

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTRUCCION DE LA UNION EUROPEA (*)

JOSE M. DE AREILZA CARVAJAL

«When I use a word», Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, «it means just what I chose it to mean —neither more nor less».

«The question is», said Alice, «whether you *can* make words mean so many different things».

«The question is», said Humpty Dumpty, «which is to be master —that's all».

LEWIS CARROLL,

Through the Looking Glass, and what Alice saw there,

1871:

SUMARIO: I. LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: 1. *La expansión de la jurisdicción comunitaria*. 2. *Antecedentes del principio de subsidiariedad*. 3. *El Tratado de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*.—II. LA BATALLA POR LA INTERPRETACIÓN Y EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: 1. *Un límite político simple*. 2. *Un límite político elaborado (con cambios institucionales)*. 3. *Un límite político elaborado (sin cambios institucionales)*. 4. *Un límite jurídico a través de la interpretación del principio por el Tribunal de Justicia (un control mínimo o un control estricto): a) Un control mínimo; b) Un control estricto*.—III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS DE DESARROLLO DEL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DEMOCRÁTICO.

I. LA INTRODUCCION DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

A partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el desarrollo constitucional de la Unión debe inspirarse en el principio de subsidia-

(*) Una versión anterior de este artículo fue presentada el 31 enero de 1995 en el seminario con el mismo título organizado en Madrid por la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales y publicada en su serie «Papeles de la Fundación». Agradezco a los participantes en dicho seminario sus comentarios y críticas, así como las observaciones que sobre mi investigación en torno al principio de subsidiariedad me han hecho en distintas ocasiones David Kennedy, Francisco Rubio Llorente y Joseph Weiler. Las imperfecciones y los errores de este texto son sólo míos.

riedad. La formulación más general de la subsidiariedad, que la unidad mayor no debe hacer lo que la unidad menor hace mejor, es ciertamente ambigua. Prueba de ello, la profusión de interpretaciones sobre el principio que ha producido el debate de estos últimos años sobre su significado y aplicación.

Algunos autores han querido ver en este nuevo principio un límite estricto a la centralización comunitaria a través de la presunción a favor de la acción de la unidad menor (el Estado) frente a la intervención de la Comunidad. Con frecuencia esta lectura horizontal se ha combinado con la interpretación de la subsidiariedad en sentido vertical, como regla limitativa o moderadora de toda intervención pública, de cualquier nivel que venga, para permitir una mayor espontaneidad social. Otros autores han visto en el principio un mandato para acercar las instituciones comunitarias a los ciudadanos, no necesariamente a través de una reforma democrática de instituciones en un sentido estatiforme, y con gran divergencia de opiniones sobre si la reforma institucional en nombre de la subsidiariedad habría de resultar en una Comunidad más federal o más descentralizada.

Asimismo, muchos autores han entendido el principio como el reconocimiento de la competencia general que de hecho goza hoy la Comunidad a la hora de definir su campo de actuación. La subsidiariedad confirmaría la tendencia centralizadora y federal presente de la integración europea, consagrando como principio constitucional la imprescindible flexibilidad en la distribución de poderes entre la Comunidad y los niveles de gobierno inferiores.

El debate presenta opiniones aún más variadas cuando se centra en la cuestión de si estamos ante un principio político o ante una norma imperativa. Al haberse incorporado la subsidiariedad en la parte normativa del Tratado, será crucial la futura interpretación del artículo 3B por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, dado que en el plano jurídico cabe entender esta cláusula de muchas maneras, concederle más o menos valor jurídico y, por tanto, hacer que sirva más o menos como límite a la centralización comunitaria.

En general, se puede afirmar que la mayoría de los participantes en este debate, tras intentar en vano descubrir la *esencia* de la subsidiariedad, acaban eligiendo un intérprete último del principio, el actor comunitario que les parece más autorizado, y la discusión se desplaza de indagar qué significa el principio a justificar quién debe decidirlo.

En este ensayo no caeremos en esta tentación. Dejaremos a un lado la estéril búsqueda en el vacío de la *esencia* del principio y analizaremos a cambio el contexto histórico, político y jurídico en el que el principio aparece y las propuestas de desarrollo del mismo que se han hecho hasta ahora. Después, seremos abiertamente normativos a la hora de proponer usos y empleos de la

subsidiariedad. Lo que guiará esta última reflexión será el intento de saber qué formulación del principio puede servir para solucionar los problemas de legitimidad que sufre la Comunidad en nuestros días.

En efecto, los años noventa están siendo el momento en el que se advierten las consecuencias revolucionarias en el plano constitucional de la evolución jurídica y política de la Comunidad Europea desde los años cincuenta. En los tiempos en los que la acción comunitaria se limitaba a la administración de un régimen común sobre el carbón y el acero, era menos problemático que se desarrollasen los «rasgos supranacionales» de la Comunidad (en una enumeración rápida, la toma de decisiones por mayoría en el Consejo, la independencia de los expertos nacionales y europeos en la formulación y ejecución de políticas comunitarias y el valor *quasi* federal del Derecho comunitario tras su constitucionalización por el Tribunal de Justicia).

Esta potencial evolución supranacional tenía repercusiones escasas en la vida política y democrática de los Estados miembros. Pero a medida que la Comunidad ha abandonado sus señas de identidad originales, de acuerdo con las cuales sólo tenía competencia en ámbitos limitados, las consecuencias son más serias para la vida colectiva de cada uno de los Estados miembros. Al fin y al cabo, la legislación comunitaria prevalece sobre la legislación nacional, se presume directamente aplicable por los jueces nacionales y es elaborada en un ámbito institucional con serias carencias democráticas, donde cada vez más decisiones finales se toman sólo por mayoría de los representantes nacionales en el Consejo.

La mutación de límites jurisdiccionales ha tenido lugar a lo largo de la historia de la Comunidad de un modo gradual y callado. Al abordar este estudio sobre cómo el principio de subsidiariedad ha sido introducido en la vida comunitaria y cómo podría servir para corregir excesos y definir límites, conviene empezar por hacer una referencia histórica a los mecanismos, los incentivos y los supuestos equilibrios institucionales que han permitido el desarrollo imparables y silencioso de la jurisdicción comunitaria.

1. *La expansión de la jurisdicción comunitaria*

De competencias limitadas a competencia general de hecho

Con frecuencia, cualquier reflexión sobre los poderes de la Comunidad Europea comienza afirmando que ésta no tiene poderes originarios, sino derivados, y refiriéndose a la delegación de los Estados miembros a la Comunidad como la técnica jurídica que ha permitido dotar a la Comunidad de poderes su-

ficientes para realizar progresivamente los objetivos de integración (1). Los tratados comunitarios contendrían esta delegación de poderes nacionales y serían a la vez fuente de habilitación y límite a la acción de la Comunidad.

Pero a esta visión formal y estática hay que forzosamente añadirle la explicación de cómo se han interpretado política y jurídicamente en el seno de las instituciones comunitarias, cuáles son los poderes de la Comunidad a medida que el proceso de integración económica ha avanzado. De modo progresivo, los tratados han sido leídos para permitir que la acción comunitaria se expandiese a nuevos ámbitos sin necesidad de reformar su texto.

Los tratados contienen disposiciones que regulan el ritmo de la acción comunitaria en este sentido, estableciendo períodos transitorios o etapas para la realización de distintas políticas. Pero, en su mayor parte, la lectura expansiva de los tratados no se ha apoyado tanto en el texto de los mismos como en una interpretación teleológica de los poderes comunitarios y una teoría generosa de los poderes implícitos de la Comunidad.

De hecho, los tratados no contienen una lista de poderes de la Comunidad y otra de poderes reservados a los Estados. Los tratados atribuyen a la Comunidad una serie de tareas y de poderes a veces muy generales, a veces muy específicos, para conseguir unos objetivos que a su vez son medios para realizar objetivos más lejanos (2). La lectura teleológica de los poderes de la Comunidad se hizo con tal rotundidad, que, tras los primeros pasos del proceso de integración, se empezó a entender la división de poderes entre Comunidad y Estados como carente de valor en sí misma y subordinada a la necesidad de alcanzar los objetivos comunitarios (3).

(1) Cfr., por ejemplo, la explicación del principio de *competence d'attribution* que hace R. KOVAR en «*Competences des Communautés Européennes*», *Juris-Classeurs*, Editions Techniques, Europe Fasc., 1990, 420, 1/01, 213; J. V. LOUIS en «*Quelques réflexions sur la repartition des compétences entre la Communauté Européenne et ses Etats membres*», *Revue d'Intégration Européenne*, 3, 1979, Canadá, 355; A. TIZZANO, en «*Las competencias de la Comunidad*», *Treinta años de Derecho Comunitario*, Perspectivas Europeas, Comisión de las Comunidades, Europeas, 1984, pág. 45.

(2) Cfr. los artículos 2 y 3 del Tratado CEE, sobre objetivos, y su relación con los objetivos del preámbulo («una unión cada vez más estrecha...»).

