja jamás registrada en la historia, lo que impidió la recuperación de los niveles de los embalses. El análisis del grado de excepcionalidad de este evento la sequía en la región, desde el tiempo de respuesta, se observa que la

En ese sentido, el diagnóstico hecho en el Informe de ANA fueron puntualizados cinco preocupaciones¹²⁹⁷ para se centrar nuevas aportaciones al cambio de la realidad vivenciada:

«_A La mayor parte del país se encuentra en estado satisfactorio y la cantidad y calidad del agua. Se destacan las demarcaciones hidrográficas del Amazonas, Tocantins-Araguaia y Paraguay, donde la demanda de consumo de agua es muy por debajo de las otras regiones.

_ La Región Noreste tiene una alta incidencia de ríos clasificados como ‘criticidad’ cuantitativa debido a la baja disponibilidad de agua de los cuerpos de agua. Los ríos ubicados en las áreas metropolitanas, como las cuencas PCJ, Paraíba del Sur y Alto Tietê, tienen criticidad cualitativa y cuantitativa, en vista de la gran demanda de agua existente y la gran cantidad de carga orgánica liberada a ríos.

_ En el sur de Brasil muchos ríos tienen criticidad cuantitativa, debido a la gran demanda de riego (arroz inundado).

_ 16.400 kilómetros de alrededor de 105.000 kilómetros de ríos federales en Brasil se consideran de especial interés para la gestión, ya sea en términos cuantitativos o cualitativos, que asciende a 16%».

Otras críticas que se acercaron al tema de reforma de la Ley 9433/97 se relaciona con la ‘doble demanialidad’ de competencias concurrentes (entre demanio federal y estadual) que la Constitución establece en la ‘gestión del agua compartida’, lo que se tiene cuestionado ser un fuerte obstáculo a la *acción subsidiaria de la Unión*, en momentos de ‘crisis del abastecimiento’, de gran repercusión económica y social.

mayoría de las estaciones registran en seco con un período de retorno de más de 100 años, lo que permite etiquetar este evento tan raro.» Cfr. el AGENCIA NACIONAL DE AGUA. Conjunta dos Recursos Hídricos no Brasil. Encarte especial sobre a crise hídrica. Informe 2014. Brasília: ANA/MMA. 2015. Disponible en: < en línea> <<http://conjuntura.ana.gov.br/docs/crisehidrica.pdf>> [Consultada en 14 de abril de 2015]

¹²⁹⁷ Cfr. AGENCIA NACIONAL DE AGUA. Conjunta dos Recursos Hídricos no Brasil. Encarte especial sobre a crise hídrica. Informe 2014. Brasília: ANA/MMA. 2015. *Op. cit.* Pág.3.

El organismo regulador defiende un cambio que optimice las instancias decisorias y sugiere se crear el instrumento de *mediación administrativa* fuera de las instancias jurisdiccionales, con el fin de dar mayor celeridad a resolución de los conflictos que se pone de manifiesto entre representantes de la sociedad y de usuarios ante el gobierno y operadores privados.

Respecto a la ‘autoridad de mediación’ se trata de un tema que demanda reflexiones más profundizadas en el contexto brasileño, que no vamos a desplegar ahora, pero, señalamos dos puntos que demandaría un enfoque necesario a se incluir en un debate a ese tema:

El primer, se tiene que considerar que son muchos intereses ‘no homogéneos’ a ser dimensionados (federal, de regiones, de estados, municipios, del distrito federal) de un lado, y en tanto cuanto, a los llamados ‘intereses difusos’ aquellos ‘indeterminados’ relativo a la sociedad (colectividades diversas), medio ambiente, consumidores, en general.

El segundo punto, sería analizar se esta técnica de solución de conflictos se pone favorable a la ‘función de subsidiariedad horizontal’ de garantías de participación, de información a los interesados, o si puede ser una forma de condicionar fuerzas inhibitoras de las acciones de las representaciones de las sociedades (asociaciones de colectividades en los organismos de cuenca).

Así, hecha estas dos puntualizaciones, se puede concluir que:

En realidad, el país presenta un encuadre de organización administrativa de la gestión hídrica, concretamente, mucho diferenciado de una región a otra, al que refiere a las condiciones de las cuencas hidrográficas, y en lo que concierne al desarrollo económico y del encajamiento de la sociedad, lo que ni siempre las colectividades fueron estimuladas a participar en los procesos decisorios, pues que es un rasgo de la cultura bien diferenciada en el país. Pero, esto tiene evolucionado y cambiado en los últimos veinte años.

Por lo tanto, aunque los gobiernos no suelen anteceder con las reflexiones de manera amplia, especialmente, cuando el debate con la sociedad se trata de decidir sobre los grandes emprendimientos hidráulicos en obras de energía hidráulica, trasvases de caudales, política económica para combatir sequías e inundaciones, políticas urbanas de

inversiones en captación, embalse, suministro de agua para reservación, del saneamiento básico, el desarrollo del modelo subsidiario del agua tiene se estructurado con gran esfuerzo social en tomar parte en los procesos decisorios y de consulta.

De otra parte, los gobiernos municipales poco participan en debates de las cuestiones de ámbito estadual, cuando son por vía de regulación, ocasionando conflicto entre las competencias del interés local.

Asimismo, conciliar los objetivos de la Unión federal en gestión del agua de manera democrática con la sociedad y con el fin de promover políticas de desarrollo económico social, de efectivo, interés de las instancias regional y local, no siempre fue mediante información clara a los ciudadanos; al revés, en términos de información respecto la planificación de los costes de las obras y servicios, en especial, relacionados con los problemas existentes que serán resueltos a medio plazo, o aquellos que emergencialmente necesitan de soluciones a corto plazo, aunque sean publicados los costes en datos de internet divulgados por el gobierno, pero, la dificultad se presenta, con los costes adicionales que se van agregando en los grandes proyectos hidráulicos, con justificativas de garantizar el principio del equilibrio económico financiero.

En la práctica, los grandes proyectos de recursos hídricos que demanden obras de infraestructuras de aducción o reserva del 'agua bruta', cuyas inversiones con presupuestos de valor total o superior a 10 millones de reales (moneda brasileña), tienen que pasar por un criterio de evaluación para comprobar se presenta viabilidad operacional y de Sostenibilidad hídrica, en que importa la expedición obligatoria de certificación de evaluación de Sostenibilidad hídrica (CERTH), en conformidad con el Decreto nº 4.024/2001. No obstante, varias obras hidráulicas tienen presentado derroches, multiplicado en los costes de la inversión, además de las consecuencias de riesgo ambiental.

La finalidad del CERTH es una medida de control que sirve para garantizar si las obras financiadas con recursos provenientes de la Unión, son viables del punto de vista operacional, institucional e hídrico de manera que a evitar derroches del patrimonio público con obras que ofrezcan riesgo de ser poco viables, inoperantes después de construidas no presentes resultados operativos satisfactorios.

Sin embargo, esta medida ni siempre está a contento en la práctica, porque sí que ha casos de obras con gran dificultad de conclusión y con gran demanda de inversiones de recursos públicos en el país, tal cual se refiere al «trasvase del río São Francisco», una obra que demanda un retraso de largo plazo de cumplimiento de las etapas previstas, un presupuesto de los más valorados en la historia de la economía brasileña, y aún se dice, que no atenderá a los objetivos de Sostenibilidad hídrica del proyecto.

En otro caso, las obras de las usinas hidroeléctricas de la región amazónica _ proyecto de construcción de tres usinas en los ríos Xingu (en Estado de Pará, usina Belo Monte¹²⁹⁸), Jirau y Santo Antonio (estos dos afluentes en el río Madera), en tierras indígenas que no fueron precedidas de ‘audiencias públicas’ con las comunidades indígenas, además con expedición de ‘licencia ambientales’ en desacuerdo con la regulación de derecho ambiental, y aún se añade que, los impactos producidos en el medio ambiente no corresponden a los datos informados, porqué no contemplan los daños que pueden causar a las comunidades de las regiones afectadas, ahora por inundaciones¹²⁹⁹ y de vulnerabilidad de la preservación medio ambiental.

A continuación, cuidamos en puntualizar sobre dos casos relevantes que fueron llevados a apreciación del Supremo Tribunal de Brasil, se hace unas reflexiones sobre dos casos: el trasvase del Río São Francisco y otra sobre el tema de conflicto de competencia entre Estado-miembro y municipio relacionado a servicios relacionados con el agua. Se recuerda que, en la parte general fue destacado un caso de subsidiariedad funcional relacionando la creación de región metropolitana y conflicto con la gestión de

¹²⁹⁸ Sobre el caso Belo Monte. Ver el Informe sobre las acciones administrativas y demandas presentadas por el Ministerio Público Federal. Consultar: Ministerio Público Federal. *Belo Monte - os problemas do projeto e a atuação do MPF*. Belém: PRPA. <en línea> <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/news/2010/noticias/belo-monte-os-problemas-do-projeto-e-a-atuacao-do-mpf>> [Consultada en 22 de febrero de 2015]

¹²⁹⁹ A propósito ver materia divulgada en la prensa sobre la demanda presentada por Ministerio Público Federal, Defensorías de Pueblo Federal y Estadual, Consejo del Colegio de Abogados del Estado de Rondônia. La decisión de la Justicia Federal del mismo Estadodeterminó: providencia cautelar de se complementar los estudios de impacto ambiental, y también obligar los consórcios responsables por ls obras a prestaren las ayudas a las familias atingidas por las inundaciones del Río Madeira. Más de 10 mil personas tuvieron que salir de sus viviendas en el Estado de Rondônia. Véase SARDINHA, Edson. «*Justiça determina novos estudos de impacto nas usinas de Jirau e Santo Antônio*». São Paulo. Fecha de publicidad: 11.03.2014. Disponible en: <en línea> <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/justica-determina-novos-estudos-de-impacto-nas-usinas-de-jirau-e-santo-antonio/>> [Consultado en 22 de febrero de 2015]

los servicios locales tratado en la ADI 1842-RJ de 06/03/2013¹³⁰⁰, analizado en la parte general (Cap. III, sección IV, apartado 3.2.)¹³⁰¹.

3. El trasvase del Río São Francisco: proyecto de integración de cuencas con el Nordeste-septentrional.

El proyecto identificado por Proyecto de Integración del río São Francisco con cuencas hidrográficas del Nordeste-septentrional (adelante PISF) es un proyecto que otorga la concesión de obra de infraestructura hidráulica del trasvase del río São Francisco, cuenca situada al norte del Estado de Minas Gerais (región sudeste de Brasil), que fue planificado en el último decenio, desde 2005, con inicio de ejecución en 2007 y previsto para concluir en 2010, pero con un retraso de más de cinco años para el término, ahora, tiene planificada para el año 2016¹³⁰². El PISF tiene previsto aún atender los déficits hídricos de la región hasta el año de 2025¹³⁰³.

Sin embargo, se señala que es un obra de gran impacto ambiental que presentó y sigue presentando muchas críticas y debates en la sociedad, por parte de los expertos, de la prensa, tanto relativo al incumplimiento de los plazos por parte de los gobiernos federal y estatales, inicialmente previsto el término para la entrega de las obras 2010, _después anunciado para el año 2012, lo que se alegó problemas de planificación y de

¹³⁰⁰ Cfr. STF Sentencia ADI 1842-RJ de 06/03/2013. Relator: Min. Mauricio Correa (voto de mérito) y Relator p/ Fallo: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília: STF. DJe-181 divulg 13-09-2013 public 16-09-2013. Ementario VOL-02701-01 PP-00001. Disponible en <em línea> <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1842%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/kcecodr>> [Consultado en 13.05.2014].

¹³⁰¹ Vide la parte general, el capítulo II, sección IV, apartado. 3.2.

¹³⁰² Véase en el texto original publicado en la pagina web del Ministério de Integración: « Andamento das Obras. Atualmente, as obras físicas do Projeto São Francisco apresentam 73,7% de execução. Todas as etapas estão 100% contratadas, com previsão de entrega em 2016. Todas as Metas de Execução (Metas 1N, 2N, 3N, 1L, 2L e 3L) estão em atividades. As Metas de Execução são compostas pelos antigos 16 lotes de obras. Os dois Canais de Aproximação do Eixo Norte e Leste já estão concluídos. O Eixo Norte apresenta 74,4% de execução física e o Leste, 70,8%. Estão em atividades todos os antigos 14 lotes: Lote 1, em Cabrobó (PE); 2,3 e 8, em Salgueiro (PE); Lote 4, em Verdejante (PE); Lote 5, em Brejo Santo (CE); Lote 6, em Mauriti (CE); Lote 7, em São José de Piranhas (PB); Lotes 9 e 13, em Floresta (PE); Lotes 10 e 11, em Custódia (PE); 12, em Sertânia (PE); e 14, em São José de Piranhas (PB)». Cfr. Véase información de acceso en Ministerio de Integración Nacional-Brasil. *O que é o projeto?* Disponible en: <em línea> <<http://www.integracao.gov.br/o-que-e-o-projeto>> [Consultado en 10 enero 2015].

¹³⁰³ Véase a propósito. AGENCIA NACIONAL DE AGUAS. *Atlas Nordeste: abastecimento urbano de agua: resumo executivo*. Brasília: ANA, 2009. Pág. 55-56.

desarrollo técnico en las concesiones_, en cuanto a los costes de financiación de las obras que ya viene acumulando y están evaluados en más de ocho mil millones de reales (moneda brasileña)¹³⁰⁴.

A través de la Resolución nº 411/05¹³⁰⁵, de 22 de setiembre de 2005, la Agencia Nacional del Agua (ANA) en la competencia delegada de la Unión para ejecutar la gestión de la política nacional de los recursos hídricos, otorgó al Ministerio de la Integración Nacional el derecho de uso de los recursos hídricos para la ejecución del proyecto de integración de trasvasar caudales del río São Francisco (región sudeste, en el Estado de Minas Gerais) para la cuencas hidrográficas del Nordeste septentrional.

Veamos algunas especificaciones que se recoge del acceso a la información del Ministerio de la Integración, órgano federal encargado de llevar a cabo la coordinación del proyecto, seguimiento de ejecución y futura entrega de la obra¹³⁰⁶: es un emprendimiento que tiene la extensión de 477 km, organizados en dos ejes de trasvase del agua: norte e leste, y sobrepasará al final el territorio de cinco Estados-miembros de la cuenca del Nordeste septentrional.

Por tanto, de acuerdo con los datos técnicos obtenidos el trasvase del río São Francisco deberá beneficiar las cuencas compuestas por ríos y afluentes de: Brígida, Terra Nova, Pajeú, Moxotó y cuencas de la zona Agreste del Estado de Pernambuco; Jaguaribe y Metropolitanas, en el Estado de Ceará; Apodi y Piranhas-Açu, en el Estado de Rio Grande del Norte; Paraíba y Piranhas, en el Estado de Paraíba. Estas subcuentas, según constan de medidas calculadas, presentan la disponibilidad en media de 450m³ por habitante al año, de la oferta hídrica per cápita en la región del Nordeste Septentrional de Brasil, medida insuficiente vez que es mucho inferior a la que sería considerada cómo

¹³⁰⁴ Este dato está publicado en la información de acceso en Ministerio de Integración Nacional-Brasil. *O que é o projeto?* Disponible en: <en línea> <<http://www.integracao.gov.br/o-que-e-o-projeto>> [Consultado en 10 enero 2015].

¹³⁰⁵ Documento Resolución nº 411/05, de 22 de setiembre de 2005. Agencia Nacional del Agua disponible en URL: <en línea> <<http://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2005/ANALegis/LEGISResolucao411-2005.pdf>> [Consultado en 09 de diciembre de 2009].

¹³⁰⁶ Cfr. Estos datos fueron consultados de la información de pagina web del gobierno federal, relativo al PISF (Proyecto de Integración del río São Francisco con cuencas hidrográficas del Nordeste-setentrional) en Ministerio de Integración Nacional-Brasil. *O que é o projeto?* Disponible en: <en línea> <<http://www.integracao.gov.br/o-que-e-o-projeto>> [Consultado en 10 enero 2015]

necesaria por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que es de 1.500 m³/hab/año.

La Unión consideró en iniciativa del PISF la relación oferta hídrica y los indicadores de consumo humano del agua en el Nordeste de Brasil que concentra el segundo mayor contingente de población del país, con aproximadamente un 28% de la población brasileña para solo 3% de disponibilidad hídrica (_datos de la época), lo que demanda un gran desequilibrio entre la distribución del recurso agua ante el contingente de la población. Se señaló aún, que solo el río São Francisco dispone de 70% de toda la oferta regional y es la principal cuenca de la región, y que el PISF deberá atender unos 399 municipios de toda la región con aproximadamente unos 12 millones de habitantes.

Esta es la zona más crítica del país, denominada el ‘semi-árido’, que comprende una franja que concentra desde el norte del Estado de Minas Gerais, _situado en la región sudeste, por tanto, la ordenación territorial no coincide con la región hidrográfica, en este caso_, pasando por siete Estados del nordeste: Bahía, Alagoas, Sergipe, Pernambuco, Rio Grande del Norte, Paraíba, Ceará y Piauí¹³⁰⁷.

Otros datos técnicos relacionados con el PISF es que fue planificado construir: 4 túneles (cauces), 14 acueductos, 9 estaciones de bombeo y 27 embalses suministrando 6m³ del agua¹³⁰⁸ por segundo, además de recuperar cerca de 23 azudes en toda región que engloba el proyecto.

No obstante, expertos discrepan de las estimativas de que el trasvase pueda efectivamente fornecer y beneficiar el abastecimiento de agua a 12mil millones de habitantes o mismo de los objetivos concretos del PISF, porque consideran que el trasvase del Río São Francisco por razones técnicas y de disponibilidad hídrica, además de un

¹³⁰⁷ Cfr. AGENCIA NACIONAL DE AGUAS. *Atlas Nordeste: abastecimiento urbano de agua: resumo executivo*. Brasília: ANA, 2009. Pág. 22.

¹³⁰⁸ Cfr. estos datos en Ministerio de Integración Nacional-Brasil. *O que é o projeto?* Disponible en: <en línea> < <http://www.integracao.gov.br/o-que-e-o-projeto> > [Consultado en 10 enero 2015]

equivocado debate político al que se tiene llamado de ‘industria de la sequía’¹³⁰⁹ tiende a no corresponder a los fines que se lo prometen.

