

LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL: ESPEJISMOS Y REALIDADES

LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTÍNEZ *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HASTA EL MOMENTO ACTUAL: 1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, FEDERALISMO Y PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO. 2. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA.—III. LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL: 1. LA NUEVA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL. 2. EL CONTROL POLÍTICO: EL MECANISMO DE ALERTA RÁPIDA: 2.1. *Examen del procedimiento*. 2.2. *Valoración crítica*. 3. EL CONTROL JUDICIAL.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. El sistema competencial comunitario ha ido experimentado algunas modificaciones desde su creación, entre las que destacan la introducción del principio de subsidiariedad en la reforma de Maastricht, y la incorporación del mecanismo de las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Ámsterdam. Estas reformas, aunque susceptibles de generar dinámicas de gran alcance, pueden calificarse de menores, al menos hasta el momento,

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

en la medida en que no han alterado ninguna de las características nucleares de ese sistema competencial (el principio de atribución como elemento central, y la utilización de bases jurídicas específicas, que deben interpretarse teleológicamente, para la identificación en concreto de las competencias comunitarias).

A pesar de ello, algunos actores políticos de perfil intergubernamentalista, así como determinados representantes regionales de varios EEMM, especialmente de los Länder alemanes, venían reclamando desde hace tiempo una revisión en profundidad de los mecanismos de distribución vertical de competencias en la UE. La idea de limitar la expansión competencial comunitaria subyacía, de manera no disimulada, tras esta demanda. Los mencionados poderes regionales pretendían así defender sus competencias constitucionales frente al efecto centralizador del proceso de integración europeo¹.

La complejidad del objetivo, y la existencia de otras prioridades más urgentes, aplazaron la pretendida reestructuración del sistema competencial comunitario hasta que la Declaración n.º 23 anexa al Tratado de Niza apuntó como uno de los principales objetivos de la CIG 2004 el establecimiento de «una delimitación más precisa de las competencias entre la UE y los EEMM, que respete el principio de subsidiariedad»². La dimensión constitucional de esta reforma, y la refundación de los Tratados constitutivos, proporcionaban el marco adecuado para abordar esta cuestión.

¹ Para una descripción de los trabajos y documentos elaborados por las regiones europeas con carácter previo a la Convención, ver E. ALBERTÍ ROVIRA, «Las regiones en el nuevo proyecto de Constitución europea», en E. Albertí Rovira (Dir.), *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, 2004, pp. 449-458; J. ASTOLA MADARIAGA: «El papel de las regiones en la nueva Europa. Especial referencia a las Comunidades Autónomas españolas», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 27, 2002, pp. 57-64.

² Algunos Länder alemanes subordinaron la ratificación del Tratado de Niza al compromiso de revisión del sistema competencial comunitario en la CIG 2004. Ver las referencias y comentarios en torno a la Resolución del Bundesrat alemán de 10.11.2000, sobre la reforma institucional y el desarrollo futuro de la UE, así como la dinámica de negociaciones y presiones que posteriormente se desarrollaron en Alemania, en D. HANF/T. BAUMÉ, «Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention», en *C.D.E.*, n.º 1-2, 2003, p. 136; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los EEMM: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», en *R.D.C.E.*, n.º 12, mayo-agosto 2002, p. 345.

2. La Declaración del Consejo Europeo de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, de 15.12.2001, intentó delimitar con mayor precisión los trabajos que debía desarrollar una Convención, que se encargaría de preparar la CIG 2004. Este documento, en el apartado relativo al «mejor reparto y definición de las competencias en la UE», formula una serie de preguntas a la Convención, de las que se deduce un mandato muy amplio para la revisión del sistema competencial comunitario³.

La Convención inició formalmente sus trabajos el 28 de febrero de 2002, y adoptó un proyecto de tratado constitucional cuyo texto fue presentado ante el Consejo Europeo el 18 de julio de 2003. Tras introducir algunas modificaciones, la Conferencia Intergubernamental (convocada a partir del 4.10.2003) culmina definitivamente con la aprobación del texto definitivo del Tratado constitucional (TC) por los Jefes de Estado o de Gobierno de los EEMM el 18.6.2004. El texto consolidado aparece en el Doc. CIG 87/04, de 6.8.2004, que será el utilizado en este trabajo como punto de referencia normativo.

3. En particular, en relación con el principio de subsidiariedad, diversos responsables políticos y un importante sector doctrinal se han mostrado decepcionados con el papel que ha jugado este principio⁴, a pesar de la entrada en vigor del Protocolo sobre subsidiariedad, anexo al TCE, e introducido por el Tratado de Ámsterdam. Estas circunstancias motivaron que la revisión del principio de subsidiariedad se convirtiera, quizá exageradamente, en uno de los temas estrella de la reforma competencial comunitaria, hasta el punto de que la Convención creó un Grupo de trabajo con la intención de estudiar monográficamente la reforma de la regulación comunitaria de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Grupo I «Subsidiariedad»)⁵.

³ Concretamente, en relación con el principio de subsidiariedad, la Declaración de Laeken plantea dos cuestiones: ¿Cómo aplicar el principio de subsidiariedad?, y ¿Deben centrarse los Parlamentos nacionales en el reparto de competencias entre la Unión y los EEMM, por ejemplo, mediante el control previo del respeto del principio de subsidiariedad? Para un amplio comentario y contestación de las preguntas contenidas en la Declaración de Laeken, ver E. LINDE PANIAGUA, «Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 3, 2002, pp. 270-278.

⁴ Así se puso de manifiesto en la Convención (Doc. CONV 47/02, de 15.5.2002, pp. 16-17).

⁵ Para un examen del mandato del Grupo de trabajo, puede consultarse el Doc. CONV 71/02, de 30.5.2002. Lo esencial de los trabajos de este Grupo puede se-

Los principales objetivos de este Grupo de trabajo consistían en determinar si la redacción del principio de subsidiariedad en el art. 5 TCE, y los criterios establecidos para su aplicación en el Protocolo anexo al TCE, eran los adecuados. Por otro lado, también debía dilucidar si era necesario introducir nuevos mecanismos de control político o de control judicial que garantizaran un mejor respeto de este principio.

Como veremos, el resultado final alcanzado mantiene la consideración de la subsidiariedad como un principio esencialmente político, en el que los mecanismos de control sobre su cumplimiento tienen en la mayoría de los casos esa misma naturaleza. Por lo tanto, no podemos hablar de una revolución en la regulación de la subsidiariedad, sino más bien de una evolución, aunque la redacción del Protocolo se haya renovado completamente⁶, introduciéndose nuevos e interesantes mecanismos de control sobre el cumplimiento del principio. Por primera vez, se va a involucrar directamente a los Parlamentos nacionales en un mecanismo de control político con incidencia sobre el procedimiento normativo comunitario.

Ahora bien, para entender las reformas introducidas por el TC, hemos de partir de la regulación actual del principio de subsidiariedad.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HASTA EL MOMENTO ACTUAL

1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, FEDERALISMO Y PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO

4. El principio de subsidiariedad se configura como un mecanismo de descentralización de ordenamientos jurídicos, propio de los sistemas fe-

guirse a través de los Docs. CONV 286/02, de 23.9.2002; 331/02, de 11.10.2002; 579/03, de 27.2.2003 y 610/03, de 12.3.2003.

⁶ Conviene señalar que me parece acertado haber mantenido el grueso de la regulación sobre el principio de subsidiariedad en un Protocolo, frente a quienes consideraban más adecuada la inclusión de estas reglas dentro del propio texto constitucional, en el Título III de la Parte I (ver, p. e., G. L. TOSATO, «The Vertical Distribution of Competences in the EU. Draft Constitutional Text», en *The International Spectator*, n.º 2, 2003, pp. 52-53). Los objetivos de claridad y simplificación que también buscaba la reforma se habrían visto traicionados con la descripción pormenorizada en el propio texto constitucional de los mecanismos de consulta y control previstos en el Protocolo.

derales, que se ha incorporado con no pocas dificultades al proceso de integración europeo⁷. Los motivos que explican esa difícil adaptación se encuentran en las diferencias existentes entre el modelo competencial europeo y el sistema competencial de los Estados federales, en los que la fórmula de atribución de competencias es desemejante, y los mecanismos de descentralización de ordenamientos se desarrollan en un contexto distinto. Como consecuencia de ello, la aplicación del principio de subsidiariedad al proceso de integración comunitario ha sido insatisfactoria para muchos, y polémica doctrinalmente⁸.

En su significado clásico, dentro de los sistemas federales, el principio de subsidiariedad actúa como una presunción en favor del poder estatal frente al poder federal⁹, de manera que toda competencia no expresamente atribuida a éste último se considera que pertenece a los Estados¹⁰.

⁷ Sobre esta cuestión, en general, ver C. HECKLY/E. OBERKAMPF, *La subsidiarité à l'américaine: quels enseignements pour l'Europe?*, París, 1994.

⁸ Sobre el principio de subsidiariedad en el proceso de integración europeo, pueden consultarse, entre otros, P. SYRPIS, «In Defence of Subsidiarity», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2, 2004, p. 323; A. CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona, 2001; J. L. SAURON, «La mise en oeuvre retardé du principe de subsidiarité», en *R.M.C. et de l'UE*, n.º 423, 1998, p. 645; J.-C. GAUTRON, «Subsidiarité ou néosubsidiarité», en *Revue des affaires européennes*, n.º 1-2, 1998, p. 3; J. M. SOBRINO HEREDIA, «Principio de subsidiariedad y participación de los entes locales y regionales en la Unión Europea», en *Noticias de la UE*, n.º 145, 1997, p. 85; M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, 1996; J. PALACIO GONZÁLEZ, «The Principle of Subsidiarity (A Guide for Lawyers with a particular Community Orientation)», en *E.L.Rev.*, vol. 20, n.º 4, 1995, p. 355; A. BOIXARAU CARRERA, «El principio de subsidiariedad», en *R.I.E.*, n.º 3, 1994, p. 771; W. VAN GERVEN, «Les principes de 'subsidiarité, proportionnalité et coopération' en droit communautaire européen», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 1281; J. L. PIÑOL, «El proceso de adopción del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea», en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 25, 1993, p. 71; D. Z. CASS, «The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Communities», en *C.M.L.Rev.*, n.º 6, 1992, p. 1107.

⁹ Ver, por ejemplo, el art. 30 de la Constitución alemana o la Décima enmienda a la Constitución estadounidense.

¹⁰ C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, París, 1992, pp. 218-219; D. J. EDWARDS, «Fearing Federalism Failure: Subsidiarity in the European Union», en *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 1996, pp. 541-542.

En ese contexto, el poder central sólo está legitimado para actuar en aquellos ámbitos en que los entes federados no pueden alcanzar por sí solos un determinado objetivo. Se trata, por tanto, de un principio diseñado como garantía de la descentralización competencial, inspirado por el liberalismo político¹¹, y que pretende acercar lo más posible al ciudadano la toma de decisiones.

5. En cambio, la redacción que recibe el principio de subsidiariedad en el derecho comunitario es más flexible, como el propio sistema competencial, y permite encontrar argumentos tanto para la centralización como para la descentralización de competencias. En efecto, el art. 5 TCE hace referencia a la «eficacia» como criterio delimitador de la titularidad de la intervención. La UE tiene la posibilidad de actuar cuando los objetivos pueden «lograrse mejor» mediante la intervención comunitaria¹². Esto quiere decir que, a diferencia de los sistemas federales, en los que la aplicación de la subsidiariedad puede generar ineficacia como consecuencia legítima de la defensa de descentralización política¹³, en la UE este principio

Para un análisis de la aplicación del principio de subsidiariedad en el sistema constitucional español, ver D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «Le principe de subsidiarité», en *XVI Congrès de la FIDE*, Roma, 1994, pp. 188-199.

¹¹ El principio de subsidiariedad intenta proteger al individuo, o a las colectividades pequeñas, frente al poder del Estado. Este principio también ocupa un lugar importante en la doctrina de la Iglesia católica. En relación con ambas cuestiones, puede consultarse N. EMILIOU, «Subsidiarity: An Effective Barrier Against «the Enterprises of Ambition»?», en *E.L.Rev.*, n.º 5, 1992, pp. 383-388.