(3) La expansión de la jurisdicción comunitaria se articuló jurídicamente a través de una lectura teleológica de los poderes de la Comunidad por parte de todos los actores principales de la política y el derecho comunitarios, junto con la elaboración institucional y jurisprudencial de una generosa teoría de poderes implícitos. Además de los poderes no escritos apuntados por primera vez en el célebre caso ERTA, en el que el Tribunal define la doctrina de poderes implícitos comunitarios (cfr. asunto 22/70, ECR 263), el artículo 235 fue usado frecuentemente durante los setenta para ampliar las competencias comunitarias. El artículo 235 es la cláusula elástica o de poderes subsidiarios del Tratado CEE que codifica la clásica doctrina de poderes implícitos. Sin embargo, los límites de lo que se puede hacer en nombre del artículo 235 han sido los propios ob-

Tal vez la mejor manera de describir la evolución de los poderes comunitarios hasta la firma del Acta Unica Europea en 1986 es pensar en una transferencia implícita y continua de poderes a la Comunidad. A mediados de los

jetivos del Tratado. Como límites resultan ambiguos: los objetivos de la Comunidad no restringen la acción comunitaria, sino que la abren a nuevos campos. Cfr. I. SCHWARTZ, «Article 235 and Law-making Powers in the European Community», *International and Comparative Law Quarterly*, 1978, 614, 619; J. USHER, «The Development of Community Powers after the Single European Act», en R. WHITE y B. SMYTHE (eds.), *Current Issues in European and International Law. Essays in Memory of Frank Downton*, Sweet and Maxwell, 1990, 5. Usher ilustra el fenómeno crecimiento de la jurisdicción comunitaria con el ejemplo de la política de protección al medio ambiente:

«It is well known that in fact the Community has been enacting environmental legislation ever since political agreement to that end was reached by the representatives of the governments of the Member States meeting in Council in March 1973. Such environmental legislation was generally enacted under one or both of Articles 100 and 235 EEC. Whilst the protection of the environment nowhere appears as an express objective of the original EEC Treaty, its recitals refer to the improvement of the living and working conditions of the peoples of the Member States, and Article 2 refers to an accelerated raising of the standard of living. Whilst the innocent reader might be forgiven for thinking that these represent economic ideals, once a policy decision had been taken to enact Community environmental legislation, they were linked to a statement in the recitals to such legislation as to the need to improve the "quality of life".»

Usher también denuncia con cierta alarma el uso del 235 para crear el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en 1975 y el uso del artículo 100 para desarrollar medidas de protección a la salud y de seguridad en el trabajo, 11. [Cfr. asimismo por USHER, «The gradual widening of EEC policy, particularly on the basis of articles 100 and 235 EEC Treaty», en J. SCHARWZE y H. SCHERMERS (eds.), *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Nomos, 1988, 25, donde abunda en su crítica a la desnaturalización y empleo masivo del artículo 235.]

Para un análisis cuantitativo del uso del artículo 235 antes y después de 1972, cfr. J. WEILER, *El Sistema Comunitario Europeo*, 1985, 195. Cfr. también F. TSCHOFEN, «Article 235 of the Treaty Establishing the European Community: Potential Conflicts Between the Dynamics of Lawmaking in the Community and National Constitutional Principles», *Michigan International Law Journal*, 12, 3, Primavera 1991, 471-509, 474-477, donde se explica este cambio de actitud:

«Prior to 1973, Community legislation only relied on article 235 as a legal basis for provisions regarding trade in processed agricultural products and uniform customs union legislation. But following the political decision made in 1972 in Paris by the Heads of State and Government of the EEC Member States to apply article 235 more broadly, there has been a remarkable increase in regulatory measures based on this article. As a result of this shift in policy, decisions and regulations regarding free movement of workers, free exercise of a trade or a profession, energy, scientific research, social policy and regional policy were increasingly enacted on the basis of article 235. These were followed by measures concerning the social security of self-employed persons, environmental protection, coordination of national monetary policies and, increasingly, projects in various fields of research» ... «prior to the entry into force of the SEA in 1987, more than 200 acts relating to environmental protection issued on the basis of articles 100 and 235 laid the foundation for the formation of a very specific Community environmental policy».

Cfr., por último, el célebre caso ERTA, en el que el Tribunal define la doctrina de poderes implícitos comunitarios, 22/70, ECR, pág. 263.

ochenta, se podía afirmar que la Comunidad había ido más allá del modelo original de delegación de competencias. Ni siquiera la idea de que muchos de estos poderes eran delegados de forma implícita servía para explicarla en la práctica competencia general de la Comunidad. El juez europeo Koen Lenaerts escribía al final de esa década:

«Simplemente, no hay un núcleo de soberanía que los Estados miembros pueden invocar, como tal, frente a la Comunidad» (4).

La participación de los gobiernos nacionales y las instituciones comunitarias en el crecimiento jurisdiccional

Veamos algunas explicaciones de por qué fue posible la mutación de límites competenciales a través de esta lectura teleológica. Parece claro que los responsables de esta mutación habrían sido las propias instituciones comunitarias. Joseph Weiler ha explorado con especial acierto este fenómeno, preguntándose qué mecanismo institucional permitió el crecimiento de la jurisdicción comunitaria sin necesidad de reformar los tratados y sin que ello provocase encendidos debates nacionales (5). El autor mencionado señala que de 1966 a 1985 la gran mayoría de las decisiones de la Comunidad se tomaron respaldadas por el consenso de los todos Estados miembros, gracias a la vigencia e interpretación expansiva del compromiso de Luxemburgo (1966), que permitía el bloqueo por un Estado miembro de cualquier decisión comunitaria, también sobre aquellas referidas a la expansión de competencias. En el Consejo, cada gobierno nacional tenía la última palabra sobre cada decisión que tomaba la Comunidad. El control final de cada Estado miembro sobre el crecimiento jurisdiccional comunitario habría evitado el problema de la aceptación nacional de esta expansión continua. De este modo, el desarrollo federal de la esfera jurídica comunitaria, en términos competenciales y jurídico-doctrinales, habría sido posible gracias al control político (y no *a pesar del control*) que en última instancia ejercían todos y cada uno de los Estados miembros sobre la toma de decisiones comunitaria.

Conforme a la explicación de Weiler, hasta mediados de los ochenta, la Co-

(4) K. LENAERTS: «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *The American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, pág. 220.

(5) Weiler sugiere que el impacto político de la constitucionalización de los tratados por el Tribunal de Justicia no fue entendido por los estudiosos de la Comunidad desde el punto de vista de la ciencia política, sin embargo, los gobiernos nacionales sí entendieron este fenómeno y tomaron medidas ante ello. Véase J. WEILER, «The transformation of Europe», *100 Yale Law Journal*, 2403, 1991.

munidad podría entenderse como un peculiar sistema federal en el que, al fortalecer el centro, se fortalecía a la periferia. La ruptura de la garantía jurídica de que la Comunidad tenía poderes limitados estaba compensada por la garantía política de que en el Consejo no había crecimiento competencial sin la unanimidad de los representantes de los Estados miembros. De este modo, coincidiendo con la vigencia de la regla de unanimidad, por la que cada Estado miembro controlaba el Consejo, la jurisdicción comunitaria creció extraordinariamente. Los gobiernos nacionales habrían encontrado incentivos para lograr la unanimidad en el Consejo, ya que desde Bruselas se podían decidir medidas impopulares o difíciles de ser aprobadas en las capitales nacionales.

A la explicación de Weiler hay que añadir que, si bien la crisis económica de los setenta indudablemente provocó una ola de proteccionismo que afectó a la cohesión entre los Estados miembros de la Comunidad y al propio proyecto de integración (6) (habitualmente los setenta se conocen en la literatura comunitaria como un período de estancamiento o «*lourdeur*» institucional), sin embargo, el crecimiento en estos años de la jurisdicción comunitaria muestra cómo los gobiernos nacionales también intentaron resistir desde la Comunidad las incertidumbres políticas y económicas de la nueva situación internacional y los primeros síntomas del fracaso del Estado del bienestar, dando, por ejemplo, los primeros pasos en materia de política monetaria común o de política comunitaria de la energía.

Es más, en los setenta empezó a cambiar la manera de entender por parte de los gobiernos nacionales la relación de la Comunidad con sus Estados. En medio de la incertidumbre económica, los Estados miembros progresivamente aceptaron una definición muy amplia del programa de armonización comunitario, que había de completar con medidas de integración positiva o de armonización la integración negativa o supresión de barreras a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Al menos desde un punto de vista teórico, se reconocía que el objetivo de lograr un mercado común no se realizaría sin condiciones similares para la actividad económica en los diversos Estados miembros y que dichas condiciones se lograrían sobre todo a través de legislación y medidas comunitarias que sustituyesen a instrumentos nacionales. Potencialmente, se trataba de una tarea reguladora formidable, dada la intervención de cada Estado de forma continua en todas las áreas de la economía y la vida social. La mayoría de las medidas nacionales no idénticas a

(6) Cfr. los dos ensayos de PAUL TAYLOR, «Inter-governmentalism in the EC Communities in the 1970's: Patterns and Perspectives», *International Organization*, 36, 4, otoño 1982, y «The nation-state in the European Communities: superficial realities and underlying uncertainties», *International Journal*, XXXIX, verano 1984.

medidas del mismo tipo en otros Estados podrían ser entendidas como potencialmente limitadoras del comercio intracomunitario y, por tanto, susceptibles de requerir armonización comunitaria.

Así, a lo largo de los setenta, dada la interpretación extensiva que se hizo de las necesidades reguladoras de la Comunidad, cambiantes y crecientes, supestandamente requeridas por el proyecto de realizar un mercado común, empezó a ser muy difícil hacer una enumeración *a priori* de los poderes de la Comunidad, determinar sus límites materiales o precisar hasta dónde podrían llegar los efectos de la primacía de la legislación comunitaria sobre la nacional (7).