3.1. La demanda judicial sobre el PISF ante el Supremo Tribunal Federal.

En 2007 fue presentada una demanda_ Acción Civil Originaria n° 876 (ACO)¹³¹⁰_, ante el Supremo Tribunal Federal en contra la Unión y la autarquía federal Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) con pedido de suspender la ejecución (*in limine*) del proyecto del trasvase del Río São Francisco (PISF).

Las partes demandantes, en número de nueve, entre órganos públicos, instituciones y asociaciones privadas presentaron pedidos distintos en procesos distintos ante las instancias federales en algunos de los Estados-miembros afectados (Bahía, Sergipe etc.): Ministerio Público Federal (Procuraduría de la República de Bahía), el Colegio de los Abogados de Brasil (Sección de Bahía), Asociación de Abogados de los Trabajadores Rurales en el Estado de Bahía (AATR), Grupo Ambientalistas de Bahía (GAMBA), Instituto de Acción Ambiental de Bahía (IAMBA), la Asociación Movimiento ‘Paulo Jackson: Ética, Justicia y Ciudadanía’ (PANGEA), Centro de Estudios

¹³⁰⁹ El autor Guimarães Jr., profesor de engenharia de la Univ.Rio Grande del Norte, resume la idea de ‘industria de la séquia’ a las malas prácticas políticas relacionadas con las obras públicas que prometen llevar agua a región semi-árida del nordeste de Brasil, sin con todo hacerse en sério, porque son proyectos que derivan en burla para la captación de recursos públicos. Él considera que: «La *industria de la sequía* es una especie de ‘colonialismo’ que predomina en el nordeste durante siglos. (...) los proyectos para la distribución de agua en el nordeste se piensa fuera de la región y tienen la intención de capturar los recursos públicos. El ‘programa nordeste Açudagem’ lo dan una muestra. Las obras diseñadas para el Nordeste son despegado de un plan de desarrollo y tienen un fin en sí mismos». Cfr. GUIMARÃES JR. João Abner. *Transposição do rio São Francisco: "Onde está o Tribunal de Contas da União? Ninguém se manifesta. Isso é um escândalo"*. Entrevista concedida en 29 de marzo de 2012. São Leopoldo/RS: UNISINOS/Instituto Humanitas Unisinos. Disponible la URL: <en línea> <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/507955-transposicao-do-rio-sao-francisco-onde-esta-o-tribunal-de-contas-da-uniao-ninguem-se-manifesta-isso-e-um-escandalo-entrevista-especial-com-joao-abner-guimaraes-junior>> [Consultada en 10 enero de 2015].

¹³¹⁰ Cfr. STF. ACO 876 MC-AgR, de 19/12/2007. Relator: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2007, DJe-142. Divulg 31-07-2008. Public 01-08-2008. Ement Vol-02326-01. Pp-00044. Disponible en URL: < en línea> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. [Consultado en 03 de noviembre de 2009].

Socioambientales (CES), la Asociación de los Ingenieros de Bahía (AIB) y da Asociación de los Ingenieros Agrónomos de Bahía(AIABA).

No obstante los demandados plantearon en los argumentos preliminares de las acciones en curso, sobre la ‘cuestión del pacto federativo’, suscitando la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal (adelante STF) por se tratar de materia relacionada a los intereses de varios estados-miembros, el que derivó en la reunión de todas las demandas en curso en un único proceso ACO 876 (incluso los pedidos de medidas cautelares), ante el Tribunal Pleno del STF, y por consiguiente, los respectivos recursos de ‘agravo regimental’ interpuestos por dichos demandantes fueron apreciados por el Tribunal.

Esta cuestión evidencia también, la aplicación del principio de subsidiariedad en un doble matiz: el procedimental, que subyace tanto en la función de la competencia judicial originaria que fue llevada al STF con autoridad para decidir procesos judiciales en que los contendedores sean Estados-miembros o órganos de ellos, de un lado, y la Unión o autarquía federal, de otro; en cuanto, a indagar se puede el Tribunal valorar si el PISF es viable o no, desde el punto de vista del medio ambiente.

El otro matiz, es sobre el contenido, subsidiariedad material o substancial, donde se evalúa cuales son límites de las acciones en que se obligan la Unión en el interés de cuestiones territoriales más amplias (materias de interés de una región afectando los intereses de las poblaciones, de los Estados-miembros y municipios, los intereses de pueblos indígenas, de modo particular) y los respectivos alcances de la función subsidiaria en ese caso en concreto.

En ese sesgo, aún fue examinado la legitimidad *ad causam* de aquellos demandantes en la alta instancia de la jurisdicción, lo que derivó de la apreciación preliminar del Tribunal que solo el Ministerio Público Federal seguía legitimado; en cuanto a los demás autores fueron excluidos del polo activo de la demanda, por lo que el Tribunal reafirmó, con base en la jurisprudencia asentada, que estes entes solo pueden demandar en los respectivos límites de su competencia material y territorial, por tanto, la referida demanda sobrepasaba los límites territoriales de sus atribuciones.

Relativo a las cuestiones del mérito, el Tribunal apreció los argumentos del Ministerio Público Federal (adelante MPF) que se consubstanciaron entre otros:

_ Primer, arguyendo la ausencia de autorización del Congreso Nacional en el interés de las tierras indígenas localizadas en el territorio de cobertura del PISF, requisito este obligatorio en la Constitución, *ex vi*, del artículo 49, XVI, § 3º y 231 de CF;

_ Segundo, el alegato de que la ‘licencia previa’ concedida por el IBAMA al PISF no atendió a las exigencias de la regulación vigente, y, por tanto, la segunda etapa de la ‘licencia de instalación’ no se podría concretar, vez que habría riesgos en serio del PISF causar degradación irreversible al medio ambiente en las áreas del emprendimiento, e incluso daños financieros al patrimonio público de la Unión.

_ Tercero, fue requerido por el MPF, por fin, al Tribunal determinar en ‘medida liminar’ la paralización de todas las obras por incumplimiento de decisión anteriormente dictada por aquello mismo STF en 01/02/2007 e inobservancia de los requisitos establecidos en el Decreto 99274/1990¹³¹¹ para obras de gran efecto contaminador.

De otra banda, los demandados (Unión federal e IBAMA) destacaron en los argumentos presentados que:

_ Primer, sobre los posibles vicios puntualizados por el demandante, aquello Instituto discrepó de existencia de cualquier vicio en los actos administrativos autorizados (‘licencia previa’ y ‘licencia instalación’) porque en su análisis ya había concedido la

¹³¹¹ Este Decreto regula la Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, y la Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone, respectivamente sobre la creación de Estaciones Ecológicas y Áreas de Protección Ambiental y sobre la Política Nacional del Medio Ambiente. El artículo 17 dispone sobre el licenciamiento: « Art. 17. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, *consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras*, bem assim os *emprendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*, dependerão de prévio licenciamiento do órgão estadual competente integrante do Sisnama, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis».

Disponibile en: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. [Consultado en 03 de noviembre de 2009].

‘licencia previa’ observando todos los requisitos técnicos y de la ley, incluso atendiendo a las determinaciones fijadas por el Tribunal, siendo por eso no era caso de hablar de vicios del procedimiento de concesión de la primera licencia.

_ Segundo, sobre el posible incumplimiento de decisión dictada por el Tribunal, anteriormente, _relativo a otro pedido de tutela cautelar del mismo MPF_, para que el referido demandado hiciese los ajustes de las acciones necesarias al diferimiento de la licencia, este argumentó que de ningún modo se pasó tal incumplimiento, de una vez que por parte del órgano federal este había providenciado todas las condicionantes especificadas por el Tribunal en la decisión de liminar deferida.

_ Tercero, el demandado arguyó que el Tribunal no determinó que fuesen realizadas las audiencias públicas, previamente a la expedición de la ‘licencia de instalación’, por ello, no estaba obligado a hacerlo.

Por fin, la sentencia del STF desestimó el recurso de ‘Agravo Regimental’¹³¹² en la referida ACO 876 (por mayoría con el voto del Ministro relator¹³¹³), y consideró que en aquello momento de implementación del PISF no cabía paralizar las obras, motivo por el cual consideró negar, en preliminar, la medida liminar y en el mérito de la demanda desestimar el recurso.

En resumen, el STF en la apreciación de las tesis sostenidas por las partes consideró que, no obstante, todos los argumentos muy bien articulados por el MPF en considerar las etapas del procedimiento de licencias ambientales para dar efectividad al PISI, entendió la mayoría del Tribunal Pleno que:

¹³¹² Una clase de recurso que se interpone en procesos con trámites en el Tribunal con base en el Regimento Interno de referido órgano del Poder Judicial.

¹³¹³ El Tribunal por mayoría negó estimar al recurso de ‘agravo regimental’ interpuesto por el Ministério Público Federal, vencidos los Señores Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso y Marco Aurélio, que deferían el pedido de liminar, considerando perjudicados los agravos, en los términos de los ‘votos’. Cfr. STF Sentencia ACO 876 MC-AgR de 19/12/2007. Relator: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, Ement Vol-02326-01. Divulg 31-07-2008. Public 01-08-2008. Pp-00044. Brasília: STF. DJe-142. Disponible en URL: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28aco+e+876+e+transposi%E7%E3o+e+rio+e+s%E3o+e+francisco%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l8a6w8p> [Consultado en 03 de noviembre de 2009]

_ En el caso concreto, no se trataba ni de una cuestión de incumplimiento de la Constitución, por falta de autorización del Congreso Nacional, vez que aceptó los argumentos de la Unión federal de que el «PISF no comprendía obras de trasvase de recursos hídricos situados en tierras indígenas», porqué el emprendimiento solo iba realizar un ‘canal’ en territorio de la ‘reserva indígena’, allí existente;

_ Y, ni, consideró el argumento del MPF que estaba habiendo el incumplimiento de las exigencias para la ‘licencia previa’ por el que diesen seguimiento a segunda etapa de la ‘licencia instalación’.

Es decir, el STF de todo cuanto precede de los argumentos de las partes y documentos adjuntados por estos, se derivó que la ‘licencia de instalación’ llevó en cuenta las condicionantes necesarias a la ‘licencia previa’, por tanto, a juicio de la mayoría del Tribunal, el demandado IBAMA había presentado todos *«los programas y planes relevantes para el éxito de la obra, de los cuales resultaron nuevos condicionantes para validar la referida ‘licencia de instalación’.»*¹³¹⁴

Al fin y al cabo, el Tribunal hizo constar en el fallo:

«[...] La correcta ejecución del proyecto depende principalmente de las eficaces medidas de control y supervisión estatales a los esfuerzos para proteger el medio ambiente y las sociedades cercanas. 3. Si hay, simplemente, la construcción del canal pasando dentro de las tierras indígenas, sin más evidencia de que se utilizan los recursos naturales de agua, no hay necesidad de la autorización del Congreso. 4. El medio ambiente no es incompatible con los proyectos de desarrollo económico y social que se ocupan de conservarlo como patrimonio de la humanidad. Por lo tanto, se puede decir que el medio ambiente puede ser el escenario para la promoción de todo el hombre y de todos los hombres. 5. Si no se puede considerar el proyecto como ‘no viable desde el punto de vista del medio ambiente’, en ausencia de esta etapa procesal, por cualquier violación de norma constitucional o legal de gran alcance para la concesión de la cautela requerida, es cierto que la opción por este proyecto en su totalidad se escapa del ámbito de la Corte Suprema. Decir sí o no ‘al trasvase’ no es para el juez, que se limita a examinar los aspectos

¹³¹⁴ Véase el fallo en ACO 876 MC-AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/200. *Op.cit.*

regulatorios en el caso para proteger el medio ambiente. Desestimados los recursos"¹³¹⁵.

4. Conflictos jurídicos relacionados con la gestión del agua: la aplicación del principio de subsidiariedad entre Estado-miembro y municipio.

Los conflictos que involucran la competencia de los Estados-miembros ante la competencia de los municipios (derecho local) se pone de manifiesto, con una cierta frecuencia, ante el Supremo Tribunal Federal (adelante STF) en se cuestionar la competencia subsidiaria del Estado en el interés del suministro de agua potable en los ‘municipios’, cuando la competencia originaria de organización y prestación de tales servicios del suministro del agua para hogares, instituciones públicas, fines comerciales etc., vía de regla, en el derecho brasileño, es de la ‘competencia local’.

Es decir, la Constitución Federal de 1988 confiere a los municipios la competencia para legislar en materia de interés local, *ex vi*, artículo 31, apartado I, CF.

Sin embargo, estas cuestiones presentan mucha controversia respecto los ámbitos de la competencia de los Estados, en especial cuando en la relación se pone de relieve las regiones metropolitanas que son creadas y estructuradas bajo regulación de ley estadual y tiene sus acciones coordinadas por la Administración estadual en conjunto con las administraciones municipales.

¹³¹⁵ Se advierte que es esta traducción es personal, veáse, mientras tanto, en el texto original: « [...] A correta execução do projeto depende, primordialmente, da efetiva fiscalização e empenho do Estado para proteger o meio ambiente e as sociedades próximas. 3. Havendo, tão-somente, a construção de canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que recursos naturais hídricos serão utilizados, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional. 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. 5. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente. 6. Agravos regimentais desprovidos». ACO 876 MC-AgR, Relator (a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2007, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-01 PP-00044 RTJ VOL-00205-02 PP-00537. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28aco+e+876+e+transposi%E7%E3o+e+rio+e+s%E3o+e+francisco%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l8a6w8p> < [Consultado en 03 de noviembre de 2009].

El STF tiene apreciado en algunas de estas acciones sobre la validez de leyes expedidas por los Estados-miembros en regular el tema de «concesiones de servicios públicos hidráulicos» en detrimento de la competencia reguladora de los municipios, incluso por ser este el poder concedente originario que delega y contrata los servicios a terceros.

Por tanto, no raro los Estados-miembros sobrepasando los límites de la competencia territorial en hacer la regulación de normas con imposición de obligaciones a los concesionarios de los servicios públicos del suministro de agua, _ mismo que sean ellos ‘sociedades de economía mixta estatales’_, la polémica radica en responder: ¿si de hecho los Estados-miembros pueden expedir regulaciones en que obligan los concesionarios a asumir determinados encargos, por ej., de proporcionar los servicios a través de camión cisterna, imponer exención a los abonados en situaciones de interrupción normal de los servicios regulares de agua, y otras obligaciones, de manera que acabarían por usurpar de la potestad reguladora de la competencia local?.

Aunque que no vamos analizar minuciosamente todas las sentencias dictadas respecto al tema, de antemano, referimos algunas de las sentencias estimadas en Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) por el STF: ADI 2299-RS, ADI 2337-SC y ADI 2340-3-SC.

Se resalta que el Tribunal Pleno valoró cómo de mayor relevancia en esas acciones el tema del «interés local y de la competencia municipal para la concesión de los servicios de suministro de agua», incluso decidiendo favorablemente las *medidas cautelares* presentadas en las tres acciones: ADI 2.299/RS, Rel. Min. Moreira Alves, mayoría, DJ 29.8.2003, ADI 2337/SC, Rel. Min. Celso de Mello, mayoría, DJ 21.6.2002, y ADI 2340-3-SC, Rel. Min. Marco Aurelio, por mayoría de seis a cinco, DJ 22/02/2001. Comentaremos en breve síntesis esta última:

4.1. Un caso concreto: de la competencia municipal para la concesión de los servicios de suministro de agua e interés local.

En la Sentencia 2340-3/SC¹³¹⁶ de 06 de marzo de 2013, el STF estimó la acción y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 3º de la Ley 11.560, de 19 de septiembre de 2000, del Estado de Santa Catarina. La demanda fue presentada por el Gobernante del Estado alusivo, vez que en calidad de jefe del poder ejecutivo había vetado los dispositivos de la ley; no obstante, el órgano legislativo estadual (la Asamblea) promulgó la ley.

Los dispositivos legales cuestionados se referían que la Ley establece obligatoria el suministro de agua potable por la empresa estadual ‘Compañía Catarinense de Aguas y Saneamiento’ (adelante Casan), a través de servicios de camión cisterna de los municipios, siempre que ocurrir interrupción del servicio regularmente prestado, bajo aplicación de sanción inmediata de cancelación de los cargos relativos al mes en que se registró el hecho, aunque de manera eventual.

Es curioso que, la parte demandante no fue directamente cualquier municipio ofendido en su competencia reguladora, sino que el propio representante del gobierno Estadual contra el poder legislativo estadual que aprobó la ley, por eso este órgano cómo parte demandada contrarió los argumentos, deduciendo cuanto al objeto sustancial de la demanda, que:

_ No se trataba de invadir la competencia municipal y ningún derecho local, sino que el objetivo de la Ley estadual 11.560/00 era poner ‘normas de conducta’ a empresa concesionaria, por ser esta una entidad pública estadual bajo el control accionista mayoritario del Estado, de modo que siendo responsable de suministro de los servicios de agua potable en todo el Estado de Santa Catarina, este tenía la prerrogativa de imponer las obligaciones a la concesionaria de servicios públicos de ámbito estadual.

Se resalta que el Tribunal llevó a un debate sobre este tema, de un lado el Ministro-relator sostenía dos puntos básicos:

¹³¹⁶ Véase Sentencia ADI 2340-SC de 06/03/2013. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-087, Divulg 09-05-2013, Public 10-05-2013. Brasília: STF, 2013. Disponible en: <en línea> <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+e+2299%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mheu9b7>> [Consultado en 20 de julio de 2013].

_ El primer, fue indagar si (¿) el suministro del agua potable constituye o no, servicio de naturaleza local de los municipios(?).

_ El segundo punto, era también verificar si (¿) en el régimen de las concesiones, la regulación de normas sobre los servicios delegados o concedidos, son de competencia privativa de la Autoridad administrativa concedente(?), *in casu*, de los municipios ‘catarinenses’ que contrataron con la empresa concesionaria.

Relativo al primer interrogante, el Ministro-relator derivó que sí, porque considera que la base de esa competencia reside en la Constitución en la norma del artículo 30, apartado I, que atribuye a los Municipios la competencia para legislar en asuntos de interés local, y que sin duda entre ellos se incluye el suministro del agua potable.