¹² El principio de subsidiariedad se introduce en el derecho comunitario originario con el objetivo principal de servir de freno la expansión competencial europea, y proteger así las competencias estatales (J. H. H. WEILER, «The Reformation of European Constitutionalism», en *J.C.M.S.*, vol. 35, n.º 1, 1997, pp. 123-125). Por ello, en la definición de subsidiariedad contenida en el Tratado prima la vertiente negativa sobre la positiva («la Comunidad intervendrá sólo en la medida...» [cursiva añadida]). Sin embargo, como ha señalado Liñán Nogueras, con el principio de subsidiariedad «se instaure un mécanisme nouveau qui permet, en même temps, le développement fonctionnel du procès (effet centralisateur) et la garantie des fonctions/pouvoirs des États» (D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *loc.cit.*, pp. 188-199), ya que una lectura *sensu contrario* de dicha definición indica que la previsión de beneficios o economías de escala, en el supuesto de intervención comunitaria, impele a la actuación a las instituciones europeas.

¹³ Al comparar el significado del principio de subsidiariedad en el derecho constitucional suizo y en derecho comunitario, Dubey pone de manifiesto las diferencias entre ambos al señalar que «une application sans retenue de ces critères [se

se articula como una vía de doble sentido, con efectos tanto positivos como negativos sobre la justificación de las actuaciones comunitarias¹⁴.

2. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA

6. El principio de subsidiariedad se introduce en el corpus constitucional comunitario con la reforma del Tratado de Maastricht¹⁵, que desde el Preámbulo del TUE indica que los EEMM se manifiestan resueltos a «que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». El art. 1 TUE vuelve a hacer referencia a la necesidad de garantizar la mayor proximidad a los ciudadanos en la toma de decisiones, y el art. 2 TUE confirma que los objetivos de la Unión se alcanzarán «en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el art. 5 del TCE». Finalmente,

refiere a la subsidiariedad comunitaria] risquerait de mettre le régime fédéral en péril. En effet, au stade actuel de développement de la Confédération, si cette dernière pouvait agir, au regard du principe de subsidiarité, dans tout les cas où elle est mieux à même, techniquement parlant, d'accomplir une tâche que les cantons et où son action serait plus efficace que la leur, une grande partie des compétences cantonales résiduaire devraient alors lui revenir» (B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, París, Bruselas, Basilea, 2002, pp. 372-373).

¹⁴ El principio de subsidiariedad, por un lado, garantiza la legitimidad de la intervención del poder central cuando dicha acción redunda en el beneficio general de los distintos componentes del sistema (efecto positivo). En su otra vertiente, el mencionado principio limita la intervención del poder central únicamente a los supuestos en los que los miembros no pueden alcanzar mejor los objetivos por sí mismos (efecto negativo). Sobre la doble lectura del principio de subsidiariedad, ver A. CHICHARRO LÁZARO, *op. cit.*, pp. 41-44.

¹⁵ Al margen de la referencia a dicho principio en el antiguo art. 130 R (4) TCEE, en materia de medio ambiente, que había sido introducido por el AUE. Para un examen de los las referencias al principio de subsidiariedad en el proceso de integración desde los años setenta, y en especial, del art. 12 del proyecto de Tratado de la Unión Europea elaborado por el Parlamento Europeo en 1984, ver N. EMI-LIOU, *loc. cit.*, pp. 391-399. En cualquier caso, lleva razón Chaltiel cuando señala que el principio de subsidiariedad ha estado presente implícitamente desde los orígenes de la construcción comunitaria (F. CHALTIEL, «Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht», en *R.M.C. et de l'Union européenne*, n.º 469, juin 2003, pp. 370-371).

el mencionado art. 5 TCE (antiguo art. 3 B TCE) formula el principio de la siguiente manera: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los EEMM, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario».

En una primera aproximación, podría decirse que la introducción del principio de subsidiariedad en el derecho originario satisfizo tanto a los partidarios de frenar la expansión competencial europea, que pretendían establecer un obstáculo adicional a la capacidad de intervención comunitaria en los ámbitos de competencia compartida, como a los federalistas, que veían como un principio procedente de los sistemas políticos federales se insertaba en el corazón político de la Unión¹⁶. Evidentemente, semejante armonización de posturas encontradas no podía durar, y pronto se inició una batalla doctrinal sobre la correcta interpretación del principio, e incluso sobre su justiciabilidad¹⁷.

7. El Consejo Europeo de Edimburgo de 12.12.1992 contribuyó a aclarar y consolidar el principio de subsidiariedad¹⁸, mediante la aprobación de un documento que tenía por título «Enfoque general de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del art. 3 B del TUE»¹⁹. En este documento se aclaraba que el mencionado principio no ponía en tela de juicio las competencias atribuidas por el Tratado a la CE, sino que simplemente ofrecía una orientación sobre el modo en que deben ejercerse dichas competencias, «incluida la aplicación del art. 235» (actual art. 308 TCE). Igualmente, se señalaba que el principio de subsidiariedad

¹⁶ A. CARY, «Subsidiarity – Essence or Antidote to the European Union? », en A. DUFF (Ed.), *Subsidiarity within the European Community*, Londres, 1993, p. 46.

¹⁷ Sobre aquellas polémicas, pueden consultarse G. VANDERSANDEN, «Considérations sur le principe de subsidiarité», en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Tomo I, Bruselas, 1992, pp. 201-210; V. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union Européenne?», en *L'Europe et le Droit. Mélanges en Hommage à J. Boulouis*, París, 1991, pp. 42-44.

¹⁸ El Documento se vio precedido de la Declaración de Birmingham, de 16.10.1992 (*Bol. de las CCEE*, n.º 10/1992, pp. 9-10), en la que el principio de subsidiariedad (rebautizado en la Declaración como principio de cercanía) se considera «esencial» para ganar el apoyo de los ciudadanos al proceso de integración.

¹⁹ El texto puede verse en la *R.I.E.*, n.º 1, 1993, p. 369.

no cuestionaba el acervo comunitario, ni afectaba a la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, y tampoco atentaba contra el principio de suficiencia de medios recogido en el art. F (3) TUE (actual art. 6 (4) TUE). De manera significativa, se encomendaba al TJCE la interpretación del principio y «el control de su cumplimiento», con el deseo de acabar definitivamente con la polémica sobre su justiciabilidad.

Por su parte, el Parlamento, la Comisión y el Consejo celebraron el 25.10.1993 una Conferencia interinstitucional, en la que adoptaron una «Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad», y un «Acuerdo interinstitucional sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad»²⁰. De esta manera, se concretaron los mecanismos para la puesta en práctica del principio en el procedimiento de adopción de decisiones comunitario.

8. Gran parte del contenido de los documentos antes mencionados se vio codificado con el Tratado de Ámsterdam, que introdujo un nuevo Protocolo anejo al TCE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad²¹. El Protocolo reproduce las ideas que acabo de mencionar, ya que, como él mismo reconoce, su intención es confirmar el enfoque global en la aplicación del principio de subsidiariedad adoptado en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992. A pesar de las distintas opciones que se barajaron durante la negociación del Tratado para reforzar este principio, finalmente se decidió no modificar la redacción del art. 5 TCE. Por su parte, el Tratado de Niza no introduce novedades en este contexto, y se limita a señalar en la Declaración n.º 23 anexa al mismo, apartado 5, que la Conferencia intergubernamental que convoca, *inter alia*, para delimitar de forma más precisa las competencias entre la UE y sus EEMM, deberá respetar el mencionado principio.

9. El respeto del principio de subsidiariedad supone, por tanto, que la Comisión debe justificar, en los ámbitos de competencia compartida con

²⁰ *Boletín de las CCEE*, n.º 10/1993, punto 2.2.2, pp. 120-122.

²¹ Para un comentario del Protocolo introducido en Ámsterdam, pueden consultarse M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La subsidiariedad», en *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, 1998, pp. 167-184; P. A. FERAL, «Le principe de subsidiarité, progrès ou statu quo après le Traité d'Amsterdam», en *R.M.U.E.*, n.º 1, 1998, p. 95-113; V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», en *R.T.D.E.*, n.º 4, 1997, pp. 765-767.

los EEMM²², que la actuación comunitaria es pertinente y aporta un plus a lo que los EEMM podrían conseguir actuando cada uno por su cuenta. La justificación incluye la necesidad de asegurarse de que cualquier carga «tanto financiera como administrativa que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos se reduzca al mínimo y (...) [sea] proporcional al objetivo que se desee alcanzar»²³. Junto a esta obligación de la Comisión, que se sitúa en el terreno de la motivación de los actos, el Consejo y el Parlamento deben tener en cuenta el principio de subsidiariedad a la hora de aprobar sus modificaciones a las propuestas normativas que reciben. Finalmente, la Comisión tiene la obligación de publicar un informe anual sobre el respeto de la subsidiariedad en el curso de la actividad normativa de la Unión²⁴. Como puede comprobarse, por tanto, son las instituciones comunitarias quienes ejercen el control político sobre el cumplimiento del mencionado principio.

En realidad, cuando se acusa a la UE de violar con relativa frecuencia el principio de subsidiariedad, muchos olvidan que el Consejo, órgano en el que se encuentran representados los intereses nacionales y principal poder legislativo comunitario, debe dar su consentimiento para ello. Por lo tanto, la presunta invasión de las competencias nacionales es consenti-

²² En realidad, el Tratado se refiere a los ámbitos que no sean de la competencia exclusiva de la Unión. Dentro de ellos, habrán de incluirse las competencias formalmente compartidas, en las que la actuación exhaustiva de la UE no deja prácticamente ningún margen de apreciación a los EEMM: en primer lugar, porque el Tratado las configura como competencias no exclusivas; en segundo lugar, porque una nueva norma comunitaria puede reducir en cualquier momento el grado de intervención comunitaria, si se considera conveniente.

²³ Punto 9 del Protocolo sobre subsidiariedad y proporcionalidad anexo al TCE. Sobre esta cuestión, ver K. LENAERTS/P. VAN YPERSELE., «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE», en *C.D.E.*, n.º 1-2, 1994, pp. 75-80.

²⁴ El Consejo Europeo de Edimburgo solicitó a la Comisión que realizase un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta iniciativa se incluyó posteriormente en el Acuerdo interinstitucional de 1993, y aparece finalmente recogida en el punto 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Ámsterdam. En dichos informes, la Comisión da cuenta de una forma relativamente detallada de los criterios que ha manejado en la interpretación del principio de subsidiariedad a lo largo del año. Ver, p.e., el *Informe de la Comisión «Legislar mejor, 2003»*, Doc. COM (2003) 770 final, de 12.12.2003.

da, al menos, por una mayoría de EEMM²⁵. En cualquier caso, parece razonable reconocer que este mecanismo de control político se presta al abuso en supuestos excepcionales, en la medida en que los ejecutivos nacionales pueden utilizar el Consejo, en algún caso, para legislar sobre ámbitos que los sistemas constitucionales internos reservan a la competencia de las entidades sub-estatales o, en otros supuestos, con el objeto de sacar adelante una medida para la que no contarían con apoyo suficiente en el Parlamento nacional²⁶.

10. Con independencia de las cuestiones procedimentales, el Protocolo introducido por el Tratado de Ámsterdam recoge algunos criterios de fondo que orientan a las instituciones en la aplicación de la subsidiariedad, aunque dejándoles un gran margen de apreciación. Así, por ejemplo, la referencia que se hace en el punto 4 del Protocolo a la necesidad de justificar el respeto al principio de subsidiariedad atendiendo a «indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos» no parece demasiado clarificadora. Tampoco resultan definitivos los tres criterios establecidos en el punto 5 del mismo texto: a) que el asunto presente «aspectos transnacionales»; b) que una actuación aislada de los EEMM, o una ausencia de actuación comunitaria, entre en conflicto con el Tratado; c) que la intervención comunitaria proporcione «claros beneficios».

Al carácter abierto y opinable de las mencionadas directrices, debe añadirse su variabilidad en el tiempo. Efectivamente, la evolución de las circunstancias puede hacer que donde antes la intervención comunitaria no aportaba economías de escala, en otro momento sí que genere una mejora o avance en la consecución de los objetivos del Tratado. De la misma forma, también se puede producir una evolución en sentido contrario.

11. Ante este importante grado de indefinición, no es de extrañar que algunos autores se hayan cuestionado el carácter jurídico del principio

²⁵ «As far as legislation is concerned (legislative subsidiarity) the subsidiarity argument is not about the powers of the Commission. It is about the powers of the majority of the governments of the Member States in the Council» (J. TEMPLE LANG, «What Powers should the Community have?», en *European Public Law*, n.º 1, 1995, p. 100).