Pero no sólo el Consejo, sino todas las instituciones políticas de la Comunidad, fueron en conjunto responsables de la erosión de la limitación original de poderes, ya que todas contribuyeron a esta lectura expansiva de hasta dónde llegaba la competencia comunitaria.

Por ejemplo, dada la necesidad de lograr la unanimidad en el Consejo, la Comisión durante esta época tuvo que utilizar su forzosamente mermado poder de iniciativa muy en conexión con los deseos de todos los Estados miembros. Así, siempre que hubo posibilidad de conseguir el consenso de los Estados en torno a un objetivo o alrededor de una propuesta, la Comisión intentó desarrollar esa línea de actuación, sin preocuparse excesivamente de encontrar una habilitación jurídica específica en los tratados.

El Tribunal de Justicia nunca declaró una medida o acción comunitaria «fuera de límites» o *ultra vires*, manteniendo en el plano teórico la idea de delegación de poderes y dando, sin embargo, cobertura jurídica a la ausencia de límites jurídicos a la expansión de las competencias comunitarias. El Tribunal aprovechó las delimitaciones cada vez más amplias de la jurisdicción comunitaria que hacían las instituciones políticas para elaborar doctrinas legales sobre

(7) Cfr. N. M. HUNNINGS, «The Future of Community Law», *Federal Solutions to European Issues*, 1989, 56, el cual describe la expansión de la legislación comunitaria en estos términos:

«... Since the late 1960's a major qualitative change has taken place. Using harmonisation of standards and freedom of establishment as its standard-bearers, the Commission has now pushed through the Council laws on banking, insurance, doctors, taxation, company law, sex discrimination, civil procedure, patent law; it has introduced or is planning legislation on trade marks, bankruptcy, private international law, stock exchange transactions, unfair competition and trade practices, consumer protection, criminal investigations, protection of the environment, labour relations, worker participation in industry, social welfare, advertising, lawyers, architects, the law of the sea. In other words, the Community has now entered a phase in which it is ready to involve itself in any and every branch of law. It is no longer wise to do what so many legal practitioners have done and ignore Community law 'because it only has to do with commercial law'. It is becoming of direct concern to the ordinary citizen and not just the trader»

poderes implícitos (8) y afirmar mediante una interpretación teleológica la inexistencia de límites jurídicos materiales a los poderes de la comunidad, imitando a otros tribunales constitucionales o supremos de sistemas federales que han ido progresivamente dejando que sea el proceso político el que ponga límites a las competencias del poder central. Al principio de los sesenta, la jurisprudencia del Tribunal había establecido la validez cuasi federal o constitucional del ordenamiento jurídico comunitario (9) mediante la creación *ex nihilo* de las doctrinas de efecto directo y primacía, con la importante salvedad de que el propio Tribunal recalca que el derecho comunitario «ocupaba ámbitos limitados». Diez años después, el Tribunal prescindía de esta garantía constitucional de limitación de competencias.

La formación de comunidades de intereses

Además de la actitud de los gobiernos nacionales y de las instituciones comunitarias, podemos señalar además otra razón política con frecuencia olvidada para entender el crecimiento «silencioso» de la jurisdicción comunitaria (silencioso en el sentido de que en su momento no provocó un debate político semejante al ocurrido en otros procesos centralizadores o federales).

A medida que avanzaba el proceso de integración entre los cada vez más numerosos funcionarios europeos y nacionales y los *lobbies* de industrias y

(8) La doctrina de poderes implícitos a través de la cual el Tribunal hace una interpretación expansiva de los poderes comunitarios está bien ilustrada en los siguientes párrafos de dos importantes casos:

«The Court considers that without having recourse to a wide interpretation it is possible to apply a rule of interpretation generally accepted in both international and national law, according to which the rules laid down by an international treaty or a law presuppose the rules without which that treaty or law would have no meaning or could not be reasonably and usefully applied» (November 29, 1956, Case 8/55, *Federation Charbonniere de Belgique v. High Authority of the ECSC*, ECR 291);

«To establish in a particular case whether the Community has authority to enter into international commitments, regard must be had to the whole scheme of Community law no less than to its substantive provisions. Such authority arises not only from an express conferment by the Treaty, but may equally flow implicitly from other provisions of the Treaty, from the Act of Accession and from measures adopted, within the framework of those provisions, by the Community institutions» (14 July 1976, case 6/76, *Kramer*, ECR 1309)

(9) Este proceso de «constitucionalización» del Tratado a través de su interpretación judicial no se ha detenido todavía. Por ejemplo, el Tribunal, en su Opinión, 1/91, subrayó cómo «el Tratado CEE, aunque concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no obstante es la carta constitucional de una Comunidad basada en el respeto a la legalidad» (14 de diciembre de 1991, OJ C110, 29/4/1991, pág. 11).

multinacionales dedicados a la formulación, negociación y desarrollo de las políticas comunitarias, se fueron formando numerosas «comunidades de intereses», especializadas por áreas. Muchos *lobbies* ahorran costes de transacción al lograr desde Bruselas que una medida comunitaria sustituyera a nueve nacionales. Muchos funcionarios nacionales «no perdían poder» al favorecer la expansión a nuevos campos de la normativa comunitaria, ya que podían utilizarla en su provecho como si se tratase de una franquicia una vez asentado, desde un punto de vista jurídico, el valor superior y la presunción de aplicabilidad directa de la legislación europea frente a la nacional.

Para entender este fenómeno comunitario de dominación de burócratas y de intereses especiales, algo que ocurre también en los ámbitos nacionales pero no de forma tan destacada, es importante recordar que la mayor parte de la intervención europea no ha estado basada en el gasto, sino en la regulación (10). Así, el cambio histórico a finales de los setenta por el que se modifica el papel de las administraciones públicas y en vez de intentar sustituir al mercado, la regulación estatal se dirige a corregir sus fallos, favoreció que cada vez se utilizase más la posibilidad de regular desde la Comunidad. Las instituciones comunitarias y su capacidad reguladora ofrecían un nuevo terreno a los funcionarios nacionales para seguir actuando e interviniendo de una manera eficaz y decisiva, sin tener que preocuparse de límites presupuestarios o de estrictos controles políticos, jurídicos o sociales.

En efecto, en la Comunidad, el control jerárquico de la Comisión y Consejo sobre sus grupos de trabajo subordinados, en los que se prepara y negocia buena parte de la legislación, es menor que los mismos controles verticales en administraciones nacionales. Además, el proceso de formulación de políticas (y, por tanto, de delimitación de la jurisdicción comunitaria) se caracteriza por una ausencia de coordinación efectiva y una gran dispersión y una mayor informalidad y un menor control por parte de la opinión pública, los medios de comunicación, el parlamento o los partidos políticos que en el ámbito nacional. El impulso de las políticas nace con frecuencia en los grupos de asesoramiento de la Comisión, donde tienen una participación decisiva *lobbies* de industrias y multinacionales, expertos independientes y funcionarios nacionales. El desarrollo legislativo también está en manos de estos mismos actores a través de los laberínticos procedimientos de «comitología». El secretismo que rodea la toma de decisión en altos niveles (reuniones de la Comisión y del Consejo) es algo menor en los niveles bajos e intermedios de formulación, deliberación y

(10) Cfr. para una explicación detallada de las consecuencias de esta orientación, R. DEHOUSSE, «Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community», *Journal of Common Market Studies*, 30, 1992/4, págs. 383, 388.

desarrollo normativo, pero para que un ciudadano o una asociación pueda intervenir eficazmente en cualquiera de estos procesos supuestamente secundarios e influir en el contenido de las políticas tiene que disponer de grandes recursos.

La complejidad de la legislación comunitaria también ha ido progresivamente siendo mayor que la nacional, tanto por la dispersión y abundancia de procedimientos distintos como por el contenido muy técnico y especializado de la regulación referida al funcionamiento del mercado común (armonización de *standards*, requisitos mínimos para aproximación de legislaciones, instrumentos de defensa de la competencia, etc.) y por el aumento mismo del número de instrumentos reguladores que cada año produce la Comunidad y la velocidad con la que lo hace.

Las competencias comunitarias tras el Acta Unica

Con el Acta Unica Europea (1986) se consolidó y aceleró este proceso político que hacía que las iniciativas reguladoras fueran en una dirección, de los Estados miembros a la Comunidad. Una vez más, esto no ocurrió a través de la transferencia explícita de poderes.

Simplemente, tras la reforma de los tratados y la aceptación del Programa 1992, el supuesto control final por parte de cada Estado miembro mediante el veto dejó de ser habitualmente posible. En ningún artículo del Acta Unica se dice que el compromiso de Luxemburgo queda invalidado o que se reforma su interpretación expansiva. Pero en 1987 cambiaron las reglas de procedimiento del Consejo, permitiendo que un Estado solicitase que se votara si una propuesta debía ser votada (11). Sobre todo, la práctica institucional tras el Acta Unica fue demostrando poco a poco que con doce Estados en el Consejo, por razones de eficacia, la toma generalizada de decisiones por unanimidad se había hecho insostenible.

El papel político de la Comisión se vio reforzado seriamente a partir de 1986 por esta debilitación o desbloqueo del Consejo a través de la consolidación de la regla de toma de decisión por mayoría. Sin embargo, la Comisión no utilizó con prudencia este nuevo poder, conforme al cual realmente pasaba a tener la exclusiva sobre las iniciativas comunitarias. No fijó ni jerarquizó sus prioridades, sino que, en general, procuró guiar cualquier propuesta legislativa que llegaba hasta ella hacia una base jurídica que permitiese el voto por mayoría en el Consejo.