Uno de los argumentos utilizados, hallado en la doctrina clásica, fue el de considerar que: «*el interés local se caracteriza por una predominancia y no por exclusividad del interés del Municipio en relación al del Estado y de la Unión*». ¹³¹⁷

En ese análisis, el Ministro-relator hizo un razonamiento sobre el principio de subsidiariedad y tiene asentado que:

«De hecho, teniendo en cuenta, la idea de preponderancia del interés, la realización de determinada tarea ha de ser atribuida al ente federativo con capacidad de atender, de modo lo más efectivo al interés común. Esa práctica, se muestra coherente con el *principio de subsidiariedad*, que rige las relaciones entre los entes de una federación, de acuerdo con el cual:

“(…) la comunidad mayor solo puede ejecutar las tareas propias de las comunidades más pequeñas en caso de necesidad, y desde que estas no las pueden desarrollar de forma más eficaces.” ¹³¹⁸

¹³¹⁷ La cita bibliográfica es de LOPES MEIRELES, Hely. *Direito Municipal brasileiro*. Actualizado por Márcio S. Reis y Edgard N. da Silva. 15ªed. S.Paulo: Malheiros. 2006. Págs. 438-439. *Apud* ADI 2340-3-SC en Voto del Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Fl.10. *Op.cit.*

¹³¹⁸ Cfr. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 266.

Entonces, el Municipio es, entre todos los entes federativos, aquel que está más cerca de la población, cuyas necesidades básicas conoce mejor, encargado, por tales razones, de proporcionar los servicios públicos esenciales, en primera mano, destacándose entre los mismos el suministro del agua potable, sin perjuicio de la cooperación del Estado y de la Unión»¹³¹⁹ [Destacamos en cursiva].

Sobre el segundo punto, el voto del Relator refirió que cabía evaluar cuales serían los límites de actuación de los Estados-miembros en relación a las entidades públicas estatales que detienen ellos en control accionario, y que prestan los servicios a los municipios cómo empresas concesionarias de dominio público hidráulico local.

El Ministro relator recogiendo la jurisprudencia del Tribunal afirmó que desde 1908 la orientación del STF viene reafirmando que «el poder público al delegar a las concesiones no se despoja de cualquier derecho o prerrogativa que tenía antes de contratar. Por eso, solo delega a terceros, en los estrictos límites de la ley y de las cláusulas contractuales, la ejecución de los servicios concedidos, los cuales sigue siempre sujetos al reglamento y control. Compresión dominante en la doctrina administrativista.¹³²⁰

En suma, el Ministro-relator ponderó que a tenor del artículo 175 párrafo único de la CF de 1988, cabe al poder público, *in casu*, a la Autoridad administrativa concedente la función reguladora de los servicios concedidos, por el que, en consecuencia, no tiene el Estado-miembro, en se tratando de un servicio de naturaleza local, competencia para regular, sea en cualquier condición ese tema.

¹³¹⁹ Esta es una traducción personal, véase a proposito el texto original del Voto-relator del Ministro Ricardo Lewandowski. Fl.11 que integra la sentencia ADI 2340/SC, *op.cit.*: « De fato, tendo em conta a idéia da preponderância do interesse, a realização de determinada tarefa há de ser atribuída ao ente federativo capaz de atender, de modo mais efetivo; ao interesse comum. Essa prática, aliás, mostra-se consentânea com o princípio da subsidiariedade, que rege as relações entre os entes de uma Federação, de acordo com o qual, (...) a comunidade maior só pode executar as tarefas próprias das comunidades menores em caso de necessidade, e desde que estas não possam desempenhá-las de forma mais eficaz".⁴ Ora, o Município é, dentre todos os entes federativos, aquele que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas conhece de perto, incumbindo-lhe, por essa precisa razão, prestar, em primeira mão, os serviços públicos essenciais, com destaque para a distribuição de água potável, sem prejuízo da eventual colaboração do Estado e da União».

¹³²⁰ Cfr. Voto-relator del Ministro Ricardo Lewandowski. Fl.13 que integra la sentencia ADI 2340/SC, *op.cit.*

De manera que, de cuanto precede, derivó que el Estado de Santa Catarina no podría sustituir a los municipios (entes autónomos) que contrataron con el concesionario (empresa Casan), ni tampoco tiene aquel Estado competencia para ordenar normas a este concesionario estatal (aunque sea este un ente público creado por el mismo Estado) que afecten el equilibrio económico financiero de las concesiones *contratadas por el poder concedente municipal*. Por fin, el voto fue por estimar la ADI.

En otro paso, el análisis puesta de relieve por el Ministro Eros Grau en el ‘Voto vista’ argumentó, en resumen, que el tema objeto de la ADI 2340-3 versaba sobre la prestación de servicios públicos en ‘regiones metropolitanas, y que en se tratando de esta especie, previsible constitucionalmente, *ex vi*, del artículo 25 § 3º CF que confiere a los Estados-miembros instituyeren regiones metropolitanas, microrregiones y aglomeraciones urbanas reuniendo municipios de un mismo entorno, asimismo, se sostiene que la competencia para a prestar los denominados ‘servicios comunes’ de interés local sigue bajo titularidad de los Municipios, por lo tanto, a ellos cabe delegar a los entes de la administración indirecta o, asimismo, la otorga de la concesión a empresa privada, la prestación del servicio público cuando no sea emprendida directamente por ellos¹³²¹.

Por último, se señala el Voto-vista del Ministro Gilmar Mendes, el cual ha traído nuevos argumentos al debate relacionados con la prestación del suministro de agua y los servicios de saneamiento básico de los municipios regulados en la Ley 11.445/07, al que destacó sobre la realidad brasileña en cuanto a las peculiaridades de los municipios.

Resaltó que se debe llevar en atención que pocos son los municipios que tiene efectivamente condiciones de prestar un servicio adecuado relacionado con el saneamiento básico, incluso el acceso a los recursos hídricos, depende en muchos casos, de una red de integración del abastecimiento entre los diversos municipios para la extracción, la aducción, el embalse, el tratamiento, la distribución y el depósito, y después

¹³²¹ En el curso de los debates señaló el Ministro Eros Grau, en otra oportunidad, sobre el objeto de la discusión: «Importante observar é que esse é um serviço do Município. O poder concedente é o Município. O poder concedente podia conceder a prestação do serviço a uma empresa privada, a uma empresa estadual, a uma empresa federal, a quem desejasse conceder, naturalmente observadas as regras do artigo 175 da Constituição.Fl. 37 que integra la Sentencia ADI 2340/SC, *op.cit.*

la recogida y depuración de aguas residuales, y la disponibilidad final, indicando las varias etapas del procesamiento que sobrepasan los límites territoriales de un determinado.¹³²²

Añadiendo más, sobre los problemas de financiación de los municipios al considerar este otro, un serio factor de dificultad en atraer los intereses de los concesionarios privados o mismo para emprender directamente la prestación de los servicios del saneamiento básico y los costes de tales inversiones.

Por último, un punto importante subrayado es que existen situaciones en que la regulación del suministro de agua, conjuntamente con los servicios de saneamiento básico, exigen no solo la intervención reguladora de ley municipal, pero de ley estadual o federal, por ello, se debe considerar que ni toda ley expedida por el Estado-miembro o de competencia de la Unión, en el tema de suministro del agua se configure motivo de inconstitucionalidad formal, tal cual se presentó en lo caso en apreciación.

En síntesis, por último fue ponderado sobre la ley estadual del Estado de Santa Catarina, que imponer restricciones a los concesionarios, aunque demostrado un claro objetivo de proteger los usuarios de los servicios en cada municipalidad, donde eventualmente pudiese haber la interrupción del suministro del agua lo que debería ser solucionado, a título precario con el abastecimiento con camión-cisterna, según la disposición de la ley, bajo unas condiciones de se promover suspender los cargos del servicio en el mes correspondiente, tal regulación quedaba en el campo de la inconstitucionalidad formal, por afectar directamente tema de competencia de los municipios (artículo 30, I, da CF).

Por fin, la acción fue estimada por mayoría del Tribunal Pleno, con la siguiente derivación del STF:

¹³²² Cfr. Voto-relator del Ministro Gilmar Mendes Fl.46-47 que integra la Sentencia ADI 2340/SC, *op.cit.*

«Los Estados miembros no pueden interferir en la esfera legal y de relaciones contractuales entre la administración local concedente y el concesionario, aunque éste último sea una entidad pública estatal, bajo el control accionario de propiedad del Estado-miembro. II – Imposibilidad de cambiar, por ley del Estado-miembro, las condiciones que formalmente regulan la relación contractual de suministro del agua. III – Declarada ofensa a los artículos 30, I, y 175, párrafo único de la Constitución Federal. IV - La acción directa de inconstitucionalidad fue estimada»¹³²³.

5. Conclusiones de la jurisprudencia de Brasil en aproximación con UE relativo el principio de Subsidiariedad.

Así, hecha un análisis de la interpretación de la jurisprudencia del STF del derecho brasileño es posible reflexionar en términos comparativos con la jurisprudencia del derecho europeo (TJCE o TJUE), lo que se permite concluir que los dos sistemas presentan aspectos en común relativo a la *competencia legislativa*, lo que se observó que:

– Cabe primer interpretar sobre cuáles son los límites de cada nivel para legislar sobre determinado tema, en relación con la base jurídica a que esté vinculado, y tiene que ser de conformidad con la misma. Por lo tanto, sea esta la constitución, el tratado europeo o una directiva. Veamos porqué:

i) Cuanto a conflictos de aplicación del principio de subsidiariedad en el ejercicio de las *competencias reguladoras o legislativas*, de modo genérico, entre la Unión y Estado-miembro, respecto al caso presentado en este estudio (Comisión europea *versus* Rep. Alemania) la similitud reside en que fue apreciada, se la actuación del Estado alemán en cuanto al Reglamento de transposición de la DMA, lo hizo de manera a preservar los objetivos de la Directiva en relación a su competencia legislativa (del Estado

¹³²³ Esta traducción es personal. Véase el texto en original en la enmenta de la web del STF: «[...] I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele. II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água. III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.» Cfr. Sentencia ADI 2340-3/SC, de Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-087, Divulg 09-05-2013, Public 10-05-2013. Brasília: STF. Disponible en: <en línea> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+e+2299%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mheu9b7> [Consultado en 20 de julio de 2013].

demando) de adecuar al derecho interno tales disposiciones. Lo que el Tribunal derivó que, el Estado alemán no actuó ‘ni de manera insuficiente’, y ‘ni contraria’ a las disposiciones de la Directiva, motivo por el cual ‘no había falla a corregir’, estimando en favor de la *competencia territorial del Estado-miembro* con sustrato implícito al principio de subsidiariedad vertical en favor del Estado miembro.

Ahora bien, se podría argumentar que eso no se trata de un tema de ‘subsidiariedad vertical’, porque el Estado no es un ente ‘inferior’ a la Unión. Pues bien, lo que se pretende aducir es que la subsidiariedad ya no es tanto un principio interpretado a la luz del principio de jerarquía, incluso en ámbito del Estado federal, sino que específicamente en relación a la Unión europea tiene una nueva vertiente de ‘administración compuesta’, por lo tanto, la subsidiariedad aparece cómo base de una ‘conurrencia generalizada entre administraciones’, que, a nuestro modo de entender, se incluye la competencia legislativa o la función reguladora.¹³²⁴

Cabe aún, aclarar en este razonamiento: en ámbito del Estado federal brasileño, la ‘subsidiariedad vertical’ fue se atenuando de la posición de conexión estricta con el principio de jerarquía, cuando se interpreta sobre el reparto competencial de la parte que toca a cada uno de los entes federales. Eso, porque en el sistema brasileño (CF artículo 18) los cuatro entes (Unión, Estados, Municipios y Distrito federal) son equiparados en los límites de las respectivas autonomías del reparto constitucional. Por lo tanto, caracteriza una (re)dimensión de la subsidiariedad vertical concurrente.

_ El segundo aspecto en común, es el que aparece en el ámbito interno del espacio europeo, también relacionado con la subsidiariedad funcional en la gestión del agua. En este caso, se puntualizó algunas interpretaciones exclusivas del derecho nacional de España, en que en la jurisprudencia específica del Estado español los conflictos de la competencia legislativa de la Ley del Estado en relación con los Estatutos de Comunidades Autónomas están yuxtapuestos en tres aspectos discusiones ante el poder jurisdiccional español: _ a) al régimen de los caudales circulantes en las cuencas supracomunitarias; b) acerca de la participación de las Comunidades Autónomas en la

¹³²⁴ Véase es fundamento en CHITI, M. *Derecho administrativo europeo. Op.cit.* Pág. 105.

gestión de las cuencas supracomunitarias; e c) específicamente, sobre el alcance de dicha participación autonómica, en cuanto concierne a la fijación de los caudales circulantes en las cuencas supracomunitarias. Veamos otras posiciones a respecto de la subsidiariedad funcional:

ii) _ Conflictos de aplicación del principio de subsidiariedad en las cuestiones específicamente relacionadas con la gestión del agua, en que se dimensionó los problemas que se afrontan en el control de aplicación, de modo a interpretar la extensión o amplitud de cada competencia de los entes cooperados e integrados o a la inversa, los límites que hay que poner a cada uno de ellos.

Así, se refiere los dos casos analizados: Unión Europea, en el recurso de la Comisión en contra la República Federal de Alemania; y en Brasil, la Acción Civil originaria del Ministerio Público Federal en el interés público en contra la Unión Federal y autarquía federal.

En el caso de UE, consideramos que, en concreto, el principio de subsidiariedad subyace, en la cuestión de fondo, aunque de manera implícita, en que se debatía, si la concreta actividad legislativa de transposición de una norma de la Directiva Marco del Agua (Artículo 2, punto 38, letras (a) y (b) y artículo 9) a un Reglamento del derecho interno en el Estado alemán caracterizaba *o no una hipótesis de incumplimiento de la Directiva*.

Observamos del análisis de la Sentencia TJUE 525/12 (ya referida en nuestras conclusiones Sección II, 3.2.2. iv) que hay una implícita verificación de la «función de subsidiariedad administrativa» (subsidiariedad material o sustancial), que se aplica al caso conjuntamente con la función de regulación de un derecho en el territorio del Estado alemán (demandado), o sea, el derecho del Estado alemán en establecer cuales los servicios deben ser sometidos a política interna de tarificación de los servicios.

Por último, se señala sobre la cuestión de interpretación de aplicación de «subsidiariedad material o sustancial» se halla una aproximación con la cuestión de fondo juzgado por el STF, en el caso en que fueron partes Ministerio Público Federal en contra la Unión Federal y autarquía federal respecto el trasvase del Río São Francisco.

Se considera que existe una aproximación en el punto que se evalúa cuáles son los ‘límites de las acciones en que se obligan la Unión’ en el interés de cuestiones territoriales más amplias y los respectivos alcances de la función subsidiaria en ese caso en concreto (en el caso del STF, se planteaba sobre las materias de interés de una región afectando los intereses de las poblaciones, de los Estados-miembros y municipios, los intereses de pueblos indígenas, de modo particular).

De otra parte, en el caso juzgado en la Unión Europea se planteaba directamente que había un incumplimiento de la Directiva, y por eso era cuestionado reglamento del derecho alemán, y más allá, la acción del Estado alemán en su cuanto la subsidiariedad material, lo que en la esencia se estaba también, evaluando cuales son los ‘límites de la acción de la Unión que obligan a los Estados’ en materias de interés a los objetivos de la Directiva que podría ser afectada en ese caso en concreto.

5.1. Otras conclusiones respecto al modelo subsidiario del agua en Derecho europeo y brasileño: la dimensión pluridimensional de la subsidiariedad.

Ante los casos en concreto y los rasgos de cada sistema jurídico analizados con anterioridad, tanto en esta parte especial respecto al principio de subsidiariedad en el derecho europeo y en el federalismo brasileño, cuanto a los análisis de la parte general se puede intentar responder a dos cuestiones planteadas en la parte introductoria de esta investigación, respecto esta aproximación de sistemas, en que se indagó al inicio: _ ¿Quién detiene la soberanía en la toma de decisiones de la autoridad del agua? O aún, _ ¿Los Estados siguen con la centralidad de esa competencia de gestión del agua? (Pág. 37).

Respecto estas dos cuestiones se puede presentar algunas consideraciones que todavía, no están en definitivo ‘cerradas’, las ponemos el punto de mira no solo de la normatividad, pero también en la relación de integración entre soberanía y subsidiariedad, con la evidenciada proyección de esta última cómo un paradigma de la gestión del agua.

También, se va considerar que las dos son cuestiones que se aproximan de la Ciencia Política, lo que demandaría otras líneas del pensamiento sistémico no alcanzadas

por esta investigación. De modo que, necesariamente se delimitará en la perspectiva del Derecho, cómo era la intención primera.

Así, ponemos aún de relieve que, no somos críticos de convergencia, al contrario, nos asociamos con algunos de estos presupuestos, pero se tiene que admitir que el Derecho tiene una expresión fuertemente emanada de la cultura general y según nuevos valores se va cambiando los ordenamientos jurídicos, por lo tanto, vamos considerar que esas cuestiones encontrarán respuestas distintas de acuerdo con cada sistema jurídico que se esté tratando.

El otro aspecto a considerar es que estas preguntas fueron pensadas en los restringidos límites de esta tesis, son *in natura* concernientes a una concepción de ‘pluridimensional de la subsidiariedad’¹³²⁵, la tesis que defendemos, y que tiene polarización cuanto al derecho del agua, al derecho administrativo, al derecho constitucional, europeo y de medio ambiente.

Por ello, las dos cuestiones a nuestro juicio, tiene el propósito de verificar la hipótesis que pretendíamos demostrar de que la subsidiariedad es pluridimensional, el que no se puede pensar solo en cuanto doble dimensión de principio o función administrativa, pero también valorar que lo emana la subsidiariedad en varios aspectos como lo dicho antes: *servir de información de la legislación positiva, de interpretación judicial y de las acciones de los poderes públicos, de integración entre las entidades asociadas y entes públicos, fundamento de las respectivas competencias de la Unión y de los estados-miembros; un criterio funcional para persecución de objetivos comunes*, entre otras.