²⁶ Ver, al respecto, A. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, La Haya, 2002, pp. 60-63.

de subsidiariedad, y la posibilidad de controlar judicialmente su cumplimiento²⁷.

El TJCE afirmó desde un primer momento su competencia para controlar el respeto al principio de subsidiariedad²⁸. En consecuencia, la polémica sobre la justiciabilidad del principio debe reconducirse hoy al terreno más matizado del debate sobre los límites de la capacidad de control judicial con respecto a las condiciones de fondo para su aplicación.

La sentencia *Alemania c. Parlamento y Consejo*, de 13.5.1997, permitió al Tribunal aclarar gran parte de los interrogantes que se habían planteado. En este asunto, Alemania cuestionaba la legalidad de una directiva porque en su opinión carecía de motivación en relación con el principio de subsidiariedad. El Tribunal se pronuncia exclusivamente sobre el problema de la motivación, pero deja entrever, en su análisis sobre el principio de subsidiariedad, los elementos esenciales que permiten un control jurídico del respeto a dicho principio, al hacer referencia a los problemas transnacionales que se pretendían resolver, y a una Recomendación previa de la Comisión que había resultado infructuosa (los EEMM no habían sido capaces de resolver por sí solos el problema)²⁹.

En posteriores asuntos, las alegaciones sobre la violación del principio de subsidiariedad se relacionan habitualmente con la ausencia de una motivación suficiente de las causas que justifican la intervención comunitaria. En ese contexto, el TJCE examina siempre la cuestión de manera muy comprensiva con las instituciones comunitarias, a las que otorga un importante margen de apreciación, en la línea de su jurisprudencia tradicional sobre la necesidad de motivación de los actos³⁰. El Tribunal considera incluso que no es necesario hacer una referencia expresa a la subsidiariedad en los considerandos que preceden un texto normativo, sino que el respeto a la misma puede deducirse implícitamente de los objetivos de

²⁷ En la Constitución suiza, por ejemplo, el respeto a la subsidiariedad se considera un principio político que inspira la actuación de las instituciones públicas, y que no es susceptible de ser controlado judicialmente (B. DUBÉY, *op. cit.*, 2002, pp. 373-374).

²⁸ Sentencia de 15.12.1995, *Bosman* (C-415/93, *Rec.* p. I-4921), ap. 81; sentencia de 12.11.1996, *Reino Unido c. Consejo* (C-84/94, *Rec.* p. I-5755), aps. 47 y 55.

²⁹ Sentencia de 13.5.1997, *Alemania c. Parlamento y Consejo* (C-233/94, *Rec.* p. I-2405), aps. 22-29.

³⁰ Sobre esta cuestión, ver J.-V. LOUIS, «La motivation et la référence aux propositions ou avis», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE, La Cour de Justice. Les actes des institutions*, vol. 10, Bruselas, 1993, pp. 523-530.

dicho texto y de la base jurídica utilizada³¹. Por otro lado, la invocación del principio de subsidiariedad no permite a un EM desvincularse unilateralmente de las obligaciones impuestas en una norma comunitaria³².

En definitiva, la aplicación del principio de subsidiariedad lleva consigo la realización de un juicio de oportunidad política en el que el Tribunal no puede sustituir al legislador³³. No existe una verdad objetiva para distinguir lo que es mejor resolver en un plano nacional y lo que recibirá un mejor tratamiento en una dimensión europea. Los prejuicios ideológicos y los intereses políticos condicionarán en muchos casos esa valoración³⁴. Por tanto, salvo en los supuestos muy excepcionales de error ma-

³¹ Sentencia de 10.12.2002, *British American Tobacco* (C-491/01, *Rec. p. I-11453*), aps. 181-183; sentencia de 9.10.2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, *Rec. p. I-7079*), aps. 32-33; auto de 20.10.2000, *Johann Vogler* (C-242/99, *Rec. p. I-9083*), aps. 21-23; sentencia de 19.11.1998, *Reino Unido c. Consejo* (C-150/94, *Rec. p. I-7235*), ap. 37. En cualquier caso, conviene matizar que lo habitual es que la Comisión justifique expresamente la pertinencia de la intervención comunitaria, bien en los considerandos del acto, bien en la exposición de motivos (ver el Informe «Legislar mejor 2000», Doc. COM (2000) 772 final, apartado II del anexo, sobre las fórmulas de motivación de la subsidiariedad).

³² Sentencia de 10.9.1996, *Comisión c. Bélgica* (C-11/95, *Rec. p. I-4115*), aps. 51-53. De la misma forma, el principio de subsidiariedad tampoco puede invocarse para que las asociaciones privadas que regulan colectivamente una actividad económica puedan adoptar reglamentaciones que «limiten el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Tratado» [sentencia de 15.12.1995, *Bosman* (C-415/93, *Rec. p. I-4921*), ap. 81].

³³ Como señalara Rodríguez Iglesias, el principio de subsidiariedad «conlleva un gran ámbito de apreciación política que difícilmente puede ser objeto de un control jurisdiccional», agregando que su control jurisprudencial podría dar lugar a la «consagración de una cierta doctrina análoga a la de los actos de gobierno» (G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, pp. 218-219). En consecuencia, no puedo compartir los (en mi opinión exagerados) reproches de algún autor, que critica la prudencia del TJCE en este contexto, y que la considera motivada por el irrefrenable deseo de facilitar la profundización del proceso de integración (A. ESTELLA DE NORIEGA, *El dilema de Luxemburgo – El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Madrid, 2000, pp. 166-173).

³⁴ En mi opinión, no aciertan quienes utilizan el cambio jurisprudencial que supuso la sentencia *Keck y Mithouard* (sentencia de 24.11.1993, [C-667/91 y C-668/91, *Rec. p. I-6097*]) como ejemplo de la capacidad del TJCE para adoptar «decisiones políticas» en la dialéctica entre libertad estatal y exigencias derivadas del proceso de integración (P. SYRPIS, *loc. cit.*, p. 331). En realidad, en la mencionada sentencia se trataba de determinar si una medida estatal atentaba contra un principio esencial

nifiesto o carencia absoluta de motivación, es prácticamente imposible que la autoridad judicial acoja las alegaciones basadas en la violación de este principio. Puesto que al final, la cuestión se centra en determinar si la institución comunitaria ha cumplido con las obligaciones de motivación del acto, su margen de discrecionalidad es amplísimo.

12. A la vista del análisis que se acaba de exponer, parece claro que el principio de subsidiariedad funciona en la UE como un criterio que rige el *ejercicio* de las competencias comunitarias compartidas con los EEMM³⁵ (incluidas las competencias complementarias), y no como una fórmula de *atribución* de competencias³⁶. Sin perjuicio de las lucubraciones que puedan realizarse sobre las funciones políticas de la subsidiariedad³⁷, desde

del mercado interior, es decir, si dicha medida afectaba de hecho y de derecho a los productos nacionales e importados de la misma forma, de manera que no se obstaculizase el comercio entre los EEMM. Este juicio es mucho más concreto y objetivo que el que exige la aplicación del principio de subsidiariedad en el plano legislativo comunitario, cuando se debe determinar si los EEMM no pueden alcanzar «de manera suficiente» un determinado objetivo, y si éste puede «lograrse mejor» mediante una intervención comunitaria.

³⁵ Así lo pone de manifiesto el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad cuando afirma que las instituciones garantizan el respeto al principio de subsidiariedad «al ejercer las competencias que les han sido conferidas» (punto 1), y que el mismo respetará «el pleno mantenimiento del acervo comunitario» (punto 2) y «no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia» (punto 3). Fernández ha señalado al respecto que «rara vez una norma jurídica suele ser tan insistente y tan reiterativa como lo es el Protocolo (...) a la hora de precisar la operatividad de dichos principios que no desea en absoluto ver involucrados en el proceso interpretativo de las bases jurídicas que atribuyen explícita o implícitamente competencias a las instituciones comunitarias» (T. R. FERNÁNDEZ, «Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 105).

³⁶ Para una defensa del principio de subsidiariedad como un criterio de atribución de competencias, ver J. BARNES, «La distribución de competencias entre la UE y los Estados», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, mayo-agosto 2001, p. 68.

³⁷ Lenaerts y Van Ypersele distinguen la función jurídica del principio de subsidiariedad, que regula el ejercicio de las competencias ya atribuidas a la Comunidad, y la función política del mismo principio, que adquiere su protagonismo en el momento constitucional del reparto de las competencias, cuando se toma la decisión política sobre la titularidad de la competencia, y si ésta será exclusiva o compartida (K. LENAERTS/P. VAN YPERSELE, «Le principe de subsidiarité et son contexte:

un punto de vista jurídico, este principio sólo opera en derecho comunitario una vez constatada la existencia de competencia por la invocación de una base jurídica habilitante. Ciertamente, podría argumentarse que tras la afirmación de la competencia, el principio de subsidiariedad preside la determinación del alcance de la intervención comunitaria, y por ende, condiciona la extensión material de la propia competencia. Sin embargo, habida cuenta de los criterios políticos que ilustran la aplicación del principio en la actualidad, el juicio de oportunidad del legislador en cuanto a la intensidad de su intervención no está sujeto, salvo en supuestos harto improbables, a criterios jurídicos que limiten realmente su discrecionalidad y, en mi opinión, no difiere sustancialmente de la opción que toma el mismo legislador en la dialéctica entre regulación pública y libertad individual.

En ese contexto, el respeto del principio de subsidiariedad impone una serie de obligaciones jurídicas, aunque de carácter predominantemente formal (en especial, relativas a la motivación del acto y la presentación por parte de la Comisión de un informe anual sobre su aplicación), lo que ha llevado a algunos a calificarlo como principio de «segundo nivel»³⁸. En consecuencia, a pesar de que algunos autores detectan un «retraimiento legislativo» por parte de la Comisión como resultado del influjo del mencionado principio³⁹, los partidarios de limitar la expansión competencial

étude de l'article 3 B du traité CE», en *C.D.E.*, n.º 1-2, 1994, pp. 8-13). En mi opinión, sin embargo, esa llamada «función política» de la subsidiariedad estaría muy próxima a una formulación del principio de eficacia funcional, que desde el primer momento ha presidido los episodios constitucionales de reparto de competencias en el proceso de integración europeo, junto con las consideraciones relativas al interés nacional y a las relaciones de poder entre los EEMM.

³⁸ T. R. FERNÁNDEZ, «Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», *loc. cit.*, p. 106.

³⁹ J. Díez-Hochleitner, «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, 2003, p. 40; A. VERGÉS BAUSILI, *Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Powers in the EU: Reforming Subsidiarity and National Parliaments*, Jean Monnet Working Paper 9/02, NYU School of Law, Nueva York, 2002, p. 8. Puede recordarse aquí como el Consejo Europeo de Copenhague (21-22.6.1993) «acogió con agrado, de forma general, la reducción sustancial del volumen de legislación comunitaria prevista en el programa legislativo de la Comisión», como consecuencia de la revisión realizada en aplicación del principio de subsidiariedad (Bol. de las CC.EE., n.º 6, 1993, punto I.22).

comunitaria no se muestran satisfechos por los resultados derivados de la aplicación del Protocolo introducido por el Tratado de Ámsterdam⁴⁰. De ahí que la reforma de la regulación del principio de subsidiariedad se convirtiese en uno de los temas estrella de la Convención encargada de redactar el proyecto de tratado constitucional, creándose un grupo de trabajo específico sobre esta cuestión.

III. LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

1. LA NUEVA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

13. El apartado primero del art. I-11 del TC separa con claridad las funciones de los principios de atribución y de subsidiariedad cuando indica que el primero rige «la delimitación de competencias», mientras el segundo regula «el ejercicio» de las mismas. Deberían cesar, por tanto, las disputas doctrinales sobre la función del principio de subsidiariedad, al menos desde un punto de vista jurídico. Es cierto que dependiendo del uso que se haga de este principio, los EEMM gozarán de mayor o menor capacidad de acción en los ámbitos de competencia compartida. Pero el debate que plantea la subsidiariedad no se centra en si la UE cuenta con competencia para legislar en un determinado terreno, sino en la intensidad óptima de su intervención en los ámbitos donde cuenta con habilitación competencial.