(11) Cfr. la reforma del artículo 5 de las Reglas de Procedimiento del Consejo, OJEC, L 291, 15 de octubre de 1987.

El Tribunal tampoco percibió la profundidad del cambio institucional provocado por el paso a la toma de decisiones por mayoría y en vez de intentar restaurar el límite jurídico al crecimiento de competencias comunitarias en casos discutibles, apoyó la utilización de bases jurídicas que permitiesen la toma de decisiones en el Consejo por mayoría o la participación legislativa por vía de procedimiento de cooperación del Parlamento (12).

Hasta la crisis post-Maastricht, en la práctica se aceptaba que toda enumeración que se hiciese de los poderes de la Comunidad fuera provisional, dada la capacidad de sus instituciones de *redefinir día a día las exigencias* que emanaban del objetivo final de la integración económica y política. Es cierto que si la Comunidad no hubiera tenido esta capacidad autónoma para determinar la extensión de sus poderes y los efectos de su ejercicio, no hubiera habido verdadero proceso de integración. La Comunidad no podría haber cumplido sus fines si los poderes comunitarios todavía se basasen, desde un punto de vista operativo, en una delegación nacional de poderes o si aún estuviesen sujetos a un control final de su ejercicio por cada representación nacional en el Consejo.

Sin embargo, la posibilidad de justificar cualquier medida de regulación social o económica con el objetivo de realizar el mercado interior europeo (tarea que se ha entendido sólo encomendada a la Comunidad) ha permitido a las instituciones comunitarias entrar en muchas áreas antes sometidas al control nacional y, a la vez, preservar cierta apariencia de especialización, aunque permanentemente se estuviese extendiendo la jurisdicción comunitaria. Por lo general, y hasta que ha comenzado el debate sobre los usos de la subsidiariedad, la discusión sobre la jurisdicción comunitaria se ha subordinado a la solución de problemas sustanciales, para lo que se requería una gran flexibilidad a la hora de señalar límites de actuación a la Comunidad.

El fenómeno de crecimiento jurisdiccional comunitario no es ajeno al ocurrido en distintas instancias federales contemporáneas, en las que, invocando razones económicas, el poder central puede intervenir en cualquier ámbito competencial o en las que cuanto menos existe una gran incertidumbre

(12) A este respecto, es muy revelador el cambio en la interpretación que hace el Tribunal de cuándo se puede usar el artículo 235. En 1971, en el asunto *Comisión v. Consejo*, ECR 285, 293, el abogado general del Tribunal afirmó que «el artículo 235 existe precisamente para otorgar a la Comunidad cualquier poder que pueda necesitar», y en 1973, en el asunto *Hauptzollant Bremerhaven v. Massey-Ferguson GmbH*, 73/8 ECR 908, el Tribunal justificó en nombre de la seguridad jurídica el uso del artículo 235 en vez de otras bases jurídicas más específicas. Sin embargo, tras la aprobación del Acta Unica, y la generalización de la toma de decisiones por mayoría (salvo en casos como el propio 235) en el asunto *Comisión v. Consejo*, 86/45 ECR 1517, el uso del 235 fue relegado sólo a los casos en los que ningún otro artículo otorgase poder a las instituciones.

sobre cuáles son los límites jurisdiccionales del poder central. Hoy día, dada la complejidad social y la enorme especialización reguladora de las administraciones por áreas más que por niveles de gobierno, es muy difícil hacer, y sobre todo cumplir, reglas que determinen *a priori* qué nivel de gobierno debe hacer qué.

En la mayoría de las organizaciones políticas no unitarias (en las que la separación de poderes vertical tiene un contenido político real), la distribución de poderes realizada por la Constitución tiene en la práctica un valor sobre todo indicativo. El ejercicio de poderes depende de un proceso negociador entre los distintos actores políticos, burocráticos y sociales. La clave de una adecuada distribución de poderes está, desde este punto de vista, en la existencia de procesos abiertos, transparentes y democráticos de negociación continua sobre quién hace qué, en la que participan el mayor número de ciudadanos posible y es igualmente aceptada por muchos, y a su vez, desencadena procesos fluidos de corrección y renegociación.

Por supuesto, esta visión «procedimental» o predominantemente política tiene puntos débiles. Quizá el más evidente es que la existencia de límites jurídicos estrictos que consagren límites jurisdiccionales de modo más o menos dogmático puede tener en sí misma un enorme valor democrático, tanto por ser un modo de limitar la intervención pública, venga del nivel de gobierno que venga, con las posibles ventajas de eficacia y libertad, como por ser una manera de intentar garantizar las aspiraciones de un grupo de tomar en su propia comunidad política las decisiones que afectan a su vida social.

En todo caso, en la Comunidad, además de prescindir de límites jurídicos estrictos sobre su jurisdicción, su proceso político por el que se decide la demarcación de la acción comunitaria presenta serios problemas de transparencia, control democrático y legitimidad social.

2. *Antecedentes del principio de subsidiariedad*

La palabra «subsidiariedad» no había aparecido nunca como tal en una constitución o en un tratado internacional.

Los orígenes del principio hay que rastrearlos en la filosofía escolástica y más recientemente en la doctrina social de la Iglesia católica. El papa Pío XI, en su encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), defendió la necesidad de subsidiariedad frente al Estado, alertado por los efectos del corporativismo desarrollado por el fascismo italiano (13). La subsidiariedad como principio ético de-

(13) Cfr. *Quadragesimo Anno*, Catholic Truth Society, 1936, párrafos 79-80.

mandaba la protección del individuo, la familia, las asociaciones y las unidades más elementales de organización política frente al intervencionismo estatal. No se distinguía entre poderes políticos (ayuntamientos, regiones, Estado) y actores sociales (individuo, familia, asociaciones), porque simplemente se trataba de limitar el poder cada vez mayor del Estado, restringiendo su actuación a aquellas áreas en las que era necesaria su intervención, es decir, asuntos en las que si el Estado actuaba se conseguían mejor los fines de la acción pretendida. Así, la subsidiariedad católica no pretendía servir como criterio para desarrollar un modelo político, sino que se derivaba de la particular defensa y comprensión de la dignidad y la libertad humana de la Iglesia desde las cuales iluminaba los problemas sociales de su tiempo, pero no con fines políticos.

Una noción de subsidiariedad cercana a la enunciada por Pío XI, pero con matices propios, fue utilizada para desarrollar el federalismo alemán a partir de 1949 (14). La subsidiariedad alemana ha contribuido al difícil equilibrio que supone mantener la separación vertical de poderes federal y al tiempo relativizarla, permitiendo la intervención de la federación siempre que sea necesario para el interés general, algo que en Alemania se ha decidido desde la federación misma, aunque con la participación de los Estados en el Bundesrat. De este modo, si bien se enunciaba en los años cincuenta como un principio eminentemente jurídico, supuestamente consagrado en el artículo 72 de la Ley Básica, hasta ahora la subsidiariedad en Alemania no ha sido una regla estricta, sino que ha ayudado a que sea el proceso político federal el que decida la evolución de los límites jurisdiccionales federales y estatales. En nombre de la subsidiariedad se ha argumentado tanto a favor de la devolución de poderes a los Estados como a favor de la interpretación extensiva de los poderes federales. Desde un punto de vista ideológico, y como ha señalado Adonis recientemente, la subsidiariedad ha contribuido dentro de la democracia cristiana alemana a la reconciliación entre el individualismo que resiste la excesiva intervención con una sensibilidad social que muchas veces la justifica (15).

(14) Cfr. I. CAVERO, «El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 18, Universidad Complutense de Madrid, págs. 123-137.

(15) ADONIS, en A. ADONIS y A. TYRIE, «Subsidiarity - As history and as policy», *IEA Inquiry, Institute of Economic Affairs*, Londres, diciembre 1990, señala:

«It was through post-war Christian Democrats that the concept entered the world of practical politics. Of course, those same Christian Democrats —Schuman, Adenauer and De Gasperi foremost among them— were also the founding fathers of the Community. But they justified the ECSC, and later the EEC, on avowedly federal principles. Subsidiarity served a quite different purpose: it was used by the early leaders of the West German CDU to justify internal devolution (though the Bavarians also used it to *oppose* the federal constitution), and to reconcile interventionist social policies with the Catholic and individualistic roots of their party. Personality, solidarity and subsidiarity are perennial themes in Christian Democratic writing on social and economic issues in the 1940s and

En la Comunidad, la primera referencia importante que se hace a la subsidiariedad es la del Informe Tindemans sobre la Unión Europea, en 1976. En dicho informe se propone este concepto para regular el ritmo de crecimiento de competencias de la Comunidad, pero no se hace un desarrollo práctico de cómo el principio realizaría esta función (16).

En 1984, el Parlamento Europeo incorporó la subsidiariedad al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea dentro de su parte normativa, en un artículo específico. El artículo 12A utilizaba el principio para constitucionalizar el crecimiento dinámico de competencias comunitarias, sin necesidad de hacer reformas explícitas de los tratados. La Unión sólo actuaría si su acción añadiese valor a la acción separada de los Estados debido a la dimensión o a los efectos de estas tareas (17). Pero aunque presentase a la subsidiariedad como un límite, el artículo 12A podía llegar a ser una habilitación jurídica para consolidar la competencia general de la Comunidad, siempre que el proceso político evolucionase alejándose cada vez más del control individual por parte de cada Estado del Consejo.