Entonces, la primera cuestión sobre quien detiene la soberanía en la toma de decisiones de la autoridad del agua, se puede puntualizar que *a priori*, está entre los que comparten del proceso decisorio, por lo tanto, no solo el poder público, pero la

¹³²⁵ Este concepto pluridimensional no coincide con el concepto señalado por el profesor Valérie Michel de que el concepto de Subsidiariedad tiene el carácter “*protéiforme*”, que considera ser una tendencia evolutiva, que implique en una doble dimensión de ideas _ una de complementariedad y otra suplementaria. VALÉRIE, Michel. *La Subsidiarité*. En: AAVV. *L’Influence du droit européen sur les catégories du Droit Public*. AUBY, Jean-Bernard. (Dir) Paris: Dalloz. 2010. p.613.

organización del Comité de Cuencas en que se garantiza la participación de los representantes de la sociedad.

En tal aspecto, no obstante, los conflictos entre poderes y fuerzas políticas interfieren continuamente en las relaciones jurídicas que se ordenan para tales fines, no significa que la sociedad no va seguir intentando hacer valer su participación, por vía de la regulación.

La segunda cuestión, es consecuencia de la primera, sí los Estados siguen en la centralidad de las competencias, esta cuestión emerge primeramente explicar que no hay una centralidad exclusiva de la gestión, vez que la integración tiende a repartir las acciones entre los diversos niveles, por eso decisiones competenciales tienden a ser flexibilizaren entre los niveles estatales, aunque con reservas de importantes temas tal cual los presupuestos e inversiones de infraestructuras hídricas de gran porte, situaciones de emergencias de crisis hídricas incluso imponer recargo de tarifas.

Por otro lado, se señala que no se está aquí refiriendo a la Unión Europea cómo un Estado, tiene una personalidad jurídica propia, que se organiza en cooperación e integración para promover los intereses de la región. Se puede, poner otro enclave en esta cuestión observando que las decisiones deben ser tomadas a los niveles más próximos de la base, en términos de gestión, por fuerza de aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad; no obstante, otras decisiones de que demandan el interés general de la región que van repercutir en cuestiones del espacio europeo tienden a convergir a nivel de los órganos administrativos de la Unión.

Por último, en se tratando del sistema brasileño la tendencia de consolidar el federalismo cooperativo y de integración cambió, en varios aspectos, la cuestión de centralidad del Estado respecto la política nacional de recursos hídricos, aún se mantiene rasgos de centralidad de la Unión en las cuestiones del interés nacional, y asimismo, los Estados-miembros en acciones que generan tensión entre los organismos de cuencas (referido en el apartado 2 de esta Sección) y los poderes públicos en exigir el cumplimiento de los instrumentos de la subsidiariedad en cuanto a las decisiones locales, consonante fueron referidos en dos casos comentados sobre: el trasvase del río São Francisco y el complejo hidroeléctrico de Monte de Belo en la región Amazónica.

Además, se tiene en cuenta que, de hecho, la gestión del agua, tiene ‘centralidades diferenciadas’ en el país, es decir, demanio público federal y estadual también se antagonizan en el reparto de inversiones y de los intereses económicos y medio-ambientales da cada parte, lo que además tiene cambiado para una cuestión de manipulaciones y maniobras de políticas partidistas. En otro aspecto, las políticas del agua de interés local de los municipios, que en mucho no atienden las condiciones de saneamiento básico y del suministro del agua de modo satisfactorio, también son involucradas en tales intereses de los niveles estatales. Por lo tanto, la centralidad aún consiste en un problema de superación, aunque se obtuve grandes avances del modelo subsidiario del agua en Brasil.

Por último, se señala que la sociedad se está organizando respecto una pauta de reivindicaciones a partir del documento ‘Carta de São Paulo sobre gestão hídrica’¹³²⁶ de 26 de febrero de 2015. Este documento fue elaborado por un conjunto de instituciones públicas que actúan en defensa de la orden democrática, de los intereses de la sociedad, por tanto, de iniciativa del Ministerio Público Federal, Ministerio Público del Estado de São Paulo, Defensoría Pública del Estado de São Paulo con partes apoyando que propone un conjunto de providencias en tres ejes: _ de la tutela jurídica para la efectividad del acceso al agua de calidad cómo derecho humano fundamental (derecho al agua y al saneamiento básico); _ necesaria integración de gestión ambiental y hídrica; _ políticas públicas en recursos hídricos, gobernanza y control en lo concierne a medidas urgentes para la gestión actual de la crises hídricas en la región sudeste.

Este documento está en discusión y tiende a ser una propuesta en ámbito nacional a ser adoptado por el Consejo Nacional del Ministerio Público (adelante CNMP) en la a 9ª Sessão Ordinária do CNMP realizada en mayo de 2015, para instituir el Foro Permanente Nacional de Recursos Hídricos (FNRH-CNMP)¹³²⁷.

¹³²⁶ Véase en Procuradoria General de la República 3ª Región. São Paulo. Disponible en: <en línea> <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/mpf-abre-consulta-publica-sobre-proposicoes-e-recomendacoes-discutidas-em-seminario-sobre-crise-hidrica>

¹³²⁷ Véase en Consejo Nacional del Ministério Público-Brasilia. *Conselheiro propõe a criação do Fórum Nacional de Recursos Hídricos*. Publicado em 12 maio 2015 Disponible en: <en línea> <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/7235-conselheiro-propoe-a-criacao-do-forum-nacional-de-recursos-hidricos> [Consulta 12 de maio de 2015]

CONCLUSIÓN

Ante todo, lo expuesto y analizado, llegamos al momento de extraer unas conclusiones respecto de esta investigación.

El trabajo del jurista en un estudio del Derecho Público Comparado, es confrontar entre elementos normativos generales existentes en cada sistema, y asimismo poner de manifiesto las cuestiones singulares, según la tradición de cada ordenamiento, confrontando semejanzas y discrepancias. Por veces, tal análisis a partir de generalidades de los distintos sistemas permite se determinar las ideologías que se enmarcan por detrás de los mismos, como se ha podido observar a lo largo de la investigación.

De antemano, fue necesario abrigar respecto al objeto de análisis, algunas conclusiones previas o tejer consideraciones conclusivas de algunos capítulos, a modo de responder las varias cuestiones que pusimos al curso de la investigación. Esas cuestiones se fueron respondiendo paulatinamente, en la medida que se cubría cada círculo sistémico.

Por lo tanto, las preguntas sobre el objeto de la subsidiariedad, y a consecuencia de comparar el modelo subsidiario del derecho de agua comparado, las podemos separar en cinco grupos: i) De las cuestiones generales sobre subsidiariedad¹³²⁸, en lo que atañe a la teoría del Derecho Público (y al sesgo de la Teoría de Estado); ii) De la cuestión respecto a la naturaleza jurídica del objeto¹³²⁹; iii) De la cuestión de

¹³²⁸ En este aspecto nos referimos a cuestiones generales: _ (¿) Si la subsidiariedad, tal cual se presenta en la actualidad, sobrellevada a una categoría de principio fue siempre así, a considerar su evolución histórica impartida de las teorías de los fines del Estado (?). _ Lo que nos parece que no. (Pag. 45 y 115, ver en los nuevos interrogantes). _ (¿) si se puede distinguir con exactitud los fines de los medios en materia de subsidiariedad en la política del agua, a tomar en consideración la trama organizativa que se agregó en el proceso evolutivo y legislativo del Estado, se está atendiendo legítimamente a la finalidad de los mismos (?). (Pág. 40 y 115, ver en los nuevos interrogantes). _ “¿Por qué la subsidiariedad estuvo durante largo tiempo distante de las teorías del derecho público?” (Pag. 39); ¿Por qué antes no se planteó un valor jurídico a la subsidiariedad? (Pág. 119). _ Verificar (¿) a partir de «cuando» se puso de manifiesto el “componente” de subsidiariedad en el Derecho (?). (Pág.41).

¹³²⁹ Cuestion de Naturaleza Jurídica: ¿Qué es, en verdad, la subsidiariedad? Se preguntan los juristas hace mucho tiempo, acerca de tal concepto jurídico (Pág. 109).

subsidiariedad en el Derecho Administrativo¹³³⁰; iv) De las cuestiones específicas al Derecho Europeo¹³³¹; y, v) De las cuestiones específicas al tema del Derecho del Agua y centrado a los sistemas jurídicos comparados;

Por ello, no se volverá a concluir sobre estos interrogantes, porque ya fueron, en nuestro entendimiento, contextualizados en los momentos propios de cada capítulo, lo que se remite tanto a las conclusiones parcialmente hechas en el cuerpo del trabajo, cuanto al desarrollo de cada contenido específicamente.

Hechas estas observaciones preliminares, pasemos, ahora, a las conclusiones del conjunto de la tesis, se poniendo de manifiesto en dos escalas de referencias:

I _ Un aparente problema metodológico.

_ La cuestión que se pretendía examinar en la investigación, *à priori*, parecía ser un problema metodológico, porque fue direccionada a comparar los sistemas jurídico-administrativo de la Unión Europea, de base jurídica de un Tratado, comparándosele con el sistema jurídico de Brasil, de derecho administrativo-medio ambiental, de base constitucional. No obstante, tuvo de fondo el propósito de hacer un análisis del *principio de la subsidiariedad* aplicable en el derecho del agua, más particularmente en la gestión

¹³³⁰ Cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo: _ (¿) Si se puede afirmar que el valor jurídico del elemento de subsidiariedad emana de un complejo de relaciones administrativas preexistentes entre los varios órganos del Estado, y que al mismo tiempo direcciona una cierta orden de modelos de competencias organizacionales creados por la dogmática jurídica, en los sistemas normativos contemporáneos. Por tanto, será él mismo un despliegue del fenómeno de la soberanía o consecuencia de la limitación que se impuso a este componente centralizador del principio de la unidad (?) _ Pág. 39. _ (¿) A partir de qué contexto la subsidiariedad adquiere importancia en la teoría del derecho administrativo (?). (Pág.242). _ ¿Qué es la subsidiariedad para el derecho administrativo?, o ¿Será la subsidiariedad una función meramente política o más allá una directriz a orientar la actuación administrativa? (Pág. 251); _ (¿) Por qué las funciones sociales como actividades ‘fines del Estado’ habían quedado ignoradas por la doctrina del derecho público durante un largo período (?) (planteamiento en Forsthoff, Pág. 269); _ ¿Cómo realiza la Administración pública esta finalidad de ser una Administración que garantiza a los administrados las ‘prestaciones vitales’? (respecto doctrina de Forsthoff, Pág. 273). Aún sobre la cuestión del tema de subsidiariedad procesal en procedimiento administrativo: _ (¿) cuales materias deben orientar una actuación subsidiaria procesal cuando se está tratando de la función sancionadora en materia administrativa (?). (Pág. 220).

¹³³¹ Cuestiones específicas al Derecho Europeo: (¿) cuáles serían los valores sustanciales que este principio debería agregar (?), especialmente cuando el debate del reparto de las competencias dentro de las estructuras del Estado Federal, y que se traspasó más profundamente a la integración de la Comunidad Europea. (Pág. 79).

integrada de los recursos hídricos, a que se denominó de ‘modelo subsidiario del derecho de agua’, por lo tanto, con rasgos del derecho administrativo y derecho de agua.

_ De tal manera, la convicción fundamental para esta investigación partió en la base del *principio de subsidiariedad* que sostiene ambos los arquetipos normativos, aunque en derecho positivo son diferentes.

_ Además, entre los objetivos de esta investigación se propuso analizar los problemas en común entre ellos, con independencia de un modelo ser propio del ‘derecho de integración’ (o internacional) y otro de ‘derecho constitucional’. Incluso porqué, no se tenía la intención de aproximar exclusivamente sistemas extranjeros de base del derecho constitucional, sino el ‘modelo subsidiario del derecho de agua’ (gestión de los recursos públicos), como ya referido, que es lo hay en común entre el derecho europeo y brasileño.

_ De otro modo, fue necesario traer al enclave las cuestiones relacionadas con sistemas nacionales, razón porqué se comparó el derecho de agua del sistema francés con lo de Brasil, y en otra vertiente, se comparó cuestiones del derecho español con lo brasileño relacionado con los conflictos de competencias. Y aquí, cabe aclarar que fue de manera intencional que lo hicimos. Examinar unos problemas puntuales propios de sistemas constitucionales o traer del derecho local, cómo consideramos hacer el análisis del tema sobre ‘remunicipalización’, en la parte especial, a considerar que los sistemas constitucionales son independientes en la comunidad europea, y de cierto modo, no perder de vista la aproximación de algunas cuestiones con el sistema brasileño, de igual naturaleza, o que se permitió vía del comparativo puntual entre tales ordenamientos

_ Se concluyó aún, respecto la asimetría entre sistemas normativos tan diferenciados cómo de Unión Europea en relación al de Brasil que, aquella no puede ser causa de ‘detener’ nuevas formas de interpretar y teorizar el derecho. Tal vez, se así fuese no se tendría progreso científico algún en la construcción de nuevos conocimientos, tal cual fue el desarrollo, por ej., del derecho administrativo europeo. Lo necesario en la actividad de investigar es que, en la búsqueda de aproximación, se mantenga una cierta lucidez de razonamientos a ser comparado.

_ En otro sesgo, se concluyó que el derecho administrativo tiene un encuadre de evolución marcadamente política. Por eso, consideramos en este análisis la cuestión de relacionar subsidiariedad con la soberanía, en esa perspectiva, y a partir de este, separar en el plano de la teoría institucional los significados de ‘poderes’ y de ‘funciones’, una importante aportación para construir el enlace con la subsidiariedad.

_ Por último, se añade que la tendencia del derecho comparado en torno del objeto es decir lo que se va comparar, por eso nuestra investigación se reduce a tres matices: los sujetos, el régimen y la tipología, por lo tanto, fue relacionado ‘subsidiariedad’ en el tema ‘agua’, que se concluyó que existe un modelo jurídico común de derecho de agua, cada vez más aproximado en los ordenamientos, centrandolo en la subsidiariedad.

Por lo tanto, superada esta primera dificultad de elección del objeto, seguimos con las conclusiones del contenido comparado.

II- Subsidiariedad: un objeto pluridimensional.

_ El en análisis de la subsidiariedad se tomó en consideración los rasgos del derecho administrativo desde la teoría institucional de los clásicos franceses y de la organización de autonomía propia, del derecho alemán, en pasos evolutivos (O. Mayer, Forsthoff) hacia la época contemporánea, y también, fue importante considerar el derecho administrativo español con el objetivo de establecer una relación más estrecha con el instituto de la autonomía.

_ También, se afrontó el problema de articulación entre el derecho europeo y los sistemas nacionales, respecto al principio de subsidiariedad. En capítulo dedicado al derecho europeo, donde se remarca la tensión existente al inicio de la introducción del principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea, la dificultad era determinar la esencia de la subsidiariedad en la comunidad europea, y paulatinamente se fue desvaneciendo respecto el Protocolo de aplicación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, hasta llegar a un punto de armonización entre los niveles de organización administrativa del derecho interno de los Estados-miembros y los intereses de la Unión, relativo al espacio europeo de su intervención.

_ De otro lado, se afrontó la articulación de elemento de subsidiariedad (cómo principio o función) comparando entre el sistema europeo y brasileño, en que fue confrontada las tradiciones de cada uno, es decir, en el interior del derecho interno. Por eso se concluyó que era posible hallar una posibilidad de identidad entre el sistema brasileño y el europeo, sin que se ‘aballase’ frontalmente las estructuras normativas formales entre Tratado *versus* Constitución.

_ Bien así, derivó del análisis de varias tipologías investigadas y traídas a comparación de varios contextos europeos (doctrinas francesa, alemana, belgica, española y comparada a la brasileña) que la subsidiariedad es un *concepto pluridimensional*, a nuestro modo de entender, existe una interconexión entre principio, función, acción, estándar, línea de conducta, índice subsidiario, no solo como ‘expresiones comunes’, pero en un prisma relacional en varios sentidos: servir de información de la legislación positiva, de interpretación judicial, de las acciones de los poderes públicos, de integración entre las entidades asociadas y entes públicos, de fundamento de las respectivas competencias de la Unión y de los estados-miembros; un criterio funcional para persecución de objetivos comunes, entre otras.

_ El primer, problema que se aportó fue conocer: qué es el principio de la subsidiariedad en la teoría general del constitucionalismo hacia al derecho administrativo. Haremos algunas conclusiones a este respecto:

La subsidiariedad presenta la mayor claridad, a partir del tema de la soberanía del Estado moderno que, en nuestro análisis, aunque sin una formulación de un concepto jurídico concreto, en el siglo XIX, se concluyó que a partir de los supuestos de la ‘teoría de los fines del estado’, saltó de modo implícito de la comprensión de los ‘fines concurrentes’ del Estado para con la sociedad. De modo que, el componente de ‘subsidiariedad’ propiamente dicho, subyace en las acciones del Estado compartidas con los individuos y las corporaciones, de tal modo que éstas últimas, el Estado solo las podría concretar a través de acciones exteriores producidas por vía de la administración estatal, si y en razón de los intereses más altos de la sociedad, cuando aquellas no les fuera posible realizar de *per se*. (PG-Cap. III, 2.7.4. alinea ii). La subsidiariedad se fue derivando de una compleja discusión del concepto de soberanía, por tanto, aquello aparece, sea como la antítesis al concepto de “soberanía ilimitada o indivisible”, sea cómo uno de los elementos resultantes, en la síntesis, de la división de la soberanía.

También, se concluyó que la cuestión de la subsidiariedad, tradicionalmente, se centra en una doble articulación de sistemas jurídicos, al entenderse como uno principio del derecho constitucional y posteriormente, del derecho europeo; el primero, cómo importante forma de actuación de la Administración Pública frente a los particulares en la gestión de los bienes y servicios públicos, y cuanto a la función legislativa de materia ‘concurrente’. Por así decir, la promoción de la participación ciudadana es conjugada a la de responsabilidad gubernamental, y se converge para los temas del derecho del medio ambiente.

Sin embargo, la relación de subsidiariedad que existe entre el Estado y sociedad es antigua (los griegos trataban cómo tema de ‘autonomía social’). Después, en el Estado moderno este mantiene con los ciudadanos una relación de ‘fines concurrentes’ en que subyace la relación de subsidiariedad, hasta que pasó un largo período para que fuese aquella planteada cómo ‘cuestión jurídica’. En otras palabras, si el concepto de subsidiariedad era solo un principio de filosofía social y después un elemento político en el Estado *pre* constitucionalista, fue en la Teoría del derecho del estado que los primeros rasgos de su naturaleza jurídica aparecen en la formación del ‘federalismo’ del Estado alemán y suizo.