La definición del principio que recoge el art. I-11 (3) del TC refleja casi literalmente la del art. 5, párrafo segundo, del TCE⁴¹, con el añadido de la referencia a los niveles «regional y local» a la hora de evaluar la capacidad de los EEMM de alcanzar los objetivos de manera suficiente

⁴⁰ Ver, p.e., la enumeración de supuestas violaciones del principio de subsidiariedad que aparecen recogidas en un documento publicado por el Land de Baviera el 31.8.1998 (*Subsidiaritätsliste. Beispiele für Subsidiaritätsverstöße und Kompetenzüberschreitungen der EG*, Bayerische Staatskanzlei, citado por C. CANCELA OUTEDA, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, 2001, p. 444, nota 304). Ver también el Doc. CONV 71/02, de 30.5.2002, que recoge el mandato del grupo de trabajo sobre subsidiariedad, en p. 3.

⁴¹ Con la única modificación de la sustitución de la «Comunidad Europea» por la «UE».

por sí solos⁴². Esta semejanza advierte del continuismo con la regulación anterior en cuanto a la naturaleza del principio y a su contenido. La alusión a los poderes regionales y locales da respuesta a una reivindicación de éstos, que, en muchos casos, se habían sentido postergados e ignorados en el proceso de integración, y en cierta medida desprotegidos frente a las incursiones comunitarias en determinados ámbitos que algunos derechos constitucionales internos consideran de su competencia⁴³. Como veremos, este reconocimiento de los poderes regionales y locales tiene un cierto reflejo en el nuevo Protocolo sobre subsidiariedad, aunque tampoco aquí asistimos a ninguna revolución.

La regulación más concreta del respeto al principio también se remite al mencionado Protocolo sobre la aplicación de la subsidiariedad y la proporcionalidad (art. I-11 (3), párrafo 2.º, del TC).

14. Desde una perspectiva general, las principales diferencias entre el Protocolo actualmente vigente y el nuevo Protocolo anexo al TC relativas al principio de subsidiariedad son las siguientes:

a) Desaparecen las salvaguardias que pretendían defender las competencias y el acervo comunitarios (apartados 2 y 3 del Protocolo vigente). A la vista de la aplicación que ha tenido el principio de subsidiariedad en la práctica, ya no parecen necesarias tantas cautelas, que en su día estuvieron justificadas por el peligro que derivaba del significado que des-

⁴² Art. I-11 (3) del proyecto de tratado constitucional: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, *la Unión* intervendrá sólo *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*» (cursiva añadida). El añadido «en caso de que» no parece aportar nada relevante a la redacción precedente del TCE. En todo caso conviene recordar que con motivo del Tratado de Ámsterdam, Alemania, Austria y Bélgica habían introducido una Declaración sobre la subsidiariedad (n.º 3 del anexo al Acta final), en la que señalaban que la aplicación de este principio no sólo afectaba «a los EEMM, sino también a sus entidades, en la medida en que éstas disponen de un poder legislativo propio».

⁴³ No obstante, Martín señala que, en la práctica, el hecho de que la competencia en el plano nacional sea estatal, regional o local tendrá una «escasa relevancia» para el análisis que se realice desde la Unión (J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El nuevo sistema de competencias en el Proyecto de Constitución Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 30, 2004, p. 105).

de posiciones euroescépticas quería darse al mencionado principio. Una interpretación sistemática del Tratado resulta suficiente para deducir esas obligaciones, y la propia jurisprudencia del TJCE sobre estas cuestiones ha calmado cualquier preocupación en ese sentido. En la misma línea, también es eliminada la referencia al principio de cooperación leal, que aparece en el apartado 8 del Protocolo vigente, y que no supone más que una reiteración del mencionado principio.

b) Se simplifican los criterios de fondo que es necesario respetar para cumplir con el principio (apartados 4 y 5 del Protocolo vigente). Aunque se mantiene la alusión a la preferencia por la utilización de criterios «cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos» para justificar la acción de la Unión (artículo 5 del nuevo Protocolo), se omiten otras reiteraciones y especificaciones que, pese a su encomiable objetivo de precisar el significado exacto del principio, carecían de virtualidad práctica, habida cuenta del enorme margen de apreciación con el que cuentan las instituciones.

c) Se suprimen los apartados relativos al Consejo Europeo, el Consejo y el Parlamento Europeo (apartados 10 a 12 del Protocolo vigente), y se sustituyen por una lacónica alusión a la obligación de «cada institución» de «velar de manera permanente por el respeto» del principio de subsidiariedad (artículo 1 del nuevo Protocolo). Esta simplificación parece muy pertinente, teniendo en cuenta la vaguedad de las exigencias impuestas a estas instituciones (p. e., tener en cuenta el informe sobre subsidiariedad en el informe anual del Consejo Europeo al Parlamento, o examinar si las propuestas de la Comisión respetan el principio de subsidiariedad). No obstante, el nuevo texto especifica que cualquier «proyecto de acto legislativo europeo»⁴⁴, independientemente de la institución de la que proceda, se transmitirá a los Parlamentos nacionales.

d) Se introducen nuevos mecanismos de control del cumplimiento del principio⁴⁵, tanto políticos como judiciales. Esta es la mayor novedad del Protocolo, y más adelante realizo un examen detallado de los mismos.

⁴⁴ El art. 3 del nuevo Protocolo, introducido a petición del Grupo de expertos jurídicos de la CIG, señala que «A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por «proyecto de acto legislativo europeo» las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo europeo» (Doc. CIG 50/03 ADD 1, de 25.11.2003).

⁴⁵ En el Protocolo vigente, el último apartado señala simplemente que «el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las

15. Por otro lado, las obligaciones formales que conlleva la aplicación de la subsidiariedad se repiten en el nuevo Protocolo, aunque con ligeras variantes. La obligación de la Comisión de realizar «amplias consultas» antes de proponer actos legislativos (apartado 9, primer guión, del Protocolo vigente), ahora incluye la necesidad de «tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas» (art. 2 del nuevo Protocolo). Esta alusión busca proporcionar un mayor protagonismo a las mencionadas entidades subestatales en el procedimiento normativo comunitario. Éstas deberían ver incrementada su capacidad de interlocución con la Comisión y, por ende, su influencia en el proceso legislativo europeo en los ámbitos de su competencia⁴⁶.

La obligación general de motivación de los actos en relación con el principio de subsidiariedad (apartado 9, segundo guión, del Protocolo vigente) es en el nuevo Protocolo algo más cualificada. Se obliga a la institución o al órgano comunitarios de los que proceda la iniciativa⁴⁷ a incluir en todo «proyecto de acto legislativo» una «ficha de subsidiariedad y proporcionalidad», en la que se expliciten «con pormenores» los argumentos que permitirán evaluar el cumplimiento de estos principios, aunque las principales novedades en este terreno se sitúan en el ámbito del principio de proporcionalidad⁴⁸ (art. 5 del nuevo Protocolo). De esta manera, tal y como había solicitado un sector doctrinal⁴⁹, se refuerzan las

normas establecidas en el Tratado». De esto, apenas cabe inferir algo más que la afirmación de la justiciabilidad del principio de subsidiariedad.

⁴⁶ De la redacción del art. 2 del nuevo Protocolo parece desprenderse que, cuando el ámbito de actuación se refiera a una competencia que en el EM ha sido transferida a las regiones, la consulta debería centrarse en las autoridades regionales, aunque ésta se articule a través de la administración central.

⁴⁷ También participan de esta obligación «las iniciativas de un grupo de EEMM», ya que no se establecen excepciones en cuanto a esta necesidad de motivación («Los proyectos de actos legislativos europeos se motivarán...»).

⁴⁸ Se trata de la obligación de incluir en la ficha de subsidiariedad y proporcionalidad una evaluación sobre el impacto financiero que las propuestas normativas tendrán sobre la propia Unión, sobre los EEMM, ya sea a nivel central o sobre las autoridades regionales o locales, sobre los agentes económicos e, incluso, sobre los ciudadanos, demostrando que esa carga económica es lo más reducida posible y proporcional a los objetivos perseguidos. Igualmente, cuando se trate de una ley marco europea, la mencionada ficha deberá incluir una evaluación sobre su impacto en la normativa nacional, «incluida, cuando proceda, la legislación regional».

⁴⁹ A. VON BOGDANDY/J. BAST, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 58.

obligaciones en torno a la motivación de los actos, pues parece que en el futuro al menos deberá ser explícita⁵⁰. Además, la mencionada obligación de motivación se extiende a todas las instituciones y órganos comunitarios, e incluso a las iniciativas legislativas procedentes de los EEMM, al mismo nivel de exigencia que con la Comisión. En cualquier caso, no se recorta el importante margen de apreciación con el que cuentan las instituciones comunitarias en este contexto⁵¹.

Por último, se mantiene la obligación de la Comisión relativa a la realización de un informe anual sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, aunque ahora se incluye también a los parlamentos nacionales entre la lista de instituciones destinatarias del mismo⁵². Esto es coherente con el creciente protagonismo alcanzado por las cámaras legislativas estatales en el nuevo Protocolo.

16. Algunas de las novedades aportadas por el TC tienen una incidencia indirecta sobre la aplicación de la subsidiariedad.

En primer lugar, conviene recordar que la Unión aplica la subsidiariedad «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva» [art. 5 TCE y art. I-11 (3) del TC]. Al haberse enumerado y clasificado las competencias comunitarias en el derecho originario, desaparecen las incertidumbres sobre los ámbitos competenciales en los que ha de aplicarse este principio. En este nuevo marco, parece aún más claro que los criterios establecidos en el Protocolo sobre subsidiariedad se aplican a aquellas competencias compartidas en las que ha desaparecido cualquier margen de discrecionalidad estatal por la exhaustividad de la actuación comunitaria (efecto pre-

⁵⁰ Conviene recordar que en el pasado, el TJCE ha estimado que la motivación de la subsidiariedad podía deducirse implícitamente de los objetivos del acto y de la base jurídica utilizada (ver *supra* las sentencias citadas en la nota 31).

⁵¹ Cada Comisario sigue siendo responsable de la aplicación del principio dentro de los ámbitos de su competencia, a pesar de que algunos habían propuesto la creación de un Vicepresidente encargado de velar por la aplicación de la subsidiariedad con carácter general para todas las propuestas normativas, y que podría ser llamado a comparecer ante los Parlamentos nacionales (Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, p. 5).

⁵² Afortunadamente se descartó la descabellada propuesta de que el programa legislativo de la Comisión se debatiese en los Parlamentos nacionales (Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, p. 4). El art. 1.º del nuevo Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la UE se limita a indicar que el mencionado programa legislativo les será remitido al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo.

clusión). En un futuro, la aplicación de la subsidiariedad podría hacer retornar al patrimonio competencial estatal algunas de las responsabilidades ahora atribuidas a la Unión.

Por otro lado, la nueva clasificación de actos normativos y ejecutivos también favorece la aplicación del principio de subsidiariedad. En este contexto, el art. I-33 (1) del TC aporta algo de luz al distinguir los actos legislativos de los que no los son, estableciendo una tipología de modalidades de actuación más clara y ordenada⁵³. El apartado segundo del mismo artículo prohíbe que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan adoptar actos atípicos cuando se les presente una propuesta normativa. De esta forma, se introduce una mayor transparencia y previsibilidad en el sistema legislativo comunitario⁵⁴.

Todos estos elementos permiten calibrar de antemano con mayor precisión la necesidad o la conveniencia de la intervención comunitaria en

⁵³ A pesar de ello, la nueva regulación tampoco aclara el papel que juega el principio de subsidiariedad en relación con las competencias ejecutivas comunitarias. La definición del ámbito de aplicación del principio en referencia (por exclusión) a la noción de competencias exclusivas (un concepto legislativo), pudiera hacer pensar que la subsidiariedad sólo se aplica a las competencias normativas de la Unión. Esta sensación se ve reforzada por el hecho de que los mecanismos de control introducidos en el nuevo Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad únicamente se puedan utilizar para los «proyectos de acto legislativo europeo». Sin embargo, es posible encontrar referencias a la aplicación del principio de subsidiariedad en el derecho derivado de la Unión, en relación con las competencias de ejecución del derecho comunitario (ver, p. e., el art. 8 (3) del Reglamento (CE) n.º 1260/1999 del Consejo, de 21.6.1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los fondos estructurales [DO L 161/1, de 26.6.1999]). En tales circunstancias, cabe otra interpretación alternativa, que en mi opinión es la más acertada: al excluir solamente las competencias exclusivas (concepto legislativo) del ámbito de vigencia del principio de subsidiariedad, se estaría reconociendo la aplicabilidad del mencionado principio al resto de las competencias normativas comunitarias y a la totalidad de las competencias ejecutivas de la Unión. Ahora bien, si esto es así, hubiera resultado mucho más esclarecedor que el TC lo reconociese expresamente.