El Acta Única Europea incluyó la noción de subsidiariedad, que no el término, en el artículo 130R, sobre protección al medio ambiente. Pero en el desarrollo a partir de 1986 del nuevo poder conferido a la Comunidad esta referencia a la subsidiariedad tuvo pocas o ninguna consecuencias políticas o jurídicas.

El anterior presidente de la Comisión, Jacques Delors, empezó a utilizar con profusión el término subsidiariedad en sus discursos y sus tomas de posición sobre el futuro desarrollo comunitario a partir de su encuentro con los representantes de los Länder alemanes en noviembre de 1988. Los alemanes habían expresado su preocupación por la intromisión comunitaria en materias con frecuencia de competencia regional exclusiva (buen ejemplo de lo cual era el proyecto de directiva sobre televisión sin fronteras u otras iniciativas comunitarias sobre cultura, salud o educación o que indirectamente afectaban estas

1950s. And more often than not they were used to justify an enhanced role for the state —much to the irritation of original proponents of the term like Oswald von Nell-Breuning, who countered that it came from the Latin *subsidium*, meaning “support” or “aid”, not substitute. Significantly, however, the word “subsidiarity” appears nowhere in the German Constitution; just as “federalism” is entirely absent from that of the United States».

(16) Cfr. el Informe Tindemans sobre la Unión Europea, CCE, Supplement 1/76, Bulletin EC. También el informe previo de la Comisión sobre la Unión Europea enviado al Consejo, Supplement 5/75, Bulletin EC, en el que la Comisión, en contra de lo que venía haciendo en la práctica, afirma «las tareas encomendadas a la Unión serán sólo las que los Estados Miembros no puedan realizar eficazmente».

(17) La versión inglesa del texto completo del artículo 12 a del Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 1984 era:

áreas) cuando no había una competencia jurídica comunitaria específica y un consenso social suficiente que respaldase dichas acciones.

El propio Gobierno alemán favorecía la introducción del principio de subsidiariedad en la Comunidad, interpretando el principio con la misma flexibilidad que en el histórico debate sobre subsidiariedad en el contexto del federalismo alemán. El Ejecutivo alemán deseaba utilizar el principio para clarificar la extensión y los efectos de las acciones comunitarias y reducirlas en algunas áreas. Quería así contentar a los Länder, celosos de la invasión comunitaria de sus pocas competencias exclusivas (18), a una buena parte de la opinión pública alemana, que deseaba replantear la costosa financiación por su país de gran parte de las políticas comunitarias, y a la propia Administración alemana, que veía modificada su cuidada organización y funcionamiento por los efectos desintegrativos causados por la profusión de normativa comunitaria (19). El Gobierno alemán, además, se hacía eco del razonamiento, extendido en círculos políticos y académicos alemanes, de que el déficit democrático comunitario no encontraría una solución instantánea con la conversión del Parlamento Europeo en una cámara con los mismos poderes que los de un parlamento nacional. Aunque había que favorecer el crecimiento de los poderes del Parlamento Europeo, no existía aún suficientes elementos de hecho comunes a los europeos (sociedad, cultura, idioma, medios de comunicación, partidos políticos) para dar el salto cualitativo hacia una Europa con instituciones políticas propiamente federales.

Delors abrazó el principio de subsidiariedad en parte desde una lectura filosófica, de acuerdo con su visión socialista y cristiana de la política. Al mismo tiempo, utilizó el principio de modo muy práctico para defenderse de las acusaciones de intervencionismo excesivo que poblaron especialmente el debate político británico antes de que se renovara su mandato al frente de la Comisión en 1991. Ya en su famoso discurso de Brujas, en 1988, la primera ministro Margaret Thatcher había alertado a la opinión pública sobre el curso que estaba tomando la integración europea:

(18) Ya con ocasión de la ratificación del Acta Unica Europea, el Gobierno federal firmó con el Bundesrat un acuerdo para informar sobre las propuestas de legislación comunitaria a esta cámara regional y permitir la participación de la misma a la hora de definir las posturas del Gobierno federal ante la Comunidad cuando una competencia de los Länder se viese afectada. Cfr. el comentario que hace V. CONSTANTINESCO sobre este control interno en «La Subsidiarité comme Principe Constitutionnel de l'Intégration Européenne», *Aussenwirtschaft*, año XLVI, vol. III-IV, Zurich, 1991, pág. 222.

(19) Cfr. H. MICKLITZ, «The Maastricht Treaty, the Principle of Subsidiarity and the Theory of Integration», *Eirpaios*, Lakimies-lehdestä, núm. 4, 1993, págs. 516-517, 521.

«La cooperación más estrecha no requiere la centralización del poder en Bruselas o que las decisiones hayan de ser tomadas por una burocracia no responsable ante un electorado... No hemos reducido con éxito el Estado a sus justos términos para que ahora el Estado reimponga sus antiguas fronteras desde el plano europeo, con un super-Estado europeo ejerciendo un nuevo poder desde Bruselas» (20).

Al año siguiente, Delors respondía a Thatcher en el mismo foro, asegurando que, aplicando el principio de subsidiariedad, se podía mantener una lealtad doble al Estado nación y a la Comunidad, ya que podía servir como un mecanismo de corrección tanto de excesos como de lagunas. El presidente de la Comisión contraatacaba, pero lo hacía enarbolando un concepto francamente ambiguo de subsidiariedad:

«Con frecuencia he invocado el federalismo como método, al que hoy sumo el principio de subsidiariedad. Creo que es una manera de reconciliar lo que parece irreconciliable: la emergencia de una Europa unida y la lealtad a la patria de cada uno; el imperativo de un poder europeo capaz de hacer frente a los problemas de nuestro tiempo y la necesidad absoluta de preservar nuestras raíces tal como conforman nuestras naciones y regiones» (21).

Aun así, Delors reconocía los excesos reguladores cometidos por la Comisión:

«¿Ha puesto la Comisión su casa en orden de modo suficiente? Pueden existir dudas en lo referente al elemento esencial de la subsidiariedad, que implica no sucumbir a un uso excesivo de sus poderes. Este problema aparece más en cuanto al uso de su poder de iniciativa que en sus poderes de ejecución, dado que el Consejo no ha querido ceder fácilmente éstos a la Comisión. ¿No estará la Comisión poco atenta al hecho de estar regulando en exceso?» (22).

En cierto modo, Delors parecía estar dispuesto a continuar los intentos del presidente de la Comisión, Roy Jenkins, el cual, en 1978, había mantenido una serie de reuniones en Comblain-la-Tour para decidir sobre reglas internas que impidiesen el que la Comisión empujase la regulación comunitaria a aquellas «áreas grises» de competencia compartida entre la Comunidad y sus Estados

(20) M. THATCHER, Discurso de Apertura del XXXIX Año Académico, Colegio de Europa, Brujas, 20 de septiembre de 1988 (traducción de J. M. de Areilza).

(21) J. DELORS, Discurso de Apertura del XL Año Académico, Colegio de Europa, Brujas, 17 de octubre de 1989 (traducción de J. M. de Areilza).

(22) *Ibidem*.

miembros. Otras medidas del británico Jenkins para someter a mayores controles la intervención de la Comisión en el proceso legislativo habían consistido en la coordinación y la selección a través del Secretariado General de la Comisión de las iniciativas legislativas para que no proliferasen en exceso, requiriendo de los servicios de la Comisión que se centrasen en la realización estricta del objetivo del mercado común.

Sin embargo, Delors no entendió la subsidiariedad como una orientación cuyas consecuencias prácticas fuesen la limitación de la acción comunitaria a pesar de que algunos comentaristas sugirieron que en nombre de la subsidiariedad Delors mantendría a la Comunidad alejada de una serie de dominios nacionales reservados, según fueran definidos por Francia.

Durante el debate previo y posterior a Maastricht, el presidente de la Comisión se inclinó por mantener sus invocaciones y propuestas de subsidiariedad en un plano muy teórico, quizá pensando que bastaba que la Comisión desarrollase a partir de la subsidiariedad una retórica de autolimitación y que desacelerase un poco en su «furia reglamentaria» para que con el tiempo y la recuperación económica cesasen las críticas, conservando al final del temporal post-Maastricht la institución que presidía su posición constitucional aventajada, en la que había sido colocada tras la generalización del voto por mayoría en la segunda mitad de los ochenta. Además, habría añadido al vocabulario comunitario un término que no sólo justificaba la actuación comunitaria en cualquier área sin importar el motivo, sino también la falta de actuación, aun cuando la Comunidad estuviese obligada a ello (23).

Por si fuera poco, Delors insistió siempre que tuvo ocasión de hablar de subsidiariedad que era un principio puesto en práctica por la Comunidad desde hace tiempo; por ejemplo, en el nuevo enfoque de la armonización a través de requisitos mínimos, competencia entre legislaciones nacionales y la doctrina del paralelismo funcional o en la propuesta rechazada periódicamente por los Estados miembros de sustituir las directivas por «leyes-marco» comunitarias, con un rango especial y unos controles mayores por parte de los parlamentos europeo y nacionales (24).

El Gobierno del Reino Unido aceptó la inclusión del principio de subsidia-

(23) Cfr. el magnífico ensayo de R. DEHOUSSE: «Does Subsidiarity Really Matter?», *Working Paper, Law 92/32 EUI*, Florencia, 1993, pág. 6, en el que se explica cómo a falta de desarrollo procedimental la subsidiariedad a la larga sirve para legitimar la expansión de poderes comunitarios.