Se añade también, que, en otra vertiente, de la Ciencia Política, es donde se construye los fundamentos en que se desarrollaron, evolutivamente, la organización del Estado y sus ‘estructuras funcionales y de regulación de competencias’, a partir de las tradiciones del pre-constitucionalismo hacia al nuevo esquema de la teoría constitucionalista moderna, y sucesivamente al aparecimiento del derecho administrativo autónomo en los Estados nacionales.

Bajo la perspectiva del derecho administrativo, se concluyó que el principio de subsidiariedad desde un punto de vista que era propio de la organización territorial del Federalismo (reparto de las competencias), fue la clave jurídica excepcional, puesta de relieve en un nuevo modelo de ‘administración organizada supranacional’ con característica de transnacional, instituido en el seno del Tratado de la Unión Europea, en efecto, hizo los matices la integración europea, en la práctica.

Fue el pasaje al Derecho europeo que impulsó, la aplicación en los ámbitos del ordenamiento interno de los Estados-miembros, una aportación al derecho administrativo en el marco de las constituciones de varios países integrados al bloque de la UE. El derecho administrativo, sin duda, parece inclinado a aportar técnicas singulares relacionadas con la subsidiariedad, reflexionar sobre las estructuras de distintos instrumentos jurídicos y de los ordenamientos, captando nuevas prácticas y alternativas novedosas en la toma de decisiones del tema en cuestión, incluso delimitar las situaciones, experiencias y decisiones que no son adecuadas o congruentes entre las dos realidades comparadas de los sistemas jurídicos.

Por fin, se concluyó que a finales de los años 80 los mecanismos de protección de la soberanía de los Estados europeos habían dejado de ser efectivos ante la extensa ‘intervención competencial comunitaria’, factor preponderante a lo que hubo introducido el elemento de subsidiariedad en los Tratados.

_ El segundo problema, fue el análisis del principio de la subsidiariedad en la perspectiva de un sistema del derecho de la integración europea. Y con matiz de derecho ambiental.

El principio de subsidiariedad fue introducido en el Derecho Europeo, a partir del Tratado de Maastricht en 1992. Además, fue también introducido en la regulación europea del derecho de agua, en el marco de la Directiva Marco 60/2000/CE, lo que acabaría por influir en un importante componente jurídico para la implementación de una política económica y sostenible de los recursos hídricos, en ámbito de los Estados-miembros, descentralizada hacia la organización local, pero considerada de difícil aplicación, por dos relevantes consideraciones:

i) la diversidad sectorial que distribuye la regulación del agua por varios sectores de organización administrativa (política de energía de ámbito nacional, política agrícola de dimensiones territoriales diversificada según el cultivo regional o local, los tratamientos y el saneamiento de agua potable y aprovechamientos de las aguas);

ii) asimismo, la gestión integrada de las masas de aguas (continentales-subterráneas y superficiales, transfronterizas) que debe sobrepasar a criterios únicamente administrativos, y regularse en base de criterios físicos de unidades territoriales distribuidas en “cuencas hidrográficas”.

Señalase, asimismo que, a comienzo de los años 90, el principio de subsidiariedad insertado en el Tratado de las Comunidades Europeas (Artículo 5, anteriormente Art. 3b), considerado por varios autores un principio político, fue adoptado en el seno de la Unión Europea con intuito de ser un hilo de consenso para la integración de Estados miembros, tanto en lo trato de las cuestiones del ejercicio del poder y de las competencias locales frente al ámbito de actuación de las instituciones europeas, cómo para impulsar la nueva realidad del espacio social europeo.

En aquella circunstancia, también, el proceso de aceleración para fortalecer la regulación social a través de Directivas o por Convenciones colectivas entre los entes sociales, lo había convertido en una clave a contribuir al respecto de la identidad nacional de los estados integrados, en preservar las competencias respectivas, cuyas decisiones deberían ser tomadas en los niveles más próximos de los ciudadanos. Por eso, si la ‘competencia nacional es la regla, y la ‘competencia’ de la Unión (o comunitaria) sería la excepción’, no obstante, los límites de aplicación

pueden ser en las dos direcciones, tanto en favor de la Comunidad o de los Estados-miembros.

Hay variadas formas de operatividad o de aplicación del principio de subsidiariedad: _ tiene el reto de establecer un control jurídico, dejando por eso de ser un mero principio político o norma programática: en este sentido dos son los criterios que tiene sido utilizado, el transnacional y el criterio relativo a corrección de las distorsiones económicas o de mercado; _ ampliar los límites de las competencias de la Unión cuando las circunstancias les recomiendan o en poner la restricción cuando no esté justificada la actuación, incluso exentándose de esta. _ el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; _ las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; _ la actuación comunitaria proporcionará claros beneficios debido a su escala o a sus efectos, en comparación, con la actuación a nivel de los Estados miembros

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2010, gran parte de las divergencias de interpretación sobre el ámbito de aplicación de la subsidiariedad se fueron desvaneciendo, porque al delimitar formas más precisas de las competencias conferidas a la Unión, quedaron en efecto, delimitadas las competencias de la Unión en *tres categorías en exclusivas, compartidas y de apoyo* en conformidad al que se convención en el Título I de la primera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

Por último, se verificó la relación entre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en que este se tiene aplicado cómo dos caras de una misma moneda al equilibrio entre la acción comunitaria y los objetivos a ser alcanzados. Por ello, la jurisprudencia tiene asentado que la proporcionalidad se aplica en relación de una 'disposición comunitaria' hasta sean aptos para alcanzar el objetivo legítimo propuesto por la normativa de la que se trata y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo

En la práctica, es la clave de un principio que se pone de manifiesto como una faceta del principio de subsidiariedad. Es decir, el principio de proporcionalidad fue desarrollado cómo un elemento regulador de las acciones de la Unión, al lado del principio de subsidiariedad, que tiene como punto de articulación el equilibrio entre las competencias de la Unión en relación a las competencias de los Estados.

_ El tercer paso, fue confrontar la aplicación de este principio de subsidiariedad relacionado a la nueva perspectiva de la política integrada para una equilibrada gestión de los recursos hídricos, en el modelo subsidiario del derecho de agua en la Unión Europea y Brasil. Fueron llevados a conclusión los siguientes razonamientos:

i) Considerando que, en derecho de agua desde una construcción más contemporánea, se estableció la cuenca hidrográfica como la ‘unidad político-administrativa’ de la función de policía y de servicio a los usuarios visando una buena prestación a los consumidores del agua en su universalidad, además de priorizar de la protección de los recursos naturales renovables, en particular la importancia las fuentes del agua dulce (aguas subterráneas, ríos, arroyos, humedales) y del ecosistema.

De tal modo, la relevante función del principio subsidiariedad incardinado a otros principio del derecho de agua, conllevó en demostrar sobre la aproximación de dos sistemas integrados: el constitucional brasileño y el integrado europeo, una vez que existen cuencas hidrográficas exclusivamente del espacio nacional y otras transfronterizo, donde en las primera hipótesis, la gestión integrada ultrapasa los límites territoriales de las administraciones locales, y tomase como referencial la cuestión regional donde se sitúa la cuenca.

ii) Por razones metodológicas el análisis de estes dos sistemas jurídicos en el derecho de agua, fueron analizados separadamente restringiéndose en un análisis del régimen de gestión integrada de cuencas bajo la perspectiva del derecho interno, donde las cuestiones del derecho comparado en UE e Brasil se vuelven a confrontar los aspectos convergentes en los dos ordenamientos, de dos o más países, en caso, se la opción fuera comparar los sistemas de Brasil, España y Francia.

En efecto, el foco de este estudio, cómo objetivo más específico, fue, por tanto, examinar qué importancia, alcance y resultados la subsidiariedad presenta aplicada en el marco de una nueva realidad del derecho de agua, según la responsabilidad del Estado y de los particulares ante la gestión sostenible de los recursos hídricos;

iii) Se concluyó que la subsidiariedad comporta, en el ámbito del marco de Directiva de Agua 2000/60/CE con repercusiones en la organización administrativa y territorial un modo de intervenir en la gestión de los recursos hídricos, más en velar por el buen estado de las aguas en toda región, incluso las transfronterizas, y menos en poner un marco de armonización completa de ordenamientos legislativos de los sistemas nacionales.

Ello, teniendo en cuenta que la gestión del agua abriga redes de conexiones de planificaciones hidrográficas muy distintas en cada Estado, unas con más avances

que otras. Por último, hemos, aún considerado que la subsidiariedad cómo el principio de base en el marco de la Unión en intersección con el principio de cooperación se centra en aproximar los actores sociales (asociaciones de colectividades, usuarios) al centro de las decisiones políticas y de administración de medidas y técnicas a los usos de los recursos, de mejora de las condiciones de oferta de los servicios, y aún en velando por el medio ambiente acuático.

iv) Por lo tanto, la aparición del principio de la subsidiariedad tiene relación directa en la ejecución de la gestión de los recursos hídricos, en que las autoridades más cercas deben contribuir a los mejores padrones de la calidad y de preservación de la cantidad del agua.

v) La subsidiariedad sería, en consecuencia, un proceso dialéctico formulado del que sobra de la división de la soberanía, y se convierte en la función *suplementar o complementar del Estado*, subdividido en tareas múltiples o *acciones entre los distintos órganos y entes estatales* o en funciones repartidas entre *poder central y poder descentralizado (lands/estados miembros, provincias, distritos/municipios)*.

vi) El estudio comparativo de los problemas comunes, y de los rasgos normativos, alcance de la interpretación en la jurisprudencia de los sistemas de Unión Europea y Brasil (Sección II), logró se establecer algunos rasgos de identidad de la gestión subsidiaria del agua.

En ese contexto, se concluyó que existe también en los dos sistemas jurídicos una discrepancia entre la *acción de regulación y la de función* entre los dos sistemas. En la Unión Europea, una de estas contradicciones radica en el hecho de que transponer las normas del Derecho Europeo (DMA 2000/60/CE), en especial, con las cuestiones del derecho interno respecto la organización territorial se encuentra a veces en conflicto con el derecho ya regulado, en que el poder central del Estado quedado a una posición ‘intermedia’ ante la regulación de la Unión, y las normas del sistema constitucional interno hay que sopesar los límites de estas aplicaciones. Por ej., en España, la Ley del Aguas (de régimen general) tiene que adoptar las medidas de la Directiva marco del agua, y en otro aspecto los Estatutos de Comunidades Autónomas tiene su competencia propia en relación a Ley del Estado.

Relativo al modelo subsidiario en Brasil, en el aspecto de la *regulación*, los Estados-miembros cumplen en promover, de una parte, la integración legislativa de su base territorial al sistema nacional, regulando la competencia concurrente con la ley federal, como se suele implementar mediante la expedición de leyes y decretos; no obstante, en el aspecto de la *funcionalidad y organización administrativa*, los mismos no emprenden la función subsidiaria, en la misma velocidad.

vii) No se excluye que tales problemas de intervención y aplicación en los sistemas constitucionales, e incluso del derecho europeo, de cómo aquellos advienen en muchos aspectos de las relaciones políticas entre las esferas estatales cooperadas. (Véase a propósito en la parte especial, el apartado sobre las *tendencias específicas de la gestión integrada de los recursos hídricos*.)

viii) Se concluyó, asimismo tanto se esté tratando, específicamente, del derecho administrativo y medio-ambiental de distintos sistemas jurídicos respecto el tema de descentralización administrativa y de las competencias, como de un Estado Federativo o un Estado Autonómico, o incluso en un sistema de integración regional cómo la organización político-jurídico y económica de la Unión Europea o de otros bloques políticos, es ineludible el reto de encontrar una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua¹³³² entre usuarios y sectores muy distintos, como suele determinar el de energía, transporte, agricultura, pesca, turismo, saneamiento a los usos urbanos (de hogares o comerciales), sin considerar la cuestión de base territorial determinante que es la *cuenca hidrográfica*.

Por ello, en los sistemas normativos, con independencia de que tipo de modelo interno se organizados en unidades políticas-administrativas (estados-miembros, comunidades autónomas, *landes*, *cantones*, departamentos provincias, y los respectivos municipios, distritos etc.) los problemas ambientales y económicos no se apartan mucho de reflejar sobre el ‘derecho de agua’ y ‘la integración de las formas más eficaces de viabilidad de este servicio público y de la protección de los recursos hídricos’ y del importante reto que se aporta como principio (y función) de subsidiariedad.

¹³³² Conforme el Informe de la Red Internacional de Organismos de Cuenca (International Network of Basin Organizations-INBO) tiene señalado:

“[...] Sin embargo, las regiones del mundo donde los recursos hídricos ya están muy desarrollados también enfrentan serios desafíos. Aquí, los recursos hídricos están a menudo sobre-explotados. Los administradores de cuencas tienen que manejar interacciones sumamente complejas entre lo que está sucediendo aguas arriba y lo que sucede aguas abajo, y los impactos sobre los procesos hidrológicos, bioquímicos y biológicos. Tienen que administrar las aguas subterráneas y superficiales, y armonizar la gestión del agua para las actividades económicas con la salud ecológica de ríos, humedales y lagos. También están en el centro de los debates sobre la distribución desigual e inadecuada de los costos y los beneficios: por ejemplo, los costos financieros de las inversiones y el mantenimiento, los costos de las consecuencias sociales y ambientales adversas, y los desequilibrios en el acceso a los recursos que se generan, tales como la electricidad, la tierra de regadío y el agua potable. Estos problemas desafían no solo a los países desarrollados, sino que también desafían cada vez más a los administradores del agua en economías de rápido crecimiento y en regiones gravemente afectadas por la escasez de agua. La naturaleza interconectada de la gestión del agua dentro de una cuenca tiene un impacto directo sobre las comunidades, regiones administrativas y territorios políticos (provincias, naciones). Aquellos que comparten una cuenca son altamente interdependientes. Los administradores de cuencas deben encontrar formas de abordar estos desafíos relacionados”. In: GLOBAL WATER PARTNERSHIP (GWP). RED INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE CUENCA (INTERNATIONAL NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS-INBO). *Manuel para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos*. Op.cit. p. 12.

ix) También hemos concluido que, la relación entre ‘regulación y función administrativa’ (de ejecución, control, inversión, recaudación y otras) es creciente al desequilibrio de estos ejes, por dos razones muy claras, porqué no solo el agua es un recurso natural abundante, renovable y cada vez más disputado, pero porqué es paradójicamente limitado, ante los problemas más evidenciados de sequías prolongadas, riesgos de inundaciones a causa de efectos climáticos, pero también, porque carece de mayor exigencia en los compromisos de responsabilidad del poder público y de los concesionarios, ni siempre correspondiendo al efectivo cumplimiento de los contratos. Ello, tanto por cuestiones de orden político-partidaria de intereses más particularizados de quien detiene el poder, o relativos a aspectos operacionales de emprender obras técnicas de mala planificación hidrológica y de altos costes a los usuarios y ciudadanos, cuanto de actividades nocivas al medio ambiente con consecuencias de deterioro.

Estos hechos fueron observados en el análisis del sistema de Brasil, cuanto de los problemas puntualizados en la cuestión de la ‘remunicipalización’ del servicio del agua, en Francia, y unos otros puntualizados en todo que se analizó sobre la jurisprudencia de los dos sistemas jurídicos.

x) Se observó, entonces que paulatinamente, el binomio *Subsidiariedad e Integración* se incorporan al derecho de agua bajo el signo de la *cooperación*.

El primero, la *subsidiariedad* se relaciona con los ámbitos de *descentralización* de las potestades administrativas, de las medidas coordinadas, las actuaciones y tomada de decisiones, de un lado, en ámbito nacional, regional y local, y de otro, la función de subsidiariedad de conformidad con cada sistema jurídico, que puede ser el de la Unión europea (el derecho comunitario supranacional) o de la esfera central (la Unión) en los países de organización política federativa (por ej., el Brasil, Estados Unidos, Australia etc.).

El segundo, la forma de *integración* de la gestión de los recursos hídricos que pone de especial relieve la vertiente del *medio ambiente*, al que refiere al conjunto de la gestión de los recursos hídricos basada en la unidad geográfica de las cuencas hidrográficas. Son estos dos componentes (subsidiariedad e integración) los nuevos arquetipos normativos que aportan al derecho de agua un cambio de regulación de las estructuras, relaciones entre usuarios, financiación y protección amplia y continua de los recursos hídricos. (Véase la Directiva marco del agua 2000/60/CE, Considerando 18)¹³³³ O, en el sistema brasileño, la Ley Federal 9433/97, que crea

¹³³³ Directiva, Considerando 18 prevé: “La política comunitaria de aguas precisa un marco legislativo coherente, efectivo y transparente. La Comunidad debe proporcionar principios comunes y un marco general de actuación. La presente Directiva establecerá dicho marco y garantizará la coordinación, la integración y, a

y regula el sistema nacional de integración de la política del agua, también basado en la gestión de las unidades de cuencas hidrográficas, en la coordinación e información sobre los recursos hídricos.

Tercero, precisamente, el principio de cooperación se despliega en otras acciones que enmarcan el modelo de pluralismos de organización político-administrativa de los Estados (federal o estadual): en coordinación y colaboración. Estos son cómo instrumentos o técnicas para equilibrar el grado de autonomía o de descentralización de los entes inferiores, ante la tendencia de centralización del poder central en el Estado, de forma que la participación de los entes territorial y local, en las decisiones políticas del Estado y en el interés de las cuestiones de cada entorno, a través de las técnicas de coordinación, colaboración, participación son más susceptibles de tener equilibradas tales posiciones en la ‘distribución de los poderes internamente’ y de ‘defensa o respeto a la autonomía’ en la orden constitucional.

Por ello, la cooperación es un principio de ordenación del territorio, al lado de la subsidiariedad, que evidencia en la gestión del agua, el perfil de función administrativa o técnica de la interpretación, ora con mayor fuerza formalmente presentando en la especie de un principio del derecho.

xi) Se constató, aún respecto al modelo subsidiario del agua, que:

La *gestión integrada* de los recursos hídricos se convierte en este primero decenio del siglo XXI en instrumento de la función pública, más cerca de los ciudadanos, donde la participación y decisión de los usuarios, concretamente actuando en la toma de decisiones, específicamente cuanto a la explotación de los servicios de agua, del abastecimiento a las comunidades afectadas son el nuevo marco de la “descentralización administrativa”.