⁵⁴ Sobre esta cuestión, ver R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El proyecto de «Constitución europea» y el sistema de fuentes del Derecho», en E. ALBERTÍ ROVIRA (Dir.), *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, 2004, p. 265; J. SANTOS VARA, «La simplificación normativa en el proyecto de Constitución Europea: ¿Unificación del sistema de actos o mantenimiento de la diversidad?», en *R.G.D.E.*, n.º 2, 2003; F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el proyecto de tratado constitucional», en *R.D.C.E.*, n.º 16, 2003, p. 1041.

los ámbitos de competencia compartida. En cualquier caso, como he señalado con anterioridad, la principal modificación en la aplicación del principio de subsidiariedad viene de la mano de los nuevos procedimientos de control sobre su aplicación.

2. EL CONTROL POLÍTICO: EL MECANISMO DE ALERTA RÁPIDA

2.1. *Examen del procedimiento*

17. Tratándose la subsidiariedad de un principio político que, desde un punto de vista material, se presta con dificultad a la revisión judicial, parecía claro que el reforzamiento de los mecanismos políticos de control constituía el camino más adecuado para mejorar su aplicación en el procedimiento normativo comunitario. En esa línea, numerosas iniciativas y propuestas trataron de abrirse paso a lo largo del proceso negociador que condujo a la redacción del proyecto de tratado constitucional salido de la Convención⁵⁵.

En el documento que contenía el mandato del Grupo de trabajo sobre subsidiariedad se invita a los miembros del mismo a examinar la posibilidad de crear «la figura del «Defensor de la Subsidiariedad» para cada miembro del Consejo Europeo y para el Parlamento Europeo, que verifique el respeto del principio de subsidiariedad en las propuestas de actos legislativos y emita oportunamente un dictamen interno»⁵⁶. Esta y otras propuestas, como la constitución de un comité de sabios de la subsidiariedad, perseguían el establecimiento de un órgano especializado que pudiese emitir informes externos, y supuestamente más objetivos, sobre el grado de cumplimiento del principio por parte de las instituciones. Puesto que dotar de un poder de veto a un órgano técnico de esas características no parecía sensato, éste sólo tendría una naturaleza consultiva, con lo que su capacidad de presión sobre las instituciones comunitarias resultaría muy limitada. Afortunadamente, las reglas de oro que presidieron el trabajo del Grupo, a propuesta de su Presidente⁵⁷, hicieron desaparecer estas iniciati-

⁵⁵ Para un examen de algunas propuestas anteriores al período convencional, puede consultarse A. CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona, 2001, pp. 162-163.

⁵⁶ Doc. CONV 71/02, de 30.5.2002, p. 4.

⁵⁷ Desde el comienzo de sus trabajos, el Sr. Méndez de Vigo, presidente del Grupo, marcó unas «reglas de oro», que debían guiar su labor: «no crear nuevas

vas, que ciertamente hubieran conducido a un incremento de la burocracia comunitaria, sin aportar claros beneficios.

18. Un órgano de naturaleza netamente política parece más adecuado para ejercer un control también político sobre la aplicación de la subsidiariedad. Si se sospecha de la parcialidad de las instituciones comunitarias —desconfianza que late en el origen de este debate—, sólo los Parlamentos nacionales parecen capacitados para participar con fuerza en ese procedimiento de control. Se atiende así a otro de los objetivos marcados en la Declaración 23 anexa al Tratado de Niza: otorgar una función más relevante a los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europeo.

La participación de los Parlamentos nacionales en el control de la subsidiariedad podía revestir distintas modalidades⁵⁸: la creación de un comité paritario entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, el reforzamiento de la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos nacionales (COSAC)⁵⁹, o la creación de una segunda asamblea parlamentaria, formada por representantes de los parlamentos nacionales⁶⁰.

instituciones, no alargar el procedimiento legislativo, ni bloquearlo» (Doc. CONV 331/02, de 11.10.2002, p. 6).

⁵⁸ Para una evaluación crítica de estas opciones, pueden consultarse J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los EEMM: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», en *R.D.C.E.*, n.º 12, mayo-agosto 2002, pp. 370-372; VON BOGDANDY/BAST, *loc. cit.*, pp. 59-60.

⁵⁹ En las negociaciones que precedieron la aprobación del Tratado de Ámsterdam, se formularon algunas propuestas en esta línea, como la creación de un comité interparlamentario en el seno de la COSAC, cuya función consistiese en controlar el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones comunitarias. Finalmente, todo esto quedó en la referencia que hace el apartado 6 del Protocolo relativo al cometido de los Parlamentos nacionales en la UE (introducido por el Tratado de Ámsterdam), a la posibilidad de que la COSAC envíe informes a las instituciones comunitarias, en particular, sobre la aplicación de la subsidiariedad. Para una valoración del papel actual de la COSAC, ver M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «La participación de los Parlamentos nacionales», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 3, 2002, pp. 213-214.

⁶⁰ Para una defensa de esta opción, ver I. PERNICE, «Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union», en M. ANDENAS/J. USHER (Eds.), *The Treaty of Nice and Beyond. Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, 2003, pp. 143-145.

Las dos últimas opciones, muy similares, chocaban con importantes inconvenientes. En primer lugar, cualquier nuevo órgano aumentaría la complejidad del procedimiento de adopción de decisiones, y complicaría la estructura orgánica de la Unión. Adicionalmente, el papel de la nueva instancia de representación de los Parlamentos nacionales sólo podría ser consultivo, ya que de otra manera se atentaría contra la autonomía del sistema comunitario y sus instituciones⁶¹. El papel del Consejo como órgano de expresión de los intereses nacionales se vería desvirtuado, puesto que dichos intereses tendrían dos órganos distintos de representación, y el Parlamento Europeo tampoco quedaría en muy buen lugar, ahora que es elegido por sufragio universal (el nuevo órgano se parecería mucho por su composición a la Asamblea parlamentaria anterior a 1979). De cara al ciudadano, la identificación de la responsabilidad política por la adopción de decisiones sería aún mas compleja⁶².

La creación de un comité paritario entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales todavía añadiría una mayor confusión al problema de la identificación de la responsabilidad por la toma de decisiones. Además, sería difícil separar la evaluación sobre la subsidiariedad de las cuestiones de fondo en el examen de la idoneidad de la propuesta norma-

⁶¹ Como ha señalado Constantinesco, si los representantes de los Parlamentos nacionales pudieran bloquear las iniciativas legislativas comunitarias nos encontraríamos ante un mecanismo muy parecido a «la *nullification* que reivindicaban los Estados confederados americanos antes de la guerra de secesión» (V. CONSTANTINESCO, «Breves apuntes sobre el reparto de las competencias como clave de la futura Constitución europea», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, 2003, p. 24). Sobre la autonomía del derecho comunitario, ver A. MANGAS MARTÍN/D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 379-381; H. F. KÓCK, «On the Unity of European Law. European Law as a Separate Body of Law and as an Independent Subject of Legal Doctrine», en *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, 1998, p. 415.

⁶² En esta línea crítica de las dos posibilidades comentadas, ver E. LINDE PANIAGUA, «Los Parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 6, 2004, pp. 170-171; F. J. MATIA PORTILLA, «Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, 2003, pp. 213-214; M. PALOMARES AMAT, «Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales», en *Noticias de la UE*, n.º 217, febrero 2003, pp. 12-13; M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «La participación de los Parlamentos nacionales», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 3, 2002, pp. 219-220.

tiva. Por otro lado, si ese nuevo órgano tuviese capacidad para vetar las propuestas legislativas, se introduciría un elemento peligroso capaz de bloquear el ya de por sí complicado procedimiento de adopción de decisiones comunitario. Si finalmente se evitaban todos estos riesgos mediante la asignación de un mero papel consultivo al nuevo ente, su incidencia real sobre un mayor respeto del principio de subsidiariedad parecería más que dudosa, y la complicación orgánica y procedimental generada no merecería la pena.

De nuevo, la idea de no crear nuevos órganos, y de no hacer más largo y complejo el procedimiento de adopción de decisiones (las ya mencionadas reglas de oro del Grupo de trabajo sobre subsidiariedad), condujeron a articular un mecanismo de control político distinto a los que se acaba de mencionar⁶³.

19. El así llamado «mecanismo de alerta rápida», recogido en el nuevo Protocolo, es el resultado final de la negociación desarrollada para involucrar de manera efectiva a los Parlamentos nacionales en el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Esta es la gran novedad de la que se espera un reforzamiento del control político de la aplicación de dicho principio. El mecanismo se organiza en dos fases.

En la primera fase, la Comisión asume la obligación de enviar todas sus «propuestas de actos legislativos»⁶⁴ (también las propuestas modificadas) a los Parlamentos nacionales. Igualmente, el Parlamento Europeo y el Consejo remitirán sus proyectos de actos legislativos⁶⁵, así como sus acuerdos normativos, inmediatamente tras su adopción, a los mismos Parlamentos nacionales. Estos últimos tendrán un plazo de seis semanas, contadas a partir de la fecha de transmisión de la propuesta legislativa, para

⁶³ Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, p. 2.

⁶⁴ Díez-Hochleitner deduce de la utilización de la expresión «propuestas legislativas» que el mecanismo de alerta rápida no se aplica en el procedimiento de celebración de acuerdos internacionales (J. Díez-Hochleitner, «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, 2003, p. 75).

⁶⁵ El Consejo asume igualmente la obligación de transmitir a los Parlamentos nacionales los proyectos de actos legislativos europeos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de inversiones, así como sus proyectos modificados (art. 4 del nuevo Protocolo).

decidir si emiten un dictamen motivado exponiendo las razones por las que, en su opinión, la propuesta viola el principio de subsidiariedad⁶⁶.

El nuevo Protocolo sobre subsidiariedad señala en su art. 7 que el autor del proyecto de acto legislativo⁶⁷ «tendrá en cuenta» los dictámenes motivados enviados por los Parlamentos nacionales. Para ello, el nuevo Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea prohíbe que el Consejo pueda incluir en su orden del día provisional la discusión de ninguna propuesta normativa, con vistas a su adopción, durante el plazo de seis semanas otorgado a los Parlamentos nacionales para la emisión de sus informes⁶⁸, y añade que, entre la inclusión de una propuesta en el orden del día del Consejo y la adopción de una posición, deberá transcurrir un plazo mínimo de diez días⁶⁹. De esta manera, existirá siempre un periodo de tiempo para examinar los dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales, aunque los hayan emitido justo al final del periodo de seis semanas, lo que será muy habitual, teniendo en cuenta la premura de tiempo con la que habrá de actuarse en este procedimiento.

20. Una de las cuestiones más debatidas en la Convención fue la del papel de la segunda cámara en los EEMM bicamerales. Se defendieron tanto la postura de que ambas cámaras tuvieran una sola voz en el plano europeo (es decir, que la noción de Parlamento nacional englobase a los dos cámaras conjuntamente), como que cada EM decidiese si en su caso otorga-

⁶⁶ Desaparece de la redacción final del nuevo Protocolo la posibilidad de que los Parlamentos nacionales vuelvan a pronunciarse sobre el respeto del principio de subsidiariedad en el momento de la convocatoria del Comité de Conciliación en el procedimiento de codecisión (apartado 7 del Proyecto de Protocolo recogido en el Doc. CONV 579/03, de 27.2.2003). Efectivamente, parece más adecuado debatir la cuestión de la subsidiariedad al comienzo del procedimiento normativo, al identificarse el ámbito donde incidirá la actuación comunitaria, y no al final, cuando la negociación es más complicada y se centra en las cuestiones de fondo que hayan suscitado mayor polémica.

⁶⁷ Puede tratarse del Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, un grupo de EEMM, el TJCE, el Banco Central Europeo o incluso el Banco Europeo de Inversiones.

⁶⁸ Salvo casos excepcionales, por motivos de urgencia, que en tal caso habrán de mencionarse en el acto o posición del Consejo (art. 4 del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales).

⁶⁹ De nuevo, salvo en casos urgentes debidamente motivados (art. 4 del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales).

ba a las dos cámaras la capacidad de participación en el proceso decisorio europeo y, por último, que ambas cámaras dispusiesen de capacidad para poner en marcha el mecanismo de alerta rápida de forma independiente⁷⁰.