(24) Cfr. la intervención de Jacques Delors en el Coloquio Jacques Delors, organizado por el EIPA en Maastricht el 21 de marzo de 1991, «Subsidiarity: The Challenge of Change», *Proceedings of the Jacques Delors Colloquium, European Institute of Public Administration*, 9, Maastricht, 21 de marzo de 1991.

riedad en el debate sobre el presente y el futuro de la Comunidad, pero interpretando el principio como una forma de limitar e incluso de prohibir la intervención comunitaria en algunas áreas —entre otras, protección social, agricultura y pesca. La subsidiariedad serviría para favorecer la legislación a través de requisitos mínimos en aquellas áreas en las que la Comunidad tenía competencia y el Reino Unido gozaba de ventajas competitivas, que sufrirían si se regulase a fondo o de modo distinto desde la Comunidad (servicios financieros, seguros...). En el debate posterior a las negociaciones de Maastricht, el ministro de Asuntos Exteriores Douglas Hurd se refería una y otra vez a la subsidiariedad como «principio de mínima interferencia», no sólo desde la convicción de que su defensa de los intereses nacionales en lugar de perjudicar a la integración europea la asentaba en bases políticas más sólidas, sino para contentar al poderoso sector «euroescéptico» de su partido, que amenazaba la ratificación parlamentaria del Tratado de la Unión Europea.

3. *El Tratado de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*

El Tratado sobre la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht, fue planeado como un desarrollo lógico del Acta Unica Europea, ya que se presentaba la unión monetaria como el siguiente paso en la realización del mercado interior. Del mismo modo que lo había hecho el programa 1992, se señalaba un objetivo —la moneda única— a conseguir en el plazo de unos años. Sin embargo, el final de la guerra fría, el principio de los cambios políticos y económicos en los países del Este y la rápida reunificación alemana cambiaron en poco tiempo las premisas geopolíticas estables y la mentalidad tecnocrática con las que se empezaba a preparar esta nueva reforma de los tratados comunitarios. Parecía conveniente anticiparse a dar en el propio Tratado de Maastricht una respuesta «más política» desde la Comunidad a estos acontecimientos, reforzando en lo posible la identidad y la cohesión de la Comunidad.

Por otra parte, las negociaciones a puerta cerrada en Maastricht durante 1991 dejaron entrever la inquietud de los gobiernos por hacer algo respecto a la virtual competencia general comunitaria y el desacuerdo sobre cómo actuar en este campo. Durante las negociaciones, algunos gobiernos nacionales insistieron en que el principio de subsidiariedad estuviese presente en los nuevos tratados, aunque con unos fines y una comprensión del principio bastante distintos de los de la Comisión y su presidente. Básicamente, estos gobiernos nacionales (principalmente el alemán, británico, holandés, luxemburgués y danés) acordaron utilizar el principio para moderar la interpretación expansiva y teleológica de los poderes comunitarios, ya que la generalización del voto

por mayoría en el Consejo hacía en cualquier caso más fácil la expansión de la acción comunitaria a nuevas áreas. La subsidiariedad era entre todas las demás opciones examinadas por los gobiernos nacionales la más atractiva:

— Los mayoría de los gobiernos nacionales no querían prescindir de utilizar el voto por mayoría para tomar una gran parte de las decisiones del Consejo no sólo por razones de eficacia, sino de supervivencia de la Comunidad.

— Tampoco creían que la elaboración de listas de competencias comunitarias y estatales, al modo federal, solucionaría las cosas. Primero, no sería fácil lograr el consenso entre los Estados miembros y despertaría un debate muy polémico, puesto que se pondría de manifiesto la virtual competencia general comunitaria y, por tanto, la inadecuada estructura institucional para desarrollar estos poderes. Segundo, sería una solución a corto plazo, ya que en seguida las listas quedarían obsoletas, dado el dinamismo de la integración comunitaria y la verdadera naturaleza transaccional y casi empírica del ejercicio de competencias entre los niveles comunitario y nacional, y la interdependencia entre distintos niveles de gobierno para la formulación y ejecución de políticas y de las distintas áreas atribuidas a cada nivel.

— Asimismo, los gobiernos habían descartado el hacer del Parlamento Europeo una verdadera cámara legislativa y de control político de la Comisión y del Consejo por idénticas razones en las que apoyaban su negativa a elaborar listas de competencias (falta de consenso, peligro de encender una polémica interminable, etc.). Junto a estas razones, por supuesto, estaba la más poderosa de que la mayoría de los gobiernos nacionales no aceptaban que el Parlamento Europeo estuviese respaldado por una legitimidad social propiamente europea, equiparable a la legitimidad democrática en el ámbito de cada Estado miembro, convicción mezclada con el deseo de muchos ejecutivos de maximizar su poder al actuar desde el Consejo.

— Por último, quizá sea criticable que para frenar la expansión de la acción comunitaria (y más que nada su imprevisibilidad) también se descartase la reforma del fragmentadísimo y opaco proceso legislativo y administrativo comunitario, necesitado de garantías jurídicas y políticas más parecidas a las de los ordenamientos nacionales. Tal vez esta tarea era el desarrollo lógico de la introducción de la subsidiariedad en los tratados y no su alternativa o su anticipo, pero, como veremos, la cláusula de subsidiariedad ha quedado por ahora sin desarrollo significativo.

La opción de formular el principio de subsidiariedad en los tratados en una cláusula general, y no sector por sector (25), fue una manera de sortear la falta

(25) El propio Parlamento Europeo apoyó esta solución, quizá combinando pragmatismo y capacidad de pensar a largo plazo con una lealtad nacional de sus miembros más desarrollada de

de acuerdo sobre cómo se habría de aplicar la subsidiariedad a cada área de actuación comunitaria y de evitar, en el caso de que no se incluyese en un área específica una referencia expresa a la subsidiariedad, el peligro de parecer que se estaba invitando a la expansión comunitaria (26).

En la redacción final de la cláusula se acentuó su carácter de prohibición: el artículo 3B resultante no contraponía simplemente la posibilidad de acción individual de los Estados miembros a la de acción comunitaria, sino también a la de los Estados miembros cooperando en un ámbito intergubernamental, y se adoptaba un tono más negativo al añadirse el «test» de si los objetivos de la acción pretendida podían ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros al «test» de subsidiariedad existente en la propuesta inicial, si la Comunidad podía conseguir dichos objetivos más eficazmente (27).

Una consecuencia importantísima de la insistencia de algunos Estados en la incorporación de la subsidiariedad a los tratados fue el que el principio se incluyó en la parte normativa de los mismos, en el artículo 3B. Así, la subsidiariedad debía no sólo guiar la discusión política y técnica de las instituciones sobre la necesidad o la no necesidad de actuar, sino que estas decisiones a su vez quedaban sujetas a un control jurídico posterior. El principio fue incorporado también en el artículo A del Tratado de Maastricht y en el preámbulo («una Unión... en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad»). Pero gracias al artículo 3B quedaba enunciado explícitamente como obligación invocable ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad, que velaría por su correcta interpretación y aplicación.

La Comisión, y especialmente su Servicio Jurídico, se opuso durante las negociaciones de Maastricht la juridificación del principio deseada por algunos Estados miembros, tal vez porque en el fondo entendían la subsidiariedad como un criterio político de contenido variable, invocable tanto a la hora de continuar como de limitar la expansión de las competencias comunitarias. Permitir que se convirtiese en una norma jurídica que pudiera dar lugar a litigios

lo esperado, pidió en su Resolución de 21 de noviembre de 1990 a las Conferencias Intergubernamentales negociadoras del nuevo Tratado que introdujeran un artículo sobre el principio de subsidiariedad, con una referencia al control judicial del mismo; cfr. «El Principio de Subsidiariedad», Comité de Asuntos Institucionales, Informe de M. Giscard d'Estaing, PE Doc. A-3-163790, 22-6-90.

(26) Cfr. esta idea más desarrollada en A. TEASDALE: «Subsidiarity in Post-Maastricht Europe», *The Political Quarterly*, 1993, pág. 191.

(27) Cfr. la explicación que da para explicar la diferencia entre estos dos «tests» Lord MACKENZIE STUART en «The European Community: Catchwords and Reality», *The Josephine Onoh Memorial Lecture*, Hull University Press, 26 de febrero de 1991, pág. 12.

sobre el cumplimiento de la legalidad comunitaria equivalía, en palabras del director del Servicio Jurídico, a «terminar con la integración a través del derecho», dada la previsible y fácil politización de todas las decisiones del Tribunal sobre subsidiariedad, el cual sufriría en su tácita legitimación como garante último de una adecuada distribución de competencias entre Estados miembros y Comunidad (28).

Es importante, además de trazar esta descripción somera de cómo la cláusula de subsidiariedad se introduce en el Tratado sobre la Unión Europea, situar en un contexto más amplio la introducción del nuevo artículo 3B. El nuevo Tratado fue calificado, con razón, de un «paraíso para abogados» dada su complicación, su oscuridad y estructura inestable y necesitada de clarificaciones y desarrollos parciales (29). La Unión Europea no tenía personalidad jurídica. Los llamados pilares intergubernamentales, dos acuerdos separados de los tratados comunitarios, serían desarrollados en su mayor parte por las instituciones comunitarias y eran susceptibles de ser «comunitarizados». La Comisión, el Parlamento y el Tribunal (30) quedaban relegados a una posición secundaria en estos ámbitos (política exterior y de seguridad, cooperación en asuntos judiciales y policiales). Sin embargo, en los propiamente comunitarios, el Parlamento aumentaba en sus poderes legislativos mediante la introducción del procedimiento de codecisión, que afectaba entre otras al área de mercado interior, y la ampliación del ámbito de aplicación de los procedimientos de cooperación y de dictamen conforme (31). La Comisión igualmente, en los ámbitos comunitarios, salía fortalecida al ampliarse aún más las áreas en las que el Consejo decidía por mayoría y conservar su poder exclusivo de iniciativa (32).