Por lo tanto, en ese escenario, la gestión hídrica aparece como un importante sector que exige nuevos cambios de “descentralización administrativa” según los límites coordinados en normativas que reglamentaron la materia, pero también, de un entendimiento entre sociedad y gobierno, garantizando que la participación en las decisiones sea precedida de informaciones claras sobre eventos dañosos y riesgos, mayor transparencia de las informaciones presupuestarias y de control de los concesionarios respecto los servicios de suministros, tratamiento de vertidos,

más largo plazo, la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso sostenible del agua en la Comunidad de conformidad con el principio de subsidiariedad”.

política energética, transporte fluvial, condiciones de las aguas en cantidad de reservación, y de calidad para el consumo.

Que, en otro sesgo, los *problemas de la contaminación, y de escasez* de las fuentes de agua dulce observados cómo los más graves problemas producidos por las alteraciones climáticas, que afectan el medio ambiente, direccionan cada vez más las políticas internacionales de defensa del *patrimonio común*: el agua, para una gestión que sea sostenible, que empujan los gobiernos locales a responsabilizarse por las tareas de protección y abastecimiento sano y seguro a toda población.

Hay también, problemas de intervención y aplicación en los sistemas constitucionales, e incluso del derecho europeo, de cómo aquéllos advienen en muchos aspectos de las relaciones políticas entre las esferas estatales cooperadas. (Véase a propósito en la parte especial, el apartado sobre las *tendencias específicas de la gestión integrada de los recursos hídricos*.)

x) Se concluyó que habrá que se considerar la importancia de construirse una *teoría jurídica de la subsidiariedad para el derecho de agua*, que pone la subsidiariedad cómo un instrumento pluridimensional a tener en cuenta no solo aspectos de gestión del agua y las varias medidas y programas que deben ser llevados al cabo con el fin de fortalecer este instrumento de aplicación en la efectiva participación ciudadana.

Por ello, se propone que la subsidiariedad sea puesta cómo un objeto más pluridimensional en que tiene una naturaleza de transversalidad a dedicar la atención de los expertos y estudios en ese contexto.

Se añade aún que la transversalidad no se detiene en tema medio ambiental, porque fue objeto de observación, en otros enclaves, en temas de derecho administrativo social, consonante los criterios de aportación de la doctrina alemán revisitados en esta investigación. De modo que es relevante seguir reflexionando respecto la subsidiariedad, ya que sobre el principio de subsidiariedad o de la función, sin duda, son innúmeros los trabajos académicos e investigaciones que se dedicaron a este tema, unos por veces un tanto escépticos y otros interesantes.

xi) El modelo subsidiario del derecho de agua, a nuestro juicio, concierne al proceso de integración entre poder público y sociedad (ésta representada por la representación de legitimación en igualdad) en el encuadramiento de los problemas y asuntos del interés local, territorial y nacional que se debe fortalecer en la consulta a la sociedad, de prestar la información con datos fiables y abiertos respecto a los asuntos relacionados con los usos del agua, afectos al saneamiento, a inversiones de recursos públicos de gran repercusión económica y de impacto del medio ambiente, en especial aquellos relacionados con los proyectos sociales de gran

alcance y que compromete los costos de inversiones en obras de infraestructuras, y sobre las condiciones de alteraciones climáticas en la cantidad y calidad del medio cuántico.

xii) En suma, esta investigación no se direccionó a puntualizar casos comparativos de mala administración, derroches de recursos públicos o de desperdicio de recursos del agua, y ni examinar los servicios públicos más específicos relacionados con el agua, sino detectar cuáles son las cuestiones que se plantean al hablar del modelo subsidiario del derecho de agua, y así, se verificó, cuáles son las tendencias del derecho del agua hoy y sobre las cuestiones de la soberanía, relacionándolas con la función (acción) de subsidiariedad o cómo principio; relacionando la ‘cuestión subsidiaria con la protección, control, ejecución de la política de agua por parte de los actores subsidiarios, lo que se observó, entre los problemas de orden ambiental, económica y administrativos que son necesarias continuas reflexiones y seguimiento para un cambio de realidad, en la búsqueda de nuevos ajustes de concertación entre sociedad y Estado.

Por último, se concluye que fue necesario dedicar gran parte de la investigación al tema de la soberanía, porque a nuestro juicio, la cuestión subsidiaria, actualmente, ya no se oculta más en la tradición clásica: un lugar de ‘complementariedad’ o de condición ‘supletoria’, o al menos no se conforma solo con esa concepción de la Teoría del Estado y del Derecho Público de los siglos XIX e XX, para el derecho de agua de este siglo.

La soberanía, que antecede al constitucionalismo contemporáneo, no cedía a una ruptura del dogma de la centralidad de la relación Estado y sociedad en un dado sistema normativo, sino que hoy es posible plantear, con mayor amplitud, qué soberanía y subsidiariedad son las dos caras de una misma moneda, teniendo en cuenta que, la primera no es una categoría absoluta, pero *histórica*, (cómo afirmado por Jellinek). De ahí, se poder plantear que después de repartida en ‘poderes’ o ‘funciones’, en el siglo XX, la soberanía se pone de relieve en un nuevo sesgo ante la subsidiariedad pluridimensional, entregue a mayor participación de la sociedad, por una exigencia de mejores prácticas de gestión ambiental (del agua), o si se sigue con otros modelos subsidiarios de gestión social. En fin, en ‘navegar por las aguas del derecho público’ y de la historia europea de algunos sistemas jurídicos (español, francés, alemán) me interesó hacer esta aproximación con el sistema jurídico de Brasil.

BIBLIOGRAFIA

GENERAL Y DE PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

ALTUSIUS, Juan. (Althusius). La política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos. Trad. Mariño, Primitivo. Org. Truyol y Serra, Antonio. Madrid: CEPC. 1990.

ARISTOTELES. Tratado da Política. Trad. M de Campos. Lisboa: Europa-América. 1977.

AUBERT, Jean-François. Traité de Droit Constitutionnel Suisse. Neuchatel: EIC. 1967.

AYALA, Francisco. La teoría del Estado del profesor Herman Heller. En: Obras completas (V). Ensayos políticos y sociológicos (recensión). Barcelona: Círculo de lectores-Galaxia Gutenberg. 2009. p. 710-716.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. Rio. Forense, 1997.

BAUDIN-CULLIÈRE, Frédéric. Principe de subsidiarité et administration locale. Paris: LGDJ. 1995.

BODIN. JEAN. Les sis livres de la République. _ un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583, édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française. (Liv. I, chapitre VIII). 1993. p.111.

BOIXAREU CARRERA, Ángel. El principio de subsidiariedad. Madrid: CEC. RIE. (21) N° 3. 1994. P. 701-808.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constituicional. 15ª ed., Sao Paulo: Malheiros. 2004

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. [Comunicación presentada en la "Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional"]. Dir. ALZAGA, Óscar. Madrid: UNED. 2007 (nov). Págs. 95-123.

BOURRICAUD, François. Autonomie. In: Encyclopaedia Universalis (Vol. 3). Paris: France S.A., 1985.

BRUNET, Andrée. La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité. Paris: Gazette du Palais. 12 juin 2004. n° 164, P. 6-

BULLINGER, Martin. El service public francés y la daseinsvorsorge en Alemania. Madrid: CEPC. RAP. 2001 (156), p.29-49.

CALLEWAERT, Johan. La subsidiariedad dans l'Europe des droits de l'homme: la dimension substantielle. AAVV. L'Europe de Subsidiarité. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.13-61.

CAPRA, Fritjof. La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos. Traducción de David Sempau. Barcelona: Anagrama 1998.

CHITI, Mario. Derecho Administrativo Europeo. Traducido por ORTEGA, Luis. 1ª ed. Madrid: Civitas. 2007. Pág. 77.

CONSTANTINESCO, Vlad. Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union Européenne? AAVV. L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS. Paris: Dalloz, 1991. p. 35-45.

CORNU, Gérard. Vocabulaire juridique. 8ªed. Paris: QUADRIGE/PUF. 2007.

D'ONORIO, Jean-Benoît. La subsidiarité analyse d'un concept. En : AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. La subsidiarité. De la théorie à la pratique. Paris: TÉQUI. 1993. P. 11-40;

DAHL'S LAW DICTIONARY. Compiled. (Org.) DAHL, Henry Saint. 3ª ed. Buffalo, N.Y.: W.S. Hein. 1999.

DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense. 1993.P. 278.

DELCAMP, Alain. Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation. AAVV. Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: PUF. (23).1995.P. 61.

DICCIONARI DE LA LLENGUA CATALANA. 10ª ed. Barcelona: Enciclopedia Catalana. 1990.

DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES. Dir. BARAV, Ami; PHILIP, Christian. Paris: PUF, 1993, P. 1024-1034.

DICIONARIO DE PRINCIPIOS JURIDICOS. (Org.) TORRES, Ricardo Lobo ; KATAOKA, Eduardo Takemi et al. Rio de Janeiro: Campos/Elsevier. 2011. Pags. 1292-1296.

DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2ª ed. Sao Paulo: ed. Nova Fronteira. P. 1622.

DRAGO, Guillaume. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. AAVV. RIDC (2).1994. P. 583-591.

DUBOS, Olivier. La subsidiariedad. AA.VV. Colloques & débats. (La compétence). Paris: AFDA/Litec. 2008. P.213. P.193-217.

DÜGUIT. León. Las transformaciones del derecho público. Traducción Adolfo Posada y Ramon Jaen. 2.ª ed., Madrid: Francisco Beltran.1926.

ENTRENA CUESTA, Rafael. Las relaciones interadministrativas. Autonomies: RCDP. nº 5. Barcelona: EAPC/IEA, 1986. Págs. 71-80.

ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard; SCHMIDT-WIEGAND, Ruth. Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG. (Redaktion) WERKMÜLLER, Dieter. (V). Berlin: Erich Schmidt. 1998.

ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces/Universidad Carlos III. 2000.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. Diccionario jurídico. Madrid: Thomson-Aranzandi, 2004. 3ª ed. P. 619.

FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Traducción Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. 5ª ed. Madrid: IEP. 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 13ª ed. Madrid: Thomson-Civitas/Arazandi. 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza. 1999.

GARCÍA ROCA, F. Javier. Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar). REP. Madrid: CEPC. (59). 1988, págs.269-276.

GARRONE, José Alberto. Diccionario jurídico. Colaboración: López, Gaston F; Recca, Claudia M.; Garrone Rojo, Alberto C. et al. Argentina: LexisNexis, Tomo IV, 2005.

GAUDEMET, Yves. Libres propos sur la subsidiarité spécialement en Europe. En : AAVV. Mélanges Paul Amselek. (Dir.) COHEN-JONATHAN, Gérard et al. Bruxelles: Bruylant. 2005. P. 316

GIUDICE, Federico del. Nuovo Dizionario Giuridico. Napoli: Edizioni Simone. 1998. 581/1 vol. pp. 1217-1218.

GOLUB, Jonathan. Sovereignty and subsidiarity in EU Environmental Policy. In: Political Studies. (XLIV). 1996. P. 686-702.

GOMES CANOTILHO, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2004.

GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio. La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español. AAVV. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución. (Coord.) PÚNSET, Ramón. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998. p. 218-244.

GOZI, Sandro. S. Le principe de subsidiarité fonctionnelle en Italie. P. 455-458. AAVV. Le principe de subsidiarité. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. Bruxelles: Bruylant. (XXXVI) 2002.

HAURIOU, Maurice. Principios de derecho público y constitucional. (Dir.) MONEREO PÉREZ, José L. (Traducido por RUIZ DEL CASTILLO, Carlos). Granada: Comares. (45). 2003.

HEGEL, Georg. W.F. Fenomenología del Espíritu. (1807). Traducción: ROCES, Wenceslao con la colaboración de GUERRA, Ricardo. México: FCE. 1966.

HEGEL, G. W.F. La constitución de Alemania. (1802) Traducción NEGRO PAVON, Dalmacio. Madrid: Aguillar, 1972. Disponible en dialnet REP (178), 1971, págs. 5-88; <en línea> file:///C:/Users/user/Downloads/REP_178_007.pdf. [Consultado en 05 jul 2013].

HELLER, H. Teoría Política. Coord. Gerhart Niemeyer. Traducción TOBIO, Luis. 1ª ed. 12ª reimp. México: FCE. 1987.

HIRSCH, Günther. Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste. P. 47-65. En: AAVV. Le principe de subsidiarité. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. Bruxelles: LGDJ/Bruylant. 2002.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Trad. MONTEIRO, João Paulo y DA SILVA Mª. Beatriz Nizza. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HORTA, Raul Machado. A autonomia do estado moderno no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p.49-56.

HUICI SANCHO, Laura. La interpretación del principio de subsidiariedad por el tribunal de justicia de las comunidades europeas. AAVV. La Incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas: seminarios. (Dir.) OLESTI RAYO, Andreu. Barcelona: IEA/Generalitat. Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics (68). 2010. P. 58-91.

JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1978. Pags.327-367.

JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. 1ª ed. esp. México: FCE, 2000.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Traducción MACHADO, João Baptista. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KELSEN, H. La teoría pura del derecho. 4ª ed. /9ª reimp. Buenos Aires: Eudeba. 2009.

KELSEN, H. El Estado como integración. Una controversia de principio. Trad. GARCIA AMADO, Juan Antonio. Madrid: Tecnos. 1997.

KLUTH, Winfried. Republique Fédérale d'Allemagne. En: AAVV. Droit Administratif et subsidiarité. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 247-270.

LEMOYNE de FORGES, Doyen Jean-Michel. La subsidiarité dans le fonctionnement de l'État. En: AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. La subsidiarité. De la théorie à la pratique. Paris: TÉQUI. 1993. P. 61-79.

LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise. Existe-t-il, un principe de subsidiarité? En: AAVV. Le principe de subsidiarité. (Dir.) DELPÉRÉE, Francis. Bruxelles: LGDJ/Bruylant. 2002. P. 21-45.

LUCAS VERDÚ, P. Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demo-liberal. Madrid: CEPC. REP (64) 1989, págs. 25-92.

MARQUES, Agostinho R. *A Ciência do Direito. Conceito. Objeto y Método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. Pág.185.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge". RAP (38). Madrid: CEPC. 1962. P. 35-66.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. O principio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: ed. Coimbra, 2003.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Parte General. Traducción: HEREDIA, Horacio H.; KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires: ed. De Palma. 1949.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Parte especial. Buenos Aires: ed. Arayú. (Tomo IV). 1954.

MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. 1998. P. 1984

MILLON-DELSOL, Chantal. El principio de la subsidiarité. 1ª ed. Paris: PUF. 1993.

_____ . L'Etat Subsidaire. Paris: PUF/Léviathan. 1993.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed. (Tomo III).

MÜNCHENER RECHTS-TEXIKON. Redaktor Horst Tilch. München. C.H. Beck. 1987. Vol. III/ R-Z.

NEGRO PAVON, Dalmacio. La Filosofía Política de Hegel en Relación con «La Constitución de Alemania». Revista de Estudios Políticos, N° 178, 1971, págs. 5-88. <en línea> <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=26227>> [Consultada en 07 de jul de 2013].

NEVES, Iêdo Batista. Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos. Rio de Janeiro: APM ed. 1987.

NIHOUL, Pierre; LOMBAERT, Bruno. La subsidiarité territoriale. En: AAVV. Droit Administratif et subsidiarité. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P. 43-80.

NORONHA'S LEGAL DICATIONARY. Coord. GOYOS JR., Durval de Noronha. 2ª ed. S. Paulo: Observador Legal ed. 1994.

NUNES, Pedro. Dicionario Jurídico de tecnologia jurídica. 12ª ed. (3ª tiragem) Rio de Janeiro: Liv.Freitas Bastos. 1994. IBEC. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. Coor. Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva. 2012.

ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia. Diccionario Jurídico Básico. 3ª ed. atual. Madrid: Tecnos. 2007.

PAREJO ALFONSO. Luciano. Derecho Administrativo. Madrid. Ariel.2003.

PENDAS GARCIA, Benigno. Teoría del derecho y del estado en Otto von Gierke. Madrid, AFDUA. 1992. P. 109-160.

PONTIER, Jean-Marie. La subsidiarité en droit administratif. AAVV. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et al l'étranger. (Dir.) ROBERT, Jacques et AUBY, Jean-Marie. Paris: LGDJ. (5). 1986. P. 1515-1537.

QUADROS, Fausto. O principio de subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia. Coimbra: Almedina. 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del Estudiante. Colaboración Fundación Rafael del Pino. Barcelona: Santillana Ed. 2005. P.1.306.

REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. Madrid: CEPC. RAP (161). 2003. P. 123-179.

ROBERT, Paul. Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire.12ª ed. Paris : Le Robert. 1985. Tome VIII.

_____. Le nouveau petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. (Dir.) REY-DEBOVE, Josette et REY, Alain. Paris: Le Robert. 2010.

SAÑA, Heleno. Atlas del pensamiento universal_historia de la filosofía y los filósofos. Madrid: Almuzara, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte general. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2006. P.81.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General I. 1ª ed. Madrid: Iustel. 2004.

SCHMIDHUBER, Peter/ HITZLER, Gerhard. Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG- Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Verfassung. En: GANGER, Dieter-Jörg ; WEIGELT, Klaus. Föderalismus in Deutschland und Europa, Köln 1993. P. 70-9.

SCHMIDT-ASSMANN, E. Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Trad. BARNÉS, Javier; BACIGALUPO, Mariano et al. Madrid: INAP/Marcial Pons. 2003.

SCHMITT, Karl. Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía. Madrid: Trotta, 2009.

SCHWARZE, Jürgen. Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand. Revue du Marché Commun. N. 370. Paris: Éditions techniques et économique. 1993. P. 615-19.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. El problema de la soberanía en el Estado autonómico. AAVV. Ramón. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Soberanía y constitución. Coord. PÚNSET. Oviedo: JGPA. nº 1. 1998, págs. 345-379.

SOSA WAGNER, Francisco. Maestros alemanes del derecho público. 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons. 2005.

STEIN, Torsten. El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea. Madrid: REP, nº 90, 1995, pp. 69-84.

STRUYS, Michel L. et FLYNN, Leo. *La subsidiariedad au sein de l'Union Européenne: la dimension juridictionnelle*. En: AAVV. L'Europe de Subsidiarité. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.202-250.