Finalmente prevaleció la última de estas opciones, que, en mi opinión, era la más lógica y respetuosa con la pluralidad política existente en la UE. El reconocimiento de la especificidad del papel de los Senados en los países de estructura política descentralizada resulta especialmente pertinente en el terreno de la subsidiariedad, porque éstos pueden servir como portavoces cualificados de las regiones con competencias legislativas autónomas en los ámbitos de su responsabilidad. El nuevo Protocolo deja a cada EM la regulación de los casos en los que el Parlamento nacional, o cada cámara de un Parlamento nacional, haya de consultar a los Parlamentos regionales con competencias legislativas en los ámbitos de su responsabilidad, así como las modalidades de dicha consulta⁷¹.

21. La segunda fase del procedimiento de control se desencadena en el caso de que un número suficiente de Parlamentos nacionales considere que la propuesta normativa no respeta el principio de subsidiariedad⁷². La igualdad entre los EEMM se garantiza asignando dos votos a los Parlamentos nacionales de los Estados unicamerales, y un voto a cada una de las cámaras en los países de sistema bicameral⁷³. En tales circunstancias, si los dictámenes emitidos para denunciar la violación del principio representan al menos un tercio⁷⁴ del total de votos atribuidos a la Parlamentos nacio-

⁷⁰ Doc. CONV 331/02, de 11.10.2002, p. 8.

⁷¹ En el caso español, será necesario articular un nuevo marco institucional de relación entre los Parlamentos autonómicos y el Parlamento nacional, que desborda el esquema actual de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Comunidades Europeas. No parece de recibo que el Parlamento español pueda adoptar sus dictámenes motivados en materias de competencia autonómica sin tener en cuenta la opinión de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

⁷² El nuevo Protocolo no aclara si los dictámenes de los Parlamentos nacionales deben ser coincidentes, o versar sobre las mismas materias, para que puedan acumularse. En consecuencia, puesto que el único criterio establecido es el del umbral de votos, ha de entenderse que una vez alcanzado éste, el acto legislativo deberá ser reconsiderado.

⁷³ Este sistema de votación fue el resultado de una enmienda introducida al final del proceso negociador en la Convención. Ver, al respecto, el Doc. CONV 610/03, de 12.3.2003, p. 5.

⁷⁴ Este umbral será sólo de un cuarto de los votos para las propuestas presentadas de acuerdo con el art. III-264 del TC, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

nales⁷⁵, el autor del proyecto de acto legislativo (normalmente la Comisión) deberá volver a estudiar su propuesta⁷⁶.

Cabe la posibilidad de que la consecución de este umbral de dictámenes negativos provoque simplemente un cierto retraso, ya que la Comisión (o quien sea el autor del proyecto) puede mantener su propuesta tras la revisión en segunda vuelta, aunque también es posible que la modifique o la retire. No obstante, desde un punto de vista político, si se alcanza ese porcentaje de rechazo entre los Parlamentos nacionales, es probable que la propuesta sea modificada.

2.2. Valoración crítica

22. El mecanismo de alerta rápida goza de cuatro importantes virtudes: involucra a los Parlamentos nacionales en el procedimiento comunitario de adopción de decisiones, que era uno de los objetivos de la reforma; tiene una naturaleza política, como el propio principio de subsidiariedad; no implica la creación de ningún nuevo órgano; y establece plazos perentorios para evitar dilaciones en el proceso normativo comunitario⁷⁷.

Ahora bien, esta celeridad también conlleva algunos inconvenientes. En la primera fase del mecanismo de alerta rápida, el plazo de seis semanas es tan breve que parece probable que el mismo provoque reformas proce-

⁷⁵ Algunos miembros de la Convención propusieron la fijación de un segundo umbral de dos tercios de los votos, que actuaría como límite máximo. Una vez alcanzado, la Comisión debería retirar o modificar obligatoriamente su propuesta (La *House of Lords* se mostró favorable a este sistema en el Dictamen aprobado por su Select Committee on the European Union: *The Future of Europe: National Parliaments and Subsidiarity – The Proposed Protocols*, Session 2002/03, 11th Report, de 11.3.2003, § 56-58). Sin embargo, este segundo límite no aparece finalmente recogido en el Protocolo consensuado en la Convención (Doc. CONV 610/03, de 12.3.2003, p. 5). En principio, sería razonable pensar que, en la práctica, ninguna propuesta normativa podrá prosperar contra la voluntad expresa de más de dos tercios de los Parlamentos nacionales. A pesar de ello, en la Convención los argumentos que primaron para eliminar este segundo umbral estaban relacionados con la necesidad de no bloquear el procedimiento legislativo comunitario, y de salvaguardar el derecho de iniciativa normativa de la Comisión.

⁷⁶ Art. 7 del nuevo Protocolo sobre subsidiariedad.

⁷⁷ La Comisión había solicitado que el procedimiento de control que se estableciese finalizase «en un plazo de dos a cuatro semanas» (Comunicación de la Comisión «Un proyecto para la Unión Europea», Doc. COM (2002) 247 final, de 22.5.2002, p. 24).

dimentales en varios Parlamentos nacionales, y genere la creación de mecanismos de urgencia para tramitar los dictámenes de subsidiariedad. Debe tenerse en cuenta que la aprobación del dictamen requerirá la realización de un análisis previo de naturaleza técnica sobre el cumplimiento del principio, e incluso puede hacer necesario un estudio del derecho nacional, para delimitar la titularidad de la competencia afectada en el orden interno. Si además ha de consultarse previamente a los Parlamentos regionales en ese EM, el plazo de seis semanas puede resultar verdaderamente opresivo. En tales circunstancias, cabe preguntarse si no se convertirá en un hecho habitual que los Parlamentos nacionales envíen sus dictámenes fuera de plazo, con los problemas políticos que ello podría ocasionar.

23. Por otro lado, parece necesario preguntarse por las repercusiones que tendrá la irrupción de los Parlamentos nacionales en el procedimiento normativo comunitario.

En una primera aproximación, lo más lógico es pensar que la Comisión seguirá adelante con sus proyectos normativos habitualmente, aunque reciba algún dictamen señalando que se atenta contra el principio de subsidiariedad. La única consecuencia práctica vendrá de la mano de un previsible incremento del esfuerzo de argumentación en la motivación del acto. Si el número de Parlamentos nacionales que emiten dictamen negativo alcanza una cifra significativa, es probable que la Comisión reconsidere su propuesta, en la medida en que ello pudiera anticipar un importante grado de oposición al proyecto en el seno del Consejo o del Parlamento Europeo. En tales circunstancias, la posición de los Parlamentos nacionales no es cómoda, ya que se les relega a un papel consultivo al que no están acostumbrados⁷⁸.

A pesar de ello, es posible que esta situación genere dinámicas de comportamiento que puedan producir alteraciones de gran importancia en el procedimiento normativo comunitario. En primer lugar, el debate sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad es relativamente pobre, y lo más que probable es que los Parlamentos nacionales se permitan opinio-

⁷⁸ Se genera así una situación que proporcionará argumentos a los discursos nacionalistas de los anti-europeístas, ya que se podrá ver como la Comisión continúa con las propuestas normativas a pesar de la oposición del Parlamento nacional. De esta manera, la limitación soberana que supone el proceso de integración se mostrará de una forma mucho más evidente ante los ciudadanos.

nes sobre el fondo de la propuesta normativa al hilo de esta intervención⁷⁹. Al no tener que consensuar su postura con ninguna otra instancia, la atención a las prioridades nacionales tendrá un reflejo manifiesto en los dictámenes, que pueden utilizar la subsidiariedad como excusa para censurar actos normativos en defensa de otros intereses.

Esto puede colocar en una situación difícil a los representantes de los gobiernos en el seno del Consejo, que se sentirán mucho más presionados a la hora de negociar⁸⁰. Si los Parlamentos nacionales parten de una posición preestablecida cuando evalúan los resultados obtenidos por el representante gubernamental, las posibilidades de crítica aumentan, especialmente si se emitió un dictamen motivado en contra del proyecto. Desde luego, se podrá alabar el incremento del control democrático en la toma de decisiones en el Consejo que ello supone, pero existe un peligro cierto de que las posiciones en dicha institución se vuelvan más inflexibles por la existencia de mandatos de negociación mucho más concretos por parte de los Parlamentos nacionales, lo que en una Europa de veinticinco o más EEMM podría conducir al bloqueo habitual del Consejo. Sólo la experiencia permitirá despejar esta incógnita.

También cabe preguntarse por el conflicto de legitimidades democráticas que podría plantearse si el Parlamento Europeo se pronuncia en contra de las posiciones expresadas por un grupo de Parlamentos nacionales que representen a un porcentaje significativo o incluso mayoritario de la población de la Unión. Nos hallamos aquí ante una cuestión que probablemente hará correr ríos de tinta entre los especialistas de la ciencia política y el derecho⁸¹. En el sistema diseñado por el nuevo Protocolo, la posición privilegiada corresponde al órgano internacional de representación democrática, al menos en los ámbitos en los que rige la codecisión, ya que el Parlamento Europeo puede bloquear la adopción de una norma, mientras que los Parlamentos nacionales sólo tienen capacidad para emitir dictámenes. Así lo exige la autonomía del ordenamiento comunitario.

⁷⁹ Como ha señalado Vergés Bausili, «Can a sifting through the contents of a proposal in order to identify added value and benefits of Community level action be made without entering into policy choices? In short, to what extent are subsidiarity and substance not related?» (A. VERGÉS BAUSILI, *op.cit.*, p. 12).

⁸⁰ G. DAVIS, «The Post-Laeken Division of Competences», en *E.L.Rev.*, vol. 28, 2003, pp. 695-696.

⁸¹ Ver, p. e., los comentarios de S. WEATHERILL, «Using National Parliaments to Improve Scrutiny of the Limits of EU Action», en *E.L.Rev.*, vol. 28, n.º 6, 2003, p. 909.

24. En otro orden de cuestiones, la subsidiariedad ha inspirado la redacción del propio Protocolo sobre ese principio, cuando se deja en manos de cada EM la decisión sobre el papel que jugará cada una de las cámaras (en los países bicamerales) durante el procedimiento de alerta rápida, e incluso sobre la fórmula de participación de los Parlamentos regionales en la conformación de la voluntad del Parlamento nacional. Mediante esta inteligente maniobra, la Unión se desembara de la compleja y delicada delimitación de poder entre las cámaras nacionales, muy diferentes según el EM, y se desactivan las críticas ya tradicionales sobre la marginación de los Parlamentos regionales en el proceso de integración europeo.

En varios EEMM, estas cuestiones pueden traer consigo reformas constitucionales y provocar encendidos debates sobre el reparto de poder en el plano interno⁸². Particularmente en España, este nuevo marco planteará con mayor intensidad la cuestión de la reforma del Senado, para convertirlo definitivamente en una cámara de representación territorial. La posibilidad de que tanto una cámara como la otra puedan emitir dictámenes motivados independientes —en los EEMM con sistema bicameral— tiene una razón evidente: permitir al Senado, la cámara que tradicionalmente representa los intereses de las regiones en los Estados federales, gozar de una voz propia en el contexto europeo. De esta manera, el TC contribuye a socavar aún más la postura de quienes en nuestro país mantienen una posición inmovilista en este terreno⁸³.

25. El mecanismo de alerta rápida que acaba de comentarse constituye la principal innovación aportada por el TC al funcionamiento del principio de subsidiariedad. No está claro, sin embargo, que este apresurado procedimiento de control vaya a mejorar sustancialmente la aplicación del mencionado principio en la Unión⁸⁴. Ciertamente, se resuelve por

⁸² Esto podría acabar provocando retrasos en la ratificación del TC.

⁸³ Sobre estas cuestiones, pueden consultarse A. ROIG: «La Convención sobre el futuro de Europa y las regiones», en *Suplemento BEUR*, n.º 11, abril 2003, pp. 58-59; G. JAUREGUI, «La reforma del Senado y la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 47 (II), enero-abril 1997, p. 11. En esta línea, resulta estimulante la lectura del debate que publicó por la Fundación Encuentro: *La reforma del Senado*, Madrid, 11.1.1995.