Asimismo, y de un modo paradójico, en Maastricht la Comunidad ampliaba sus competencias mediante la creación de nuevas bases jurídicas que

(28) Cfr. la conferencia de J. L. DEWOST (Director del Servicio Jurídico de la Comisión) sobre «El Tratado de la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad», pronunciada el 15 de mayo de 1992 en el Centro de Estudios Europeos, Universidad de Harvard.

(29) Entre los estudios y comentarios breves al Tratado destaca por su rigor el de T. C. HARTLEY: «Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement», *International and Comparative Law Quarterly*, 42, abril 1993, págs. 213-237.

(30) Al Tribunal se le impedía por medio del artículo L declarar su jurisdicción para controlar la legalidad del desarrollo de estos pilares. A pesar de este artículo, cfr. los comentarios de J. WEILER en «Neither Unity nor Three Pillars -The Trinity Structure of the Treaty on European Union», en MONAR, UNGERE y WESSELS (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union*, European Interuniversity Press, 1993, pág. 49.

(31) Cfr. para una evaluación completa del nuevo papel del Parlamento Europeo tras Maastricht el estudio de R. DEHOUSSE: «La Communauté Européenne apres Maastricht: vers un Nouvel Equilibre Institutionnel?», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, págs. 1-21.

(32) Cfr. PIRIS: *Op. cit.*

formalizaban el crecimiento jurisdiccional pasado, a la vez que se introducían supuestas medidas de cautela y de contención de esta ampliación de poderes comunitarios. La cláusula de subsidiariedad, con presumible valor jurídico, era la más llamativa de entre estas medidas. Aunque el principio de subsidiariedad se presentaba como limitado al control sobre la necesidad u oportunidad del ejercicio de competencias ya existentes, de hecho la propia atribución de competencias había coincidido históricamente con la decisión de ejercer poderes comunitarios, implícitos o interpretados expansivamente. Otras medidas de contención no menos importante era la introducción de nuevos ámbitos de cooperación entre los doce (política exterior y de defensa, asuntos judiciales y policiales) en dos pilares intergubernamentales separados de los tratados comunitarios, en los que las instituciones supranacionales tenían poco que decir, y la redacción muy restrictiva de los artículos dando poderes a la Comunidad en nuevos ámbitos (cultura, educación, salud pública), de forma que se le prohibía la acción mediante legislación, debiendo limitarse ésta a las acciones de apoyo o complementarias (33).

II. LA BATALLA POR LA INTERPRETACION Y EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Desde que concluyeron las negociaciones de Maastricht hasta que fue ratificado el Tratado sobre la Unión Europea pasaron casi dos años. En este período se discutió el significado constitucional y las consecuencias políticas de la integración europea no sólo por gobiernos nacionales, parlamentos y tribunales constitucionales, sino en buena medida, por primera vez, por los ciudadanos en general a través de referéndum o en numerosos debates públicos. No es exagerado decir que los resultados de la discusión revelaron una grave crisis de confianza en el curso actual de la construcción europea. La cuestión más debatida fue la del control sobre los poderes comunitarios y la incertidumbre sobre sus límites reales e ideales. La cláusula de subsidiariedad incorporada al Tratado cobró en ese período una importancia enorme para ayudar a la ratificación del mismo y se confió en ella como una fórmula mágica o un antídoto contra todas las ambigüedades e insuficiencias del nuevo Tratado.

Tras la negativa danesa a ratificar tras el referéndum de mayo de 1992, el Consejo Europeo de Lisboa, en junio de 1992, pidió a las instituciones comunitarias que propusieran criterios de desarrollo y aplicación del principio de subsidiariedad. La presidencia británica, que empezó entonces, puso mucho em-

(33) Cfr. los artículos 128 y 129 del Tratado de Roma tras las reformas de Maastricht.

peño en conseguir el consenso necesario para transformar el texto del artículo 3B en un verdadero límite al intervencionismo comunitario.

Lo cierto es que la propia redacción final del artículo 3B no facilita la obtención de un consenso mínimo sobre lo que significa la subsidiariedad ni sobre cómo debe ser aplicada. El artículo 3B dice así:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

En la definición que hace el segundo párrafo sobre la subsidiariedad sólo se hace referencia al ejercicio de poderes comunitarios ya existentes y no a su atribución. Sin embargo, la evolución de los poderes comunitarios con frecuencia ha demostrado que ejercicio y atribución son de hecho el mismo acto, ya que los tratados no sirven como límite jurídico de los poderes atribuidos a la Comunidad. Basta la decisión de las instituciones de interpretar expansivamente los tratados para que la Comunidad actúe en un nuevo ámbito, directa o indirectamente. Ante esta situación de competencia general de hecho, la subsidiariedad, al determinar la necesidad de ejercicio de un poder, puede servir como criterio de distribución de competencias entre Estados y Comunidad.

Un grave problema a la hora de aclarar esta distribución es que en el texto del artículo 3B no se precisa qué poderes pueden caer bajo el escrutinio de la subsidiariedad. Al utilizar la distinción «compartidos/exclusivos» se invita a la mayor de las especulaciones sobre el ámbito material de aplicación del principio, ya que el Tratado no define qué poderes comunitarios son de qué tipo ni qué consecuencias tiene esta clasificación. La jurisprudencia del Tribunal sólo ha utilizado en unos pocos casos esta distinción a la hora de determinar el «efecto de desplazamiento» que resulta de la aplicación de la primacía comunitaria (34). La distinción entre poder exclusivo y compartido a partir de ahora puede ser crucial, porque los ámbitos en los que la Comu-

(34) Cfr. los casos Comisión v. Reino Unido, 804/79, ECR 1045, Donckerwolcke, 41/76, ECR 1921, y la Opinión 1/75, de 11-11-75, ECR 1355. Cfr. también el artículo de E. D. CROSS sobre el efecto de desplazamiento, «Preemption of Member State law in the EEC», *Common Market Law Review*, 29, 1992, pág. 447.

nidad tiene competencia exclusiva quedan excluidos del control de subsidiariedad (35).

Los problemas de interpretación más serios, sin embargo, son los referentes a los «test» de subsidiariedad que propone para saber si la Comunidad debe actuar o no. Los términos «mejor» o «suficiente» son totalmente abiertos y subjetivos. El que los objetivos de una acción se alcancen «suficientemente» depende de la interpretación política que se le dé a «suficientemente». Lo mismo ocurre con el conocimiento de la «dimensión» y los «efectos» de dicha acción, que en teoría sirven para saber si los objetivos de la acción propuesta se cumplirían más o menos eficazmente.

Suponiendo que los «test» fueran practicables, el texto del 3B tampoco especifica si la acción propuesta ha de satisfacer los dos «test» propuestos, de necesidad («suficiente») y de mayor eficacia o valor añadido («mejor»), si basta con cumplir uno de los dos o si hay una relación jerárquica entre los «test».

Por último, lo que se compara en estos «test» de subsidiariedad es la realización suficiente o mejor de los objetivos de una acción propuesta frente al cumplimiento de los mismos objetivos de la misma acción en el ámbito nacional. Mas con frecuencia no se da el paralelismo perfecto que requieren los «test» y lo que se trata es de elegir entre dos acciones que persiguen objetivos muy distintos, por ejemplo, una medida nacional de política industrial y otra comunitaria de protección del medio ambiente (36). En todo caso, es difícil ponerse de acuerdo sobre cuáles son los objetivos de una acción propuesta, a no ser que se adopte como regla que los que proponen la acción definan los objetivos, en cuyo caso se favorece siempre al que toma la iniciativa desde la Comunidad y propone una medida, ya que procurará que su descripción de los objetivos descritos hagan aparecer a la acción como más apropiada que la alternativa nacional y dentro del ámbito de los Tratados.

Parece que sólo la negociación abiertamente política permite saber qué nivel de gobierno actúa mejor o suficientemente en un área y cuándo y cómo debe intervenir. Tal vez el desarrollo lógico del principio de subsidiariedad debería conducir a una revisión del proceso político que culmina en la intervención de la Comunidad en un área. La subsidiariedad serviría sobre todo para ir más allá de la idea de hacer una distribución sustantiva y estática o es-

(35) A. TOTH, por ejemplo, ha señalado que todos los poderes comunitarios pueden ser entendidos como poderes exclusivos y que el artículo 3B no tiene verdadero sentido jurídico, cfr. «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», *Common Market Law Review*, 29, 1992, pág. 1080.

(36) Cfr. B. SCHIMA: *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Viena, 1994, págs. 135-156.

tricta de competencias. Sería una alternativa a las listas de poderes en favor de un ejercicio no dogmático y negociado de los mismos.

De hecho, la discusión sobre la aplicación del artículo 3B, previa y posterior a la ratificación del nuevo Tratado, es una discusión sobre su desarrollo procedimental. El texto del artículo 3B, una vez más, no ayuda, ya que no dice quién ni cuándo se realizará el examen de subsidiariedad ni si el Tribunal tiene la última palabra.