THIFFRY, Patrick. Direito europeu do ambiente. Traducido por Maria Fernanda Oliviera. Lisboa: Instituto Piaget. 1998.

VALÉRIE, Michel. La Subsidiarité. AAVV. L'Influence du droit européen sur les catégories du Droit Public. (Dir) AUBY, Jean-Bernard. Paris: Dalloz. 2010. p.613.

VANDELLI, Luciano. Italie. Droit Administratif et subsidiarité. AAVV. Droit Administratif et subsidiarité. (Dir.) ANDERSEN, Robert; DÉOM, Diane. Bruxelles: CECA/Bruylant. (18) 2000. P.161-163.

VILHENA, Maria do Rosário. O Princípio de Subsidiariedade no Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2002.

VOCABULARI JURIDIC CATALA. (Org.) FOLCH I CAPDEVILA, Rapael i SERRALLONGA I GUASCH, Lluís G. Barcelona: CAB. 1934. P. 226.

WATHELET, Melchior. La subsidiarité au sein de l'Union Européenne: le processus décisionnel. AAVV. L'Europe de Subsidiarité. (Dir.) VERDUSSEN, Marc. Bruxelles: Bruylant. 2000. P.131-199.

WYDUCKEL, Dieter. La soberanía en la historia de la dogmática alemana. Trad. ALÁEZ CORRAL, B. y PRESNO LINERA, Miguel Ángel. AAVV. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. (Coord.) PÚNSET, Ramón. Oviedo: JGPA. 1998 (1). Págs. 203-294.

II - DERECHO DE AGUA

AA.VV. Agua y Territorio (Consideración Especial de la Reforma de los Estatutos de Autonomía). Monografías. Madrid: Thomson-Civitas. 2007.

AA.VV. Ciudadanos y Usuarios en la Gestión del Agua. ((Dir) EMBRID IRUJO, António. Monografías. Madrid: Thomson-Civitas. 2008.

AA.VV. Comitês de bacias hidrográficas: uma revolução conceitual. (Org.) THAME, Antonio Carlos de M. São Paulo: Iqual Ed., 2002.

AA.VV. Conflictos Jurídicos en la Gestión y uso del agua. ((Dir) EMBRID IRUJO, António. Estudios de Derecho Judicial 97. Madrid: CGPJ/Thomson-Civitas. 2006.

AA.VV. El Derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de derecho comparado. (Coord.) EMBID IRUJO, Antonio; XAVIER, Yanko; SILVEIRA NETO, O. Pamplona: Thomson/Aranzadi. 2008.

AA.VV. El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio (Tomo I). Monografías. Madrid: Thomson-Civitas. 2002.

AA.VV. El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio (Tomo II) . Monografías. Madrid: Thomson-Civitas. 2002.

AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009.

AA.VV. La economía del agua en España. (Org.) NAREDO, José M. Madrid: Fund. Argenteria, 1997.

AA.VV. Making sense of subsidiarity: how much centralization for Europe? (Org.) BEGG, David et al. Col·lecció Monitoring European Integration (4). London: CEPR. 1993.

AA.VV. Nuevo Derecho de Aguas. (Dir.) GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Madrid: Thomson-Civitas. 2007.

AURA, Adela M. y MEDRANO, Larios de. La Regulación Internacional del Agua Dulce – Práctica Española. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2008.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Urbanismo y Gestión del Agua. Madrid: Iustel, 2007.

ALVES, Rodrigo F. F.; CARVALHO, Giordano B. B. de. Experiências de gestão de recursos hídricos. Brasília: MMA/ANA, 2001, 204p.

ARROJO, Pedro. El reto ético de la nueva cultura del agua. Funciones, valores y derechos en juego. Barcelona: Paidós, 2006.

ARROJO AGUDO, Pedro. Tipología y raíces de los conflictos por el agua en el mundo. En: AAVV. Agua, un derecho y no una mercancía. (Coord.) DECLÒS, Jaume. Barcelona: Icaria. 2009. Págs. 09-33.

BRASIL. Ministerio do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. Glossario de termos referentes à gestão de recursos hídricos no Brasil fronteiriços e transfronteiriços. Brasília: 2008.

BRASIL. Ministerio Público Federal. Belo Monte - os problemas do projeto e a atuação do MPF. Belém: PRPA. <en línea> <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/news/2010/noticias/belo-monte-os-problemas-do-projeto-e-a-atuacao-do-mpf>> [Consultada en 22 de febrero de 2015]

CALVO MIRANDA, José Luis. La distribution d'eau potable et l'assainissement des eaux résiduaires urbaines en Espagne. En: AAVV. Grale (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau. (Dir.) WOLLMANN, Helmutt. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 299-310.

CARNESECA, Luis F. Os desafios de implementação do sistema. AA.VV. Comitês de bacias hidrográficas: uma revolução conceitual. (Org.) THAME, Antonio Carlos de M. São Paulo: Iqual Ed., 2002. Págs.51-60.

CITRONI, Giulio. Un mise en oeuvre sans normes: deux décennies de réformes dans les services de l'eau en Italie. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les

enjeux de la gestion locale de l'eau. (Dir.) WOLLMANN, Helmutt. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 287-297.

DAFFLON, Bernard. L'économie politique de l'eau potable: de la source au robinet, les enjeux de la gestion publique local. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion localide de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) MARCOU, G. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 43-68.

DROBENKO, Bernard. Directive eau: Un cadre en trompe-l'oeil? REDE (4). Limoges: IDIE/CIDCE. 2000. Pág.388-402.

DROBENKO, Bernard. Droit de l'eau. (Mémentos LMD) Paris: Gualino éditeur. 2007.

EMBED IRUJO, Antonio. Evolución del derecho y de la política del agua en España. Madrid: RAP/CEPC. 2001. (156), Págs.59-99.

EMBED IRUJO, Antonio. Informe de España. AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008. (Dir.) (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009P. 247-285

ESCUIN PALOP, Catalina. Presente y Futuro del Derecho de Aguas en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

ESTEVAN, Antonio y NAREDO, José Manuel. Ideas y propuestas para una nueva política del agua en España. Bilbao: Bakeas, 2004.

FANLO LORAS, Antonio. Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas. RAP. núm. 183. Madrid, septiembre-diciembre. 2010. Págs. 309-334.

FANLO LORAS. Antônio. La gestion del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros. Logroño: Univ. Rioja. 2001.

FANLO LORAS. Antônio. El trasvase Tajo-Segura y su instrumentación jurídica. Cuadernos Civitas. Pamplona: Thomson-Civitas. 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. Águas - Aspectos Jurídicos e Ambientais. 3ª ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007.

GAZZANIGA, Jean-Louis et al. Le droit de l'eau. 3ª ed. Paris : Litec, 2011.

GETCHES, David H. La situación en Estados Unidos de América: deferencia hacia los Estados; Supremacía federal. En: AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Págs. 47-84.

GLOBAL WATER PATERNERSHIP. INTERNATIONAL NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS. NETWORK OF BASIN ORGANIZATIONS. Manual para la gestión integrada de recursos hídricos en cuencas. Reino Unido. 2009.

GRANJA, Sandra Ines Baraglio & WARNER, Jeroen. A hidropolítica e o federalismo: possibilidades de construção da subsidiariedade na gestão das águas no Brasil. Rio de Janeiro: RAP, 40 (6), nov-dez, 2006, p. 1097-1121.

GUIMARÃES, P.B.V., RIBEIRO, M.M.R., XAVIER, Y.M.A. Regulação, Princípio da Subsidiariedade e uso da água no Brasil. V Congresso Brasileiro de Regulação. Recife. Brasil, 2007.

LOPERENA ROTA, Demetrio. El agua como derecho humano. En: AAVV. Nuevo derecho de aguas. Coord. GONZÁLES-VARAS, Santiago. Madrid: Thomson-Civitas. 2007. Págs.81-99.

LUCARELLI, Alberto. La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun. AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur L'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) WOLLMANN, Helmutt. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 87-98.

MACHADO, Paulo A. L. Competencia ambiental da União e dos Estados. En: Direito Ambiental Brasileiro. 16ªed. São Paulo: Malheiros. 2008. Pág. 113.

MACHADO, Paulo A. Leme. Recurso hídricos. Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros. 2002.

MACHADO, Paulo A. Leme. Meio ambiente e repartição de competências. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Núm. 16, Septiembre 2007. Pág. 04-05. Disponible en: <en línea> < http://huespedes.cica.es/gimadus/16/01_paulo.html> . [Consultado en 16 enero 2009].

McELDOWNEY, John, et McELDOWNEY, Sharron. L'eau: Réguler une ressource naturelle dans un climat économique changeant. AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau. [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir) WOLLMANN, Helmutt. Paris: Le Moniteur. 2010. p. 259-298.

MARCOU, Gérard. L'eau, enjeux global et gestión locale. AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) MARCOU, G. Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 33-59.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, Derecho de Aguas. Madrid: Editorial Civitas.1997.

MARTÍN MATEO, Ramón et al. El reto del agua. Alicante: Instituto de Cultura Juan Gil-Albert. 1989

MCKAY, Jeniffer. Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo. AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Cood.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Pág. 105-136.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. Aguas y ordenación en el contexto de la reforma estatutaria. Granada: Comares. 2010.

MONTORO CHINER, M.J. Agua, Derecho y Cambio Climático. (Monografías de RArAP, XI). Zaragoza: Gov. de Aragon/IAAP. 2009, Págs. 227-266.

PERSSON, Kenneth y FINNISON, Anders. Le cadre institutionnel et réglementaire de la distribution d'eau en Suède. En: AAVV. GRALE (Groupement de Recherche sur l'Administration Locale En Europe). Droit et gestion des collectivités territoriales – les enjeux de la gestion locale de l'eau. [Textes, jurisprudence, doctrine et pratiques]. (Dir.) WOLLMANN, HELMUTT Paris: Le Moniteur. 2010. Págs. 275-285

PETRELLA, Riccardo. Manifiesto del agua: por un contrato mundial. Valencia: Generalitat Valenciana. Conselleria de Presidència, [1998] Descripció XV, 100 p.

PETRELLA, Riccardo. El manifiesto del agua. 2ªed. Barcelona: Icaria. 2004.

PETRELLA, Riccardo. Le manifeste de l'eau por le XXe Siècle. Pour un pacte social de l'eau (Les grandes conférences). Québec: Fides ed. 2008.

PIGEON, Martin. Une eau publique pour Paris: Symbolismo y éxito en el corazón del agua privada. (Org.) PIGEON, M.; MCDONALD, David A.; HOEDEMAN, Olivier y KISHIMOTO, Kishimoto, Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas. Amsterdam: Transnational Institute. 2013. Págs. 28-47.

PIGEON, Martin. ¿Quién asume los riesgos? La remunicipalización del agua en Hamilton, Canadá. Org.) PIGEON, M.; MCDONALD, David A.; HOEDEMAN, Olivier

y KISHIMOTO, Kishimoto, Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas. Amsterdam: Transnational Institute. 2013. Págs. 96-117.

RAPPORT PUBLIC 2010. L'Eau et son droit. Paris: Conseil d'État. Ed. La documentation française. 2010.

SAUNDERS, J. Owen. Gestión del agua en un estado federal: la experiencia canadiense. En: AA.VV. Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y semejantes a los federales, Zaragoza 9—11 de julio de 2008. (Dir.) EMBID IRUJO, A. (Coord.) HOLING, Mario. Zaragoza: Fundación Manuel Gimenez. 2009. Págs. 85-103.

TAITHE, Alexandre. L'eau. Un bien? Un droit? Tensions et opportunités. Paris: Unicomm. 2008.

TEISSONNIER-MUCCHIELLI, Béangère. L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France. (Dir.) BOURRINET, Jacques. Marseille: CERIC-Université d'Aix-Marseille III. 2003.

TIRADO ROBLES, Carmen. La Política del Agua en el marco comunitario y su integración en España. (Colección Divulgación Jurídica). Madrid: Aranzandi, 2004.

UTRERA CARO, Sebastian Félix. Agua, trasvases y medio ambiente. Los aspectos ambientales de los trasvases. Revista Española de Derecho Administrativo. (157). Madrid: Civitas-Thomson. 2013. (enero-marzo). Págs. 85-116.

INTERNET (Doctrina, Documentos, Leyes, Jurisprudencia)

A DICTIONARY OF HUMAN RESOURCE MANAGEMENT. Oxford Reference Online. Org. Edmund Heery and Mike Noon. Oxford: University Press, (OUP). 2008. <en línea>:
<<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t162.e1238>> [Consulta en UB: 01 julio 2011].

A DICTIONARY OF LAW. Oxford Reference Online. By Jonathan Law and Elizabeth A. Martin. Oxford: University Press (OUP). 2009. <en línea>:
<<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t49.e3836>> [Consulta en UB: 01 julio 2011];

ALDAYA, Maite M. y LLAMAS, M. Ramón. Problema mundial del agua: Gestión vs Escasez. Revista Ecología y Desarrollo. Zaragoza: Ecodes Disponible: <en línea>
<<http://www.ecodes.org/pages/articulos/documentos/27052008.pdf>> [Consultado en 15.01.2009].

ANGUS, Johnston. Subsidiarity. *The New Oxford Companion to Law*. Oxford Reference Online. By CANE, Peter and CONAGHAN, Joanne. Oxford: University Press Inc. (OUP). <en línea>: <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t287.e2129>> [Consulta en UB: 01 julio 2011].

AQUINO, Santo Tomás. *Suma de Teología*, I, qu. 82, art.4. Regentes de los Estudios de las Provincias Dominicanas en España. 4ªed. Org. BYRNE, Damian. Byrne O.P. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos. 2001. <en línea>: <<http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>> [Consultado en 20 mar 2012]

ARABEYRE, Patrick. *Aux racines de l'absolutisme: Grand Conseil et Parlement à la fin du Moyen Âge d'après le Tractatus celebris de auctoritate et preeminencia sacri magni concilii et parlamentorum regni Francie de Jean Montaigne (1512)*. Cahiers de recherches médiévales (7). 2000. [En línea: 03 ene 2007]: < <http://crm.revues.org/905>; DOI:10.4000/crm.905> [Consulta 19 mar 2014].

BREWER'S DICTIONARY OF MODERN PHRASE & FABLE. Edited by John Ayto and Ian Crofton. London. Chambers Harrap Publishers Ltd. 2010. <en línea> <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t339.e7658>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011].

CAMPDERRICH BRAVO, Ramón. Soberanía, estado "dual" y excepcionalidad: de Karl Schmitt al Estados Unidos del Siglo XXI. *_XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho"* (Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007). Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. (15). 2007. <en línea>: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260152>> [Consultado en 20 jul 2012].

CONSEJO NACIONAL DEL MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Conselheiro propõe a criação do Fórum Nacional de Recursos Hídricos*. Brasília. Publicado em 12 Maio 2015. Disponible en: <en línea> <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/7235-conselheiro-propoe-a-criacao-do-forum-nacional-de-recursos-hidricos> [Consulta 12 de maio de 2015]

DEROSIER, Jean-Philippe. *La dialectique centralisation/decentralisation. _ Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*. Estudio presentado en el «VIème Congrès de Droit constitutionnel. Atelier 6: Pouvoir local et Constitution Montpellier 9-11 juin 2005». Montpellier: 2005. Artículo publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)*. Vol.59. 2007 (1). Págs.107-140. <en línea> <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2007_num_59_1_19504> [Consultado en 07 abril de 2013].

DICTIONARY OF THE SOCIAL SCIENCES. Craig Calhoun, ed. Oxford: University Press 2002. Oxford Reference Online. OUP. <en línea> <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t104.e1620>> [Consulta en Universitat de Barcelona. 01 julio 2011].

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. European bathing water quality in 2013. <en línea> <<http://www.eea.europa.eu/publications/european-bathing-water-quality-in-2013>> [Consultado en 5 octubre 2014].

FANLO LORAS, Antonio. La administración unitaria de las cuencas hidrográficas supracomunitarias: sus exigencias. II Jornadas sobre “El agua en España cuestiones jurídicas y económicas: ¿es necesaria una autoridad nacional del agua?” (Dir.) Aura, Adela M. y MEDRANO, Larios. Alicante: Universidad CEU. 2011. Disponible en: URL. <en línea> <<http://hdl.handle.net/10637/4900>> [Consultado en 17 dic 2012].

GONZALÉZ VICEN, Felipe. La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke. Anuario de Filosofía del Derecho. 1971-72 (16). P. 1-70. <en línea>: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2062314>> [Consultado en 12-mai-2013].

GLOBAL WATER PATERNERSHIP. What is IWRM? <en línea> <<http://www.gwp.org/The-Challenge/What-is-IWRM/>> [Consultado en 22 de enero de 2011]

HESSE, Konrad. El Estado Federal Unitario. Traducido por Miguel Azpitarte. En: Direito Público. Brasília: IDP/Síntese. Vol. 1, N° 50. 2013. P. 12. <en línea> <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1433/1211>> [Consultado en 14 mai 2013].

JEGOUZO, Yves. Le droit et la gestion de l’eau en France: organisation administrative et conciliation des usages. Disponible <en línea> < <http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/11-Jegouzo.pdf>> [Consultado en 11 mayo de 2011].

LE STRAT, Anne. The remunicipalitation of Paris’s water supply service: a successful reform. Water Policy 16. (2014). Págs. 197–204. <en línea> < <http://www.iwaponline.com/wp/01601/0197/016010197.pdf>> [Consultado en 22 dez 2014].

LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón. La contribución de los avances científicos a la solución de los conflictos hídricos. Lección magistral en el acto de clausura del curso académico 2005-2006 de la Universidad Permanente. 14 de junio de 2006. Publicado en Universidad de Alicante. Disponible en: <<http://www.unizar.es/fnca/docu/docu134.pdf>> [Consultado en 15.01.2009].

LONGO, Michael. Subsidiarity. The Oxford Companion to Australian Politics. Ed Brian Galligan and Winsome Roberts. Oxford University Press. 2008. Oxford Reference Online. OUP. <en línea> <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t250.e356>> [Consulta en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011].

MINISTÉRIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE. Libro Digital del Agua. Madrid: MAGRAMA. <en línea> <<http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/organismos-publicos/confederaciones-hidrograficas/>> [Consultado en 12 de enero de 2013].