⁸⁴ Lo más normal es que los dictámenes motivados procedentes de los Parlamentos nacionales sólo generen una reflexión suplementaria en la Comisión (o en la institución responsable del proyecto, en el caso de que no sea la Comisión) si

ahora el problema de la falta de protagonismo de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración⁸⁵, pero mediante un mecanismo en el que carecen de poderes reales. Este régimen puede resultar frustrante para ellos, y acabar generando actitudes hostiles hacia dicho proceso. También existe el peligro contrario, esto es, que un excesivo activismo de los Parlamentos nacionales acabe afectando negativamente al ya de por sí difícil funcionamiento del procedimiento de adopción de decisiones⁸⁶.

Si a través del mecanismo de alerta rápida se consigue que las propuestas normativas comunitarias reflejen un consenso aún más amplio, se estará avanzando en términos de legitimidad democrática. Por el contrario, si este procedimiento sirve para poner de manifiesto que las normas se adoptan contra la voluntad expresa de determinados Parlamentos nacionales, las reacciones de represalia o desagravio de algunos de ellos pueden acabar suponiendo un serio peligro para la coherencia del derecho comunitario y para la vertebración política de la Unión.

Para quienes siempre hemos pensado que la mejor manera de resolver el déficit democrático en la Unión pasaba, en primer lugar, por incrementar los poderes del Parlamento Europeo⁸⁷ y, en segundo lugar, por mejo-

alcanzan un número significativo o representan a un porcentaje importante de población. Cuando eso ocurra, es probable que la propuesta normativa también hubiera encontrado una cantidad similar de rechazos en el Consejo, que en el sistema actual se identifica como la institución más directamente responsable del control del cumplimiento del principio de subsidiariedad, y que seguirá desempeñando ese papel en el futuro.

⁸⁵ Sobre el papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración con anterioridad al TC, pueden consultarse las contribuciones de J. RIDEAU, E. ALBERTI ROVIRA, M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, P. PÉREZ TREMPYS y E. BARÓN CRESPO, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La encrucijada constitucional de la UE*, Madrid, 2002.

⁸⁶ Algún autor ha señalado que este mayor protagonismo de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración «es una muestra más del viraje intergubernamental al que asistimos» (E. LINDE PANIAGUA, «Los Parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 6, 2004, pp. 168-169).

⁸⁷ Como acertadamente señala Liñán, «el mismo hecho de que la incorporación de los Parlamentos nacionales se presente como solución el problema de las deficiencias democráticas del sistema de la Unión Europea comporta, guste o no, un riesgo de paralización (o de ralentización al menos) del proceso de reforzamiento del PE. Si se traslada la impresión de que la incorporación de los Parlamentos nacionales supone una solución a las deficiencias democráticas del modelo ¿Qué necesidad hay de ampliar los poderes del PE, de extenderlos a las zonas de cooperación (PESC, Defensa, CPJP...)?» (D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «El Parlamento Europeo

rar los mecanismos de control existentes en los Parlamentos nacionales sobre sus representantes en el Consejo⁸⁸, la mejor virtud (y no parece poco) de este nuevo mecanismo es la de haber resuelto la participación de los Parlamentos nacionales en el procedimiento decisorio evitando males mayores, es decir, la creación de nuevos órganos que introdujesen una mayor carga burocrática, o el establecimiento de mecanismos de bloqueo.

De lo que no puede dudarse, en cualquier caso, es de que este sistema de control contribuye a configurar un procedimiento de adopción de decisiones comunitario aún más complejo.

3. EL CONTROL JUDICIAL

26. La discusión de distintas opciones tendentes a reforzar el control judicial sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad también ocupó una buena parte de los trabajos de la Convención. De entre las distintas propuestas examinadas y descartadas por el Grupo de trabajo sobre subsidiariedad⁸⁹, destaca la creación de un recurso previo y específico sobre el cumplimiento de este principio.

La introducción de un recurso previo en el sistema competencial comunitario, inspirado en el control de constitucionalidad existente en numerosos EEMM, no aparece como una novedad ideada al calor del debate de la Convención. Esta posibilidad ya se encontraba contemplada en documentos anteriores procedentes del Parlamento Europeo⁹⁰ y, en espe-

y el papel de los Parlamentos nacionales», en J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), *El gobierno de Europa. Diseño institucional de la Unión Europea*, Madrid, 2003, p. 188).

⁸⁸ Cuestión que debe resolverse en sede nacional. En esta línea, puede consultarse P. PÉREZ TREMPES, «La débil «parlamentarización» de la integración en España», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 401.

⁸⁹ El Grupo debatió sobre la oportunidad de crear una «Sala de la subsidiariedad» en el TJCE (cuestión que finalmente se dejaría a la libre decisión del propio Tribunal), sobre el establecimiento de un mecanismo de cooperación institucional entre el TJCE y los Tribunales constitucionales nacionales, o sobre la concesión de legitimación activa en el recurso de nulidad a un órgano *ad hoc* compuesto por representantes de los Parlamentos nacionales. Ver, al respecto, el Doc. CONV 71/02, de 30.5.2002, pp. 5-6.

⁹⁰ Ver, p. e., el informe sobre el principio de subsidiariedad, elaborado por Giscard D'Estaing, Doc. A3-163/90/Parte B, de 4.7.1990, en p. 12. En este informe se postula, incluso, que las «jurisdicciones supremas de los EEMM» (sic) puedan plantear, en determinadas condiciones, ese recurso previo.

cial, en el Informe Lamassoure⁹¹. En este último, se proponía la creación de un recurso *a priori*, que se podría plantear durante el mes siguiente⁹² a la adopción definitiva de un acto legislativo, ante un Tribunal Constitucional comunitario⁹³. Esta posibilidad de recurso estaría abierta a una minoría cualificada del Consejo o del Parlamento Europeo y a la Comisión, y sólo se podría interponer en los supuestos de inobservancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁹⁴. El Tribunal debería resolver el recurso en el plazo máximo de un mes. Los límites temporales (plazo para interponer el recurso y para resolverlo), materiales (motivos tasados por los que éste se puede interponer), y de legitimación activa (umbral mínimo de representantes en el Consejo y el Parlamento) perseguían evitar el abuso del recurso previo, para que no se utilizase como un mecanismo de boicot temporal de las disposiciones comunitarias por parte de aquéllos que no se encontrasen de acuerdo con su contenido⁹⁵.

No obstante, en mi opinión, las limitaciones temporales someterían al Tribunal comunitario a una considerable presión. Si a ello le unimos las escasas posibilidades de éxito de los recursos basados en la violación del principio de subsidiariedad, y las opciones que el recurso de nulidad ya ofrece a las instituciones, no creo que una reforma procesal de este tipo merezca la pena.

⁹¹ Informe del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros (Informe Lamassoure), de 24.4.2002, Doc. A5-0133/2002, pp. 26-27.

⁹² El momento de la presentación del recurso, una vez finalizado el procedimiento normativo, se justificaba porque con anterioridad el contenido del acto podía variar enormemente. Además, así se buscaba fomentar la «prudencia» por parte del Consejo y del Parlamento Europeo.

⁹³ La Resolución finalmente aprobada por el Parlamento Europeo se limita a hablar de «una sala» del TJCE «dedicada a las cuestiones constitucionales» (Resolución del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los EEMM [2001/2024 (INI)], DO C 180E/493, de 31.7.2003, § 42).

⁹⁴ Esto no prejuzgaría el derecho a cuestionar la legalidad de la normativa impugnada por cualquier otro de los procedimientos previstos en el derecho originario.

⁹⁵ En la doctrina española, distintos autores se han manifestado tanto a favor como en contra de este recurso previo. Ver, p. e., a favor J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los EEMM: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», en *R.D.C.E.*, n.º 12, mayo-agosto 2002, pp. 383-384; y en contra J. Díez-Hochleitner, «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, 2003, p. 77.

27. Con estos antecedentes, el Grupo de trabajo sobre subsidiariedad se planteó la articulación de un recurso previo, al estilo del ya previsto en el art. 300 (6) TCE para los tratados internacionales, que permitiese al TJCE —o a una sala especial creada en el seno del mismo para estos casos— pronunciarse, antes de la entrada en vigor del acto normativo, sobre las alegaciones de violación del principio de subsidiariedad realizadas por un Parlamento nacional. Sin embargo, desde el principio se descartó la institución de un recurso previo (entre la adopción del acto y su entrada en vigor), porque «la introducción de un control jurisdiccional en la fase legislativa equivaldría a hacer que el control de la subsidiariedad perdiera su carácter eminentemente político», y porque no parecía coherente que el control de la subsidiariedad se realizase en una fase distinta a la del control del respeto a otros principios como el de atribución o el de proporcionalidad⁹⁶.

Se optó entonces por ampliar el derecho a recurrir ante el TJCE por violación del principio de subsidiariedad. El nuevo recurso se vinculaba al mecanismo de alerta rápida, ya que, en las redacciones iniciales del proyecto de Protocolo, sólo los Parlamentos nacionales (o incluso una cámara de éstos, en los sistemas bicamerales) que hubieran emitido un dictamen motivado, denunciando la violación del principio de subsidiariedad, estarían legitimados para interponer el mencionado recurso⁹⁷. Sin embargo, en el debate que siguió a la presentación de esta propuesta, numerosos convencionales cuestionaron la pertinencia de este vínculo⁹⁸, mientras que otros plantearon que la concesión de legitimación activa directa a los Parlamentos nacionales podía romper la unidad de la representación del Estado ante el Tribunal⁹⁹.

⁹⁶ Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, p. 9.

⁹⁷ Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, pp. 7-8.

⁹⁸ Se argumentó que este sistema incentivaba la presentación de dictámenes motivados por parte de los Parlamentos nacionales, con el único fin de no perder el derecho a recurrir ante el TJCE. También se arguyó que «un texto, respetuoso del principio de subsidiariedad en el momento de su presentación, podía no serlo al término del proceso legislativo» (Doc. CONV 331/02, de 11.10.2002, p. 8).

⁹⁹ En efecto, de haber prosperado esta propuesta, hubiera sido posible encontrar a dos representantes del mismo EM (por un lado, el representante del gobierno y, por otro lado, el del Parlamento nacional) participando con posiciones opuestas ante el TJCE (Doc. CONV 331/02, de 11.10.2002, p. 9). Para algún autor, sin embargo, «the whole point of the Convention proposals is that national parliaments and national governments may have differing interests, warranting separate inputs into

28. Estas objeciones explican la dulcificación del texto finalmente retenido en el art. 8 del nuevo Protocolo aprobado por la Convención, y a la postre por la CIG. En esa última versión, serán los EEMM, y no sus Parlamentos nacionales, quienes continúen gozando de la legitimación activa en el recurso de nulidad para cuestionar la validez de las normas comunitarias por violación del principio de subsidiariedad. El nuevo Protocolo se limita a estimular a los EEMM para que establezcan los mecanismos adecuados en su derecho interno, de manera que los Parlamentos nacionales, o una cámara de los mismos, puedan interponer el mencionado recurso a través de la representación estatal¹⁰⁰. Además, el recurso ante el Tribunal se limita a los «actos legislativos»¹⁰¹, al igual que ocurría con el ámbito de aplicación del mecanismo de alerta rápida, aunque se elimina cualquier vinculación entre la emisión de dictámenes motivados y el derecho a la presentación de dicho recurso.

La redacción final queda por tanto muy descafeinada y, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no aporta gran novedad. En efecto, nada

the Union legislative process» (M. DOUGAN, «The Convention's Draft Constitutional Treaty: Bringing Europe closer to its Lawyers?», en *E.L.Rev.*, vol. 28, n.º 6, 2003, p. 768). En la misma línea, ver J. KOKOTT/A. RÜTH, «The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: Appropriate Answers to the Laeken Questions?», en *C.M.L.Rev.*, vol. 40, n.º 6, 2003, p. 1335.

¹⁰⁰ Aunque no queda muy claro, de la redacción del art. 8 del Protocolo parece deducirse que los EEMM gozan de discrecionalidad para decidir si implantan este mecanismo en su derecho interno y, en su caso, que pueden establecer los condicionantes que estimen oportunos para su puesta en práctica.