Hasta ahora no ha habido un desarrollo procedimental o político significativo. Las propuestas que se han puesto en práctica son insignificantes y de hecho sirven para que el artículo 3B contribuya a que la Comunidad siga construyéndose siguiendo el modelo empírico y con las carencias democráticas de estos años.

Ejemplo de esto son los Criterios sobre la Aplicación del Principio de Subsidiariedad propuestos por el Consejo Europeo en diciembre de 1992. Después de seis meses de negociaciones, el Consejo (37) tan sólo se puso de acuerdo en que la subsidiariedad es un concepto dinámico y en reclamar que la Comisión hiciese más consultas antes de formular sus propuestas, en las que deben figurar indicadores cuantitativos. Estos «criterios» dicen poco más: el examen de subsidiariedad lo realiza cada institución y en el Consejo tiene lugar dentro de la discusión normal sobre el fondo de la propuesta y el desacuerdo sobre el respeto a la subsidiariedad no altera las reglas de toma de decisión en ese área (37).

Igualmente ineficaz a la hora de desarrollar el principio significativamente es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (38), que parte de la premisa de la subsidiariedad no es más que la confirmación de una lógica comunitaria, que se desprende del mandato de los Tratados y en especial del objetivo de realizar un mercado interior, la cual indica que en muchos casos la Comunidad es el nivel apropiado desde el cual actuar. Ello equivale a no querer ver las consecuencias políticas del proceso de integración, como si la Comunidad se dedicase sobre todo a la resolución de problemas técnicos que afectan a un territorio limitado y virgen, el de la integración económica. La propia Comisión desconfía de esta lógica inmanente en el mismo documento, ya que dedica gran parte del mismo a describir imaginativamente cuáles son los poderes exclusivos de la Comunidad que quedarían excluidos del examen de subsidiariedad y a jerarquizar qué poderes compartidos resisten mejor un examen de subsidiariedad.

(37) Cfr. Boletín EC, 1992.

(38) Cfr. Doc. SEC (92) 1990 final, de 27 de octubre de 1992. Véase asimismo el Acuerdo Interinstitucional sobre el Principio en octubre de 1993, en *Minutes of the EP*, 17-11-93.

El esencialismo que impregna el documento de la Comisión no era parte simplemente de un ejercicio retórico: pertenecía a una estrategia de la anterior presidencia de la Comisión para desarrollar el nuevo artículo 3B sobre todo como una exigencia de autocontrol sin modificar los procedimientos legislativos existentes y manteniendo intactos los privilegios constitucionales de los que gozaba y goza su institución. En efecto, al no separarse mediante un procedimiento especial el examen de subsidiariedad del examen sobre el fondo de la propuesta, la subsidiariedad puede llegar a ser una cláusula de estilo que se utilice con maestría desde la Comisión para mejorar la legitimación tanto de lo que la Comunidad hace como de sus omisiones mediante un buen análisis *ad hoc* sobre cómo cada propuesta cumple con el principio y una manipulación de la definición de objetivos de dichas medidas, dado que dispone de mejor información para justificar la necesidad de actuar a nivel comunitario gracias a su perspectiva global europea.

El principio corre el riesgo de convertirse en una petición vacía de limitación que se hacen el Consejo y la Comisión a sí mismos. Así, la Comisión en diciembre de 1992 tomó la iniciativa en la aplicación del principio y retiró veinticuatro propuestas legislativas y medidas legislativas existentes, pero todas ellas o eran poco importantes (por ejemplo, reglas sobre la habitabilidad de los zoos europeos o la armonización de frecuencias de radio de onda corta) o no tenían posibilidad de ser aprobadas (tasa mínima de alcoholemia). Del mismo modo, se han presentado ya dos informes anuales de la Comisión sobre la Aplicación del Principio de Subsidiariedad que reducen al máximo la retirada o reforma de legislación comunitaria significativa en nombre del artículo 3B sin un razonamiento sólido que justifique esta postura.

Ha habido, por supuesto, otras propuestas sobre el desarrollo del principio de subsidiariedad, casi todas ellas más efectivas que las elegidas hasta la fecha. Merece la pena detenernos en ellas y examinar su calado teórico, así como las razones por las que no han sido puestas en práctica. Aun con el riesgo de simplificar mucho, a continuación resumimos estas propuestas en cuatro grandes grupos:

1. *Un límite político simple*

El primer tipo de propuestas son aquellas que pretenden desarrollar la subsidiariedad para lograr una cierta recuperación del control por parte de cada gobierno nacional de las decisiones del Consejo sobre el ejercicio de los poderes comunitarios en cuanto que afectan a las jurisdicciones nacionales.

La generalización del voto por mayoría en el Consejo tras el Acta Unica Europea situó en una posición privilegiada a la Comisión, dada la mayor facilidad que encontró para que se aprobasen las propuestas amparadas por su

poder exclusivo de proponer iniciativas y la ausencia de límites estrictos jurídicos sobre la competencia material de la Comunidad.

La subsidiariedad podría corregir en cierto sentido esta abolición del control político individual por cada Estado miembro de las lecturas que hace la Comisión de la jurisdicción comunitaria. El nuevo principio establecería en muchas áreas de potencial acción comunitaria (en una versión maximalista, en todas las áreas en las que el Consejo no actuase por unanimidad), una presunción a favor de la acción nacional por cada Estado miembro y pondría la carga de la prueba en la Comisión.

La acción nacional (o la inacción) no sólo se presumiría más eficaz. Cada Estado miembro estaría por definición más cerca de los ciudadanos por una cuestión de tamaño y también por gozar de mayor legitimación, dada la más fácilmente demostrable vigencia de un contrato social en cada Estado miembro que en la Comunidad como tal.

El Reino Unido y Dinamarca propusieron, en el otoño de 1992, desarrollos en este sentido del artículo 3B que habrían reforzado la tendencia a establecer una nueva cultura de respeto de las minorías en el Consejo presente en algunos aspectos de Maastricht. Básicamente, estos dos Estados miembros sugerían que ante una gran parte de las propuestas de la Comisión cada Estado pudiese pedir al Consejo un examen previo de subsidiariedad. Tras un debate sobre si la propuesta cumplía con el «test» o los «test» del artículo 3B (y no sobre los contenidos sustanciales de la propuesta), se votaría su posible bloqueo, lo que se conseguiría si una mayoría simple de los Estados votase en contra de dicha iniciativa por razones de subsidiariedad. Este examen previo de subsidiariedad en el Consejo de hecho no equivaldría a devolver el veto a cada Estado sobre cualquier acción propuesta, pero sí establecería la posibilidad de pactar «mayorías de bloqueo», sometiendo la decisión sobre la expansión de la jurisdicción comunitaria a criterios más duros y sobre todo separados de las habituales reglas de decisión para aprobar los contenidos sustanciales propuestos (39). Sin embargo, la mayoría de los miembros del Consejo no aceptaron esta posibilidad de desarrollo del artículo 3B, ya que lo entendían como una vuelta anacrónica a los tiempos de antes del Acta Unica, con grave riesgo para la eficaz toma de decisiones comunitaria.

2. *Un límite político elaborado (con cambios institucionales)*

El segundo tipo de propuestas de desarrollo del artículo 3B son las que fa-

(39) Cfr. el «Protocolo sobre la Aplicación del Principio de Subsidiariedad» circulado por el *European Policy Forum* en septiembre de 1992, conteniendo una fórmula semejante.

vorecen la construcción política de la Comunidad siguiendo un modelo explícitamente federal (40), pese a que la palabra «federal» fue excluida del borrador del Tratado.

En cualquier sistema federal contemporáneo, más que guiarse por la idea de que hay niveles de gobierno que *per se* hacen mejor esto o aquello, se entiende que la distribución y sobre todo el ejercicio de competencias verticales tienen una naturaleza transaccional, están basada en la cooperación y la negociación entre estos niveles y, en suma, dependen de lo que el proceso político interno de la federación decide en cada momento. Desde esta perspectiva, a través de la subsidiariedad, en vez de determinar *a priori* los costes y beneficios de que la Comunidad o los Estados actúen en un área, habría que asegurar la existencia de suficientes controles políticos verticales y mutuos entre los niveles nacional y europeo que permitan a las unidades de la periferia cierto control sobre ciertas decisiones del poder central y, en general, hacer oír su voz en la toma de decisiones del centro, de modo que la tensión permanente entre centralización y descentralización quede encauzada mediante un buen sistema de negociación política.

La subsidiariedad confirmaría que no debe ponerse un límite jurídico estricto a lo que puede hacer la Comunidad. El artículo 3B fomentaría el empirismo ya existente con el que las instituciones comunitarias en consulta con otros niveles de gobierno deciden si la Comunidad debe actuar en un área y cómo debe hacerlo. El desarrollo del artículo 3B serviría para mejorar este proceso político generando nuevas responsabilidades democráticas. Ello pasaría en todo caso por la debilitación y reforma del modo de actuar del Consejo, la institución supuestamente más resistente a una democratización de la Comunidad, causante en mayor grado de la expansión de competencias y menos sometida a control político por el Parlamento Europeo (cámara que, según este tipo de argumento, debería con el tiempo convertirse en el órgano político por excelencia de la Comunidad).

Como de hecho el aumento de poderes legislativos del Parlamento Europeo por el Tratado sobre la Unión Europea hace muy difícil cancelar una gran parte de legislación comunitaria en nombre del principio de subsidiariedad sin el acuerdo de esta institución, dichas propuestas insisten en que el Parlamento Europeo es el que naturalmente ha de velar por la transparencia del proceso de decisión