MONTAIGNE, Michel M. Les Essais. Paris: Chez Firmin Didot Frères et Cia. / Institute de France. Les prières. Livre I, Chapitre LVI. P. 162. Apologie de Raimond de Sebonde. Liv II, Chapitre 12. P.222. <en línea> <<http://books.google.fr/books?id=hTiyYmXZNdgC&pg=PA162&lpg=PA162&dq=montaigne+et+essais>> [Consultado: en 22 de febrero 2011].

NBCSouth California. Timeline: The California Drought. A look at the key events of the California drought of 2014. By KANDEL, Jason. Los Angeles: NBC Universal Media 2014. <en línea> <<http://www.nbclosangeles.com/news/local/Timeline-The-California-Drought-249343241.html>> [Consultado en 07 jul 2014]

NBCSOUTH CALIFORNIA. Mandatory Water Cutbacks Revised, Some Cities to Save Less, Others More. By FENIT NIRAPPIL. Los Angeles: NBC Universal Media 2014. <en línea> <<http://www.nbclosangeles.com/news/local/Mandatory-Water-Cutbacks-Revised-for-Los-Angeles-San-Diego-300540551.html>> [Consultado en 21 abril 2015].

NOVAK, Petr. Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2015. <en línea> <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf> [Consultado en 10 jun 2014].

PROCURADORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. 3ª REGIÓN. São Paulo. Disponible en: <en línea> <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/mpf-abre-consulta-publica-sobre-proposicoes-e-recomendacoes-discutidas-em-seminario-sobre-crise-hidrica> [Consultado en 12 de mayo de 2015]

RADERMACHER Ludger. The European Commission's White Paper on European Governance: The Uneasy Relationship Between Public Participation and Democracy. En: German law journal_Review of developments in German, European and International Jurisprudence. <en línea> <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=125>> [Consultado en 20 julio 2014]

SARDINHA, Edson. «Justiça determina novos estudos de impacto nas usinas de Jirau e Santo Antônio». São Paulo. Publicado en 11.03.2014. Disponible en: <en línea> <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/justica-determina-novos-estudos-de-impacto-nas-usinas-de-jirau-e-santo-antonio/>> [Consultado en 22 de febrero de 2015]

SATUÉ, Ángel; MEDINA Francisco. La sociedad civil en los países nórdicos: ¿una subsidiariedad descafeinada? Madrid: NMedio: Paginasdigital. <en línea> http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=3004&te=17&idage=5758&vap=0

STERN REVIEW. La economía del cambio climático. (Dir.) STERN, Nicholas. London: HMTreasury. 2007. Disponible en URL: <en línea> <<http://www.catedracambioclimatico.uji.es/docs/informestern.pdf>> [Consultado en 10 octubre de 2010].

TORTAJADA QUIROZ, Hilda C. El agua y el medio ambiente en las conferencias internacionales de las Naciones Unidas: resultados a largo plazo. (Publicación 3). Zaragoza: Ayuntamiento (Agenda 21) /CDAMA. Pág. 06-91. <en línea> <<http://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cda/Publicacion03.pdf>> [Consultada en 07 de noviembre de 2013]

THE CONCISE OXFORD DICTIONARY OF POLITICS. Oxford Reference Online. 2009. Org. Iain McLEAN; Alistair McMILLAN. Oxford: OUP. 2009. <en línea> <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t86.e1342>> [Consultado en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011].

TREVES, Renato. La doctrina del estado de Herman Heller. Trad. Ramón Pulido Granata y Francisco Giacobello. RFDM. México: IJ/UNAM. 1957. (25-26). <en línea desde 1987>: Biblioteca jurídica virtual disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=25>> [Consultado en 31 mai 2012].

INTERNET (Constituciones, Tratados, Leyes, Decretos, Documentos oficiales)

BRASIL

AGENCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil. Encarte especial sobre a crise hídrica. Informe 2014. Brasília: ANA/MMA. 2015. Disponible en: < en línea> <<http://conjuntura.ana.gov.br/docs/crisehidrica.pdf>> [Consultada en 14 de abril de 2015]

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil: 2013. Informe 2013. Brasília: ANA/MMA. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Cuidando das Águas.Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos Brasília: ANA/PNUMA. 2011.

AGENCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Atlas Nordeste: abastecimento urbano de agua: resumo executivo. Brasília: ANA, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Relatório de Atividades da Agência Nacional de Aguas. Exercício 2007. Brasília: ANA/MMA. 2008.

AGENCIA NACIONAL DE AGUAS. Resolução nº 411/05, de 22 de setembro de 2005. Disponível em URL: <en línea> <<http://arquivos.ana.gov.br/resoluções/2005/ANALegis/LEGISResolucao411-2005.pdf>> [Consultado em 09 de diciembre de 2009].

CÓDIGO CIVIL DE ESTADOS UNIDOS DE BRASIL de 1916. Lei nº 3.071/16, de 01 de janeiro. Disponível em URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> [Consultado em 17 marzo de 2011]

CÓDIGO CIVIL DE BRASIL de 2002. Ley nº 10.406/02, de 10 de enero. Disponível em URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> [Consultado em 17 marzo de 2011].

CÓDIGO DE ÁGUAS BRASILEIRO. Decreto nº 24.643/34, de 10 de julho. En URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm> [Consultado em 17 marzo de 2011]

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934 (16 de Julho de 1934). <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> [Consultada em 18 jun 2013].

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937 (10 de novembro de 1937). <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> [Consultada em 18 jun 2013].

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946 (18 de setembro de 1946). <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> [Consultada em 18 jun 2013].

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 (24 de janeiro de 1967). <en línea>:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > [Consultada en 18 jun 2013].

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

DECRETO nº 26.479, de 17 de dezembro de 1986. Disponible en: <en línea> <<http://www.daee.sp.gov.br/images/documentos/legislacao/decreto26479.pdf>> [Consultado en 23 octubre de 2012]

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

LEI FEDERAL nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponible en URL: <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8031.htm> [Consultado en 13 mayo 2013].

LEI FEDERAL nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> [Consultada en 23 de agosto de 2011].

LEI FEDERAL nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. [Consultada en 18 jun 2013]

LEI FEDERAL nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Disponible en URL: <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8031.htm> [Consultado en 13 mayo 2013].

LEI FEDERAL nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm> [Consultado en 13 may 2013].

LEI FEDERAL nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. <en línea>: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm> [Consultada en 18 jun de 2013].

LEI FEDERAL nº 12.651/12, de 25 de maio de 2012. Disponible en URL: <en línea> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm> [Consultado en 13 may 2013].

DECRETO ESTADUAL nº 27.845/11, de 18 de novembro de 2011. São Luís: SEMA. Disponible en: <en línea> <<http://www.sema.ma.gov.br/pdf/DO-18-11->

2011%20Decreto%20%C3%81guas%20Superficiais.pdf> [Consultado en 10 de octubre de 2014]

LEI ESTADUAL nº 10.949, de 09 de novembro de 1998. Estado de Santa Catarina. Disponible en: <en línea> <
http://www.aguas.sc.gov.br/jsmallfib_top/DHRI/Legislacao/Lei-Estadual-10949-1998.pdf> [Consultado en 10 de octubre de 2014]

ESPAÑA

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA de 1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, Págs. 249 a 259. En URL: <en línea> <
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>> [Consultado en 17 marzo de 2011]

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. Disponible en URL. <en línea> <
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229> [Consultado en 10 de agosto de 2013]

LEY 7/1985, de 2 de abril. Reguladora de las Bases del Régimen Local de España. BOE (139). Actualizada en 30.12.2013. Madrid. <en línea>:
<<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>> [Consulta en 08-01-2014].

LEY 29/1985, de 02 de agosto. (Texto refundido de la Ley de Aguas). Boletín Oficial del Estado nº 189, de 08/08/1985. Disponible en URL: <en línea> <
<http://www.boe.es/boe/dias/1985/08/08/pdfs/A25123-25135.pdf>> [Consultada en 03 de marzo de 2014].

LEY 33/2003, de 3 de noviembre. BOE núm. 264, de 04/11/2003. Entrada en vigor: 04/02/2004. <en línea> <
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20254>> [Consultado en en 03 de marzo de 2014].

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, de 20 de julio, (texto refundido de la Ley de Aguas). Boletín Oficial del Estado nº 176, de 24/07/2001, <en línea> <
<http://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-14276-consolidado.pdf>> [Consultada en 03 de marzo de 2014].

UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA. ETE - Estrategia Territorial Europea Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE. Postdam, 1999. Pág. 07. Disponible en URL: <en línea>

< http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf>
[Consultado en 5 octubre 2014].

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. COM (2007) 128 (final), de 22.03.2007. Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea. Bruselas: 2007. <en línea> < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0128>> [Consultado en 5 octubre 2014].

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNIÓN EUROPEA 2010/C83/02. Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389. Publ. 30/03/3012. Disponible en URL: <en línea>: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>>
[Consultado en 21.10.2012].

CARTA EUROPEA DEL AGUA de 06 de mayo de 1968. Strasbourg: 1968. Disponible en: <en línea> <http://tragua.com/wp-content/uploads/2012/04/Carta_Europea_del_Agua.pdf> [Consultado en 21.10.2012].

DIRECTIVA 79/409/CEE de 2 de abril de 1979, del Consejo relativa a la conservación de las aves silvestres. Disponible en URL: <en línea> <http://rednatura.jcyl.es/natura2000/Normativa%20y%20documentos%20de%20interpretaci%C3%B3n/Directiva_%2079_409_CEE.pdf> [Consulta en 10 de enero de 2010]

DIRECTIVA 85/337/CEE, de 27 de junio del Consejo. Disponible en URL:< en línea> <http://europa.eu/legislation_summaries/other/128163_es.htm> [Consulta en 10 enero 2010].

DIRECTIVA 91/156/CEE, de 18 de marzo del Consejo. Disponible en URL: < en línea> <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0156:ES:HTML>> [Consulta en 10 enero de 2010]

DIRECTIVA 92/43/CEE de 21 de mayo de 1992, del Consejo relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Pub. DO L 206 de 22.7.1992, p. 7. Disponible en URL: <en línea> <http://rednatura.jcyl.es/natura2000/Normativa%20y%20documentos%20de%20interpretaci%C3%B3n/Directiva_92_43_CEE.PDF> [Consulta en 10 enero de 2010]

DIRECTIVA 2000/60/CE de 23 de octubre. Parlamento Europeo y del Consejo. EUROPA. Disponible en URL: <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000L0060:20090625:ES:PDF>> [Consulta: 31 de marzo de 2010].

DIRECTIVA 2006/123-CE, de 12 de diciembre. Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 376/36. Publicación 27.12.2006. Disponible en

URL: <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF>> [Consulta en 21.10.2012].

DIRECTIVA 2008/98/CEE, de 19 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en URL: <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0098&from=ES>>. [Consulta en 10 enero de 2010].

PROTOCOLO SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD. (nº 2). Diario Oficial de la Unión Europea (ES) de 30.3.2010 (C 83/1). <en línea> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0001.01.SPA#C_2010083ES.01020101> [Consulta: 30 de junio de 2010].

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (92/C 191/01). <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=ES>> [Consultado: 10 enero 2010].

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (TFUE). Disponible en URL: <en línea> : <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf> [Consultada en 10 enero 2010].

TRATADO DE LISBOA. Por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la Comunidad europea (2007/C 306/01). Diario Oficial de la Unión Europea de 17.12.2007 (C306/1), <en línea> <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>>. [Consulta: 08 de marzo de 2009].

OTROS PAÍSES (Bélgica, Francia, Alemania)

SENADO DE BÉLGICA. DOCUMENT LEGISLATIF nº 5-346/1. PROPOSITION DE DÉCLARATION DE RÉVISION DE LA CONSTITUTION. Sesión de 14 oct 2010, Senado de Bélgica. Disponible en: <en línea> <<http://www.senate.be/www/?MIval=/dossier&LEG=5&NR=346&LANG=fr>> [Consultado en 14 jun 2014].

CODE CIVIL DE FRANCE de 1804. En URL: <en línea> <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t01.pdf>> [Consultado en 17 de marzo de 2011].

CHAMBRE SYNDICALE DU COMMERCE EN DÉTAIL DE NEVERS. Rec. Lebon p. 583. <en línea> <<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-mai-1930-chambre-syndicale-du-commerce-en.html>> [Consultado en 22 jun 2013]

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Traducción: Ricardo García Macho; Karl-Peter Sommermann. (Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010). <en línea>:<<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>> [Consultado en Universitat de Barcelona: 01 julio 2011]

INTERNET (Otros Documentos)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MC 382/2010 apreciado 01 de abril de 2011. Disponible en URL: <en línea> <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consultado en 10 de enero de 2015].

COMITÉ DE RECURSOS NATURALES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General. E/C.7/1994/4, de 12 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. En URL: <en línea> <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/018/15/IMG/N9401815.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010].

COMITÉ DE RECURSOS NATURALES. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General E/C.7/1994/5, de 11 de enero de 1994. Segundo período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 1994. Págs. 09-11. En URL: <en línea> <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/016/42/PDF/N9401642.pdf?OpenElement>> [Consultada en 27 de agosto de 2010].

NACIONES UNIDAS – DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. DIVISIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE. Programa 21: (Capítulo.18).1992. En URL: <en línea> <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>> [Consultado en 10 de enero de 2011].

NACIONES UNIDAS. CEPAL. Objetivos del desarrollo del milenio. Avances en la sostenibilidad medioambiental del desarrollo en América latina y Caribe. Chile: enero, 2010. Disponible en URL: <en línea> <http://www.eclac.org/mdg/ind_of_es.html>. [Consulta: 09 de marzo de 2010].

INTERNET (Jurisprudencia)

STC 04/81, de 02 de febrero de 1981. BOE núm. 47 de 24 febrero 1981. Disponible en: <en línea> <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STC 181/1988, de 13 de octubre de 1988. BOE núm. 266 de 05 de noviembre de 1988. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STC 227/1988. BOE núm 307 de 23 diciembre 1988. Suplemento. Tribunal Constitucional 29199. Págs. 17-18. <en línea> <<http://www.boe.es/boe/dias/1988/12/23/pdfs/T00002-00037.pdf>> [Consultado en 12 abril 2013].

STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988. BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 1988. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STC 46/1992, de 2 de abril. Pleno. BOE núm. 109, de 6 de mayo de 1992, págs 23 a 26. Sección: Suplemento del Tribunal Constitucional. Disponible en URL: <en línea> <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1992-9767> [Consultado en 10 de agosto de 2014]

STC 102/1995, de 26 de junio de 1995. Disponible en URL del Tribunal Constitucional: <en línea> <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2956>> [Consultado en 10 agosto 2013]

STC 85/1999, de 10 de mayo de 1999. Disponible en URL del Tribunal Constitucional. <en línea> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1999/85#complete_resolucion&completa> [Consultado en 10 ago 2013]

STC 123/2003, de 19 de junio de 2003. BOE núm. 170 de 17 de julio de 2003. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [en 22 abr 2014].

STC 218/2005, de 12 de septiembre de 2005. Disponible en URL del Tribunal Constitucional. <en línea> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5478#complete_resolucion&completa> [Consultado en 10 agosto 2013]

STC 110/2011, de 22 de junio de 2011. BOE núm. 172 de 19 de julio de 2011. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STC 149/2012, de 5 de julio de 2012. BOE núm. 181 de 30 de julio de 2012. En línea: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STC 195/2012, de 31 de octubre de 2012. BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012. En línea: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>> [Consultado en 22 abr 2014].

STJCE C-36/98, de 30 de enero de 2001. Disponible en URL: <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&jur=C,T,F&num=c-36/98>> [Consultado en 11 jul 2011].

STJCE C-58/08, de 08 de junio de 2010. En URL: <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79665&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=67064>> [Consultada en 12 de enero de 2014]

STJCE C-525/12, de 11 de septiembre de 2014 (Sala Segunda). En URL : <en línea> <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152659&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=principio%2Bde%2Bsubsidiariedad%2Bby%2Bdirectiva%2Bmarco%2Bdel%2Bagua&doclang=ES&cid=470405#ctx>> [Consultada en 09 de febrero de 2015].

STF RE nº 117.809-4-PR. Relatório do Min. Sepúlveda Pertence. fls. 300-301. STF: Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Julg. 14.06.1989. Publ. DJ 04.08.1989. Brasília: STF/Serviço de Jurisprudência. Disponible en: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/>> [Consultado en 13 de maio de 2013].

STF Sentencia ACO 876 MC-AgR de 19/12/2007. Relator: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, Ement Vol-02326-01. Divulg 31-07-2008. Public 01-08-2008. Pp-00044. Brasília: STF. DJe-142. Disponible en URL: < en línea> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>> [Consultado en 03 de noviembre de 2009]

STF Sentencia ADI 1842-RJ de 06/03/2013. Relator: Min. Mauricio Correa (voto de mérito) y Relator p/ Fallo: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília: STF. DJe-181 divulg 13-09-2013 public 16-09-2013. Ementario VOL-02701-01 PP-00001. Disponible en <em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1842%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kcecodr> [Consultado en 13.05.2014].

STF Sentencia ADI 2340-SC de 06/03/2013. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília: STF, DJe-087, Divulg 09-05-2013, Public 10-05-2013. Disponible en: <en http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+e+2299%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mheu9b7> [Consultado en 20 de julio de 2013]

STF Sentencia ADPF 187/DF, de 15/06/2011. Voto Relator Min. Celso de Melo. Fl.15. Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico. Brasília: STF. DJe-102 divulg 28-05-2014 public 29-05-2014. Disponible en URL: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> [Consultado em 13.05.2013].

STF Sentencia ADPF 33-5/PA de 07.12.2005. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, originária del Estado do Pará. STF. Ementário STF 2355-1, de 07.12.2005, págs. 48-49. Brasília: DJ 27.10.2006. Disponible URL: <en línea> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>> [Consultado en 13.05.2013]

STF Sentencia MS 28003-DF de 08/02/2012. Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília: STF. Acórdão Eletrônico Dje-106. Public 31-05-2012. Disponible en URL: <en línea> <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS+e+28003%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qjb74c>> [Consultada en 13 de maio de 2013].

STF Sentencia MS 28.891 MC-AgR/DF de 13.06.2012. (Sentencia en Recurso de Agravo Regimental en Medida Cautelar en Mandado de Segurança. Relatório y Voto del Ministro Celso de Mello). Tribunal Pleno. Brasília: STF. Disponible en URL: <en línea>: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3125768>> [Consulta en 20 de julio de 2013].