¹⁰¹ Aunque no se diga explícitamente en el TC, entiendo que el recurso previsto en el art. 8 del Protocolo no limita la capacidad de los EEMM, ni de las instituciones europeas, en relación con las demás posibilidades de recurso previstas en el derecho originario. Tanto el art. 11 (3) del TC, como el art. 1 del Protocolo, establecen la obligación de las instituciones de respetar el principio de subsidiariedad en términos generales, sin limitarlo a la actividad legislativa de la Unión, es decir, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación los actos ejecutivos de la misma. Por tanto, todo acto comunitario, independientemente de su naturaleza, deberá respetar el art. 11 (3) del TC, al igual que cualquier otra disposición del derecho originario, o será susceptible de ser impugnado ante el TJCE. Los trabajos preparatorios demuestran que el art. 8 del nuevo Protocolo se elaboró como una «ampliación del derecho a recurrir al Tribunal de Justicia» (Doc. CONV 286/02, de 23.9.2002, p. 7), y en consecuencia, en ningún caso puede interpretarse que, al indicar que «las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo», el art. 11 (3) del proyecto de tratado constitucional excluye otras posibilidades de control judicial no previstas en el mencionado Protocolo.

impedía en el pasado que un EM estableciese mecanismos en su derecho interno para permitir que el Parlamento nacional, o una de sus cámaras, utilizaran la representación estatal ante el TJCE para la interposición de un recurso de nulidad por violación del principio de subsidiariedad. Por si quedase alguna duda, el proyecto de Protocolo deja claro que el recurso seguirá el procedimiento previsto en el art. III-365 del TC, es decir, el procedimiento ordinario del recurso de nulidad, que se encuentra a disposición de los EEMM para cuestionar la validez de los actos comunitarios por cualquier otro motivo.

A pesar de todo, es preciso reconocer que este estímulo para el establecimiento de nuevos mecanismos que aumenten el protagonismo de los Parlamentos nacionales ante el TJCE, puede provocar reformas en los sistemas constitucionales de los EEMM que permitirán la creación de fórmulas de participación que hasta ahora no existían.

29. La otra innovación en el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad se refiere a la ampliación de la legitimación activa en el recurso de nulidad al Comité de las Regiones, en relación con aquellos «actos legislativos europeos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta». Aunque no se indique expresamente, se deduce del contexto que esta legitimación se refiere únicamente a los supuestos de violación del mencionado principio de subsidiariedad.

Esta ampliación del derecho a recurrir ante el Tribunal es también la más prudente de todas las opciones barajadas para otorgar un mecanismo judicial de defensa de sus competencias a las regiones. El mandato del Grupo de trabajo sobre subsidiariedad incluía el estudio de la ampliación del recurso de nulidad a las «entidades constitucionales cuyas competencias legislativas puedan verse menoscabadas»¹⁰². Sin embargo, a pesar de que se trataba de una reivindicación tradicional de muchas de las regiones con un importante poder político en los EEMM más descentralizados, desde el comienzo de las negociaciones se constató que esta posición era minoritaria entre los convencionales, ya que ponía en entredicho la igualdad de trato entre los EEMM en el acceso al TJCE¹⁰³. Conviene recordar

¹⁰² Doc. CONV 71/02, de 30.5.2002, p. 6.

¹⁰³ Aunque se intentó hasta el final, las enmiendas tendentes a incluir a las regiones entre los legitimados para la presentación del recurso de nulidad por violación del principio de subsidiariedad fueron siempre derrotadas, a pesar de contar con un considerable apoyo (Doc. CONV 610/03, de 12.3.2003, p. 7).

que muchos EEMM carecen de esa división territorial (en regiones), o se organizan sobre la base de un sistema político fuertemente centralizado, en el que las entidades subestatales adolecen de verdaderos poderes legislativos.

La extensión de la legitimación activa ante el TJCE al Comité de las Regiones en relación con el principio de subsidiariedad es también prudente en cuanto a su ámbito de aplicación. En primer lugar, se limita a los actos de naturaleza legislativa. En segundo lugar, se reduce a aquellos actos normativos para cuya adopción se requiera la consulta preceptiva de este órgano. Esto puede evitar que regiones con competencias legislativas autónomas utilicen al Comité de las Regiones para cuestionar la legalidad de actos comunitarios que inciden sobre sus competencias, pero cuya adopción no precisa la consulta a este órgano.

Por último, la heterogénea composición del Comité de las Regiones plantea algunas dudas sobre la coherencia de su actuación ante el Tribunal con esta nueva posibilidad de recurso. Quizás, el deseo compartido por la generalidad de sus miembros de reforzar el protagonismo de este órgano en el procedimiento decisorio comunitario, pueda facilitar la generación de consensos para plantear recursos ante el TJCE, cuando una minoría de dichos miembros lo solicite.

30. El nuevo Protocolo refuerza claramente el control judicial de la aplicación del principio de subsidiariedad¹⁰⁴. Al menos desde un punto de vista cuantitativo, se incrementan las posibilidades de plantear recursos ante el TJCE.

A pesar de ello, cabe albergar muchas dudas sobre el efecto real de estas innovaciones, habida cuenta de que las condiciones de fondo para la revisión del respeto a dicho principio no se han alterado. Las nuevas obligaciones procedimentales, referentes a las consultas previas, a la transmisión de información y, sobre todo, a la motivación de los actos, deberán observarse escrupulosamente, o alguno de los numerosos ojos que vigilan el proceso podrá plantear un recurso ante el Tribunal. Pero lo lógico es pensar que la Comisión y las demás instituciones comunitarias cumplirán ordinariamente esas obligaciones, y que el verdadero debate se planteará, como hasta ahora, en términos políticos, es decir, en relación con

¹⁰⁴ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El proyecto de Constitución europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», en *R.D.C.E.*, n.º 15, mayo-agosto 2003, pp. 552-553.

la conveniencia o la intensidad de la intervención comunitaria en un determinado terreno. Sin embargo, para estas últimas cuestiones, el control judicial continúa siendo poco adecuado.

IV. CONCLUSIONES

31. El nuevo Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad adopta una actitud marcadamente distinta a la del Protocolo actualmente vigente. Este último se afanó en un vano intento de proporcionar a las instituciones y, probablemente al TJCE, criterios más o menos objetivables para poder evaluar el grado de respeto a dicho principio por parte de la Comunidad. Al margen de las obligaciones formales, tal esfuerzo se demostró baldío en la práctica, ya que el principio de subsidiariedad tiene una naturaleza política, y su respeto sólo puede juzgarse en concreto sobre la base de una decisión política, casi siempre discutible.

Partiendo de una mayor experiencia comunitaria en la aplicación del principio, tanto en lo que se refiere a las instituciones participantes en el procedimiento normativo, como en lo que respecta al limitado control judicial de su cumplimiento, el nuevo Protocolo pone el acento en la negociación política previa a la adopción de los actos normativos, para proporcionar un cauce adicional de expresión a los intereses estatales a través de la participación de los Parlamentos nacionales. Si ante un proyecto normativo éstos no protestan mediante el dictamen motivado, los anti-europeístas, que acusaban a la Unión de apropiarse competencias internas en contra de los deseos de los ciudadanos, perderán uno de sus principales argumentos. Además, la participación de los Parlamentos nacionales puede enriquecer el debate normativo, permitiendo a la Comisión conocer mejor los intereses en juego.

Ahora bien, el precio pagado por estos beneficios puede ser alto. Si las instituciones comunitarias no consiguen conducir hacia el consenso las aportaciones de los Parlamentos nacionales, lo que resultará complejo en una Europa de veinticinco o más miembros, el mecanismo puede generar un efecto boomerang contra el propio procedimiento normativo comunitario. Tal sería el caso si la Unión acabase teniendo que luchar contra los intentos de deslegitimación procedentes de los Parlamentos nacionales descontentos.

32. Por lo que se refiere al control judicial del cumplimiento del principio de subsidiariedad, a pesar de la ampliación de la legitimación activa en el recurso de nulidad, no se vislumbran novedades realmente significativas¹⁰⁵. En la práctica, la actitud del Tribunal de Justicia no puede sino seguir siendo prudente, limitándose al control de la motivación de los actos y de las obligaciones procedimentales de las instituciones, sin sustituir el juicio de oportunidad del legislador comunitario. Al eliminar la prolija relación de criterios que pueden servir para evaluar el cumplimiento del principio, y poner el acento en los procedimientos durante la fase política, el nuevo Protocolo confirma el papel limitado del control judicial en este contexto.

33. En realidad, la dimensión estelar del principio de subsidiariedad en la Convención, que justificó la creación de un Grupo de trabajo específico sobre el tema, se debe probablemente a una confusión sobre su dimensión jurídica. Algunos parecen olvidar que dicho principio rige el «ejercicio» de las competencias de la Unión, y no la «delimitación de competencias con los EEMM», y que la decisión sobre el nivel óptimo de gobierno para adoptar una decisión no puede objetivarse. En consecuencia, considero que el debate jurídico sobre la subsidiariedad se encuentra *sobredimensionado en el proceso de integración europeo*.

THE REGULATION OF THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE IN THE CONSTITUTIONAL TREATY: MIRAGE AND REALITY

ABSTRACT: This article analyses the new regulation of the subsidiarity principle in the European Constitutional Treaty. In order to do, the author first explains the present rules applicable to that principle in the EC Treaty and in the Protocol on subsidiarity introduced by the Treaty of Amsterdam, together with the use and interpretation of the principle made by the institutions. In this framework, special

¹⁰⁵ Por supuesto, no pretendo minusvalorar la importancia política, y la mejora en términos de legitimidad democrática, que supone el hecho de que un Parlamento nacional tenga la oportunidad de cuestionar ante el TJCE una norma comunitaria, en los casos en que no esté de acuerdo con el criterio de su gobierno, aunque lo lógico sería pensar que esta situación resultará muy excepcional. Lo que aquí pretendo poner de manifiesto es que ese recurso tiene unas posibilidades de éxito muy escasas, y además centradas en los aspectos formales de la adopción del acto legislativo.

attention is paid to the role played by the Court of Justice in the control of its observance. In the second place, this contribution studies the debate that preceded the Convention charged with the task of preparing the draft Constitutional Treaty, in which the reform of the principle of subsidiarity was given undue importance. Finally, this article examines the «early warning system» introduced in the new Protocol on subsidiarity annexed to the Constitutional Treaty, and the enlargement of the legitimacy to challenge Community acts before the Court for non-compliance of subsidiarity. In this context, it is submitted that the new Protocol strengthens political negotiation before the adoption of Community legislation. The participation of national Parliaments may enrich the normative process, and euro-sceptics will lose some of their arguments about lack of legitimacy and democratic deficit. However, this new procedure of political control brings with it important dangers such as the possible generation a boomerang effect against the European legislative process if the Union ends up fighting the delegitimation attempts by discontent national Parliaments, unused to this advisory function. On the other hand, the ECJ will continue to perform a prudent and limited role in the judicial control of the subsidiarity principle as a consequence of its political nature.

LA RÉGULATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ DANS LE TRAITÉ CONSTITUTIONNEL: MIRAGES ET RÉALITÉS

RÉSUMÉ: Cet article analyse la nouvelle régulation du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel européen. L'auteur explique d'abord les règles actuelles applicables à ce principe dans le traité CE et dans le protocole sur la subsidiarité introduit par le traité d'Amsterdam. Il étudie aussi l'usage et l'interprétation dudit principe faits par les institutions, en accordant une attention spéciale au contrôle de son observance exercé par la Cour de justice. Postérieurement, cette contribution rend compte du débat qui a eu lieu avant la Convention chargée de rédiger le traité constitutionnel, où un rôle excessivement important a été donné à la réforme du principe de subsidiarité. Finalement, cet article examine le «système d'alerte rapide» introduit par le nouveau protocole sur la subsidiarité annexé au traité constitutionnel et l'élargissement de la légitimité pour questionner les actes communautaires devant la Cour de Justice, dans les cas de non-respect de la subsidiarité. Dans ce contexte, l'auteur considère que le nouveau protocole renforce la négociation politique avant l'adoption de la législation communautaire. La participation des parlements nationaux peut enrichir le procès normatif, et les eurosceptiques perdront quelques-uns de leurs arguments sur le manque de légitimité et le déficit démocratique. Pourtant, cette nouvelle procédure de contrôle politique comporte des dangers importants : elle peut générer un effet boomerang à l'insu du procès législatif européen si à la fin l'Union se voit obligée de lutter contre les essais de délégitimation des parlements nationaux contrariés, qui ne sont pas habitués à cette fonction consultative. D'autre part, la Cour de Justice continuera à développer un rôle prudent et limité dans le contrôle judiciaire du principe de subsidiarité, en raison de la nature politique dudit principe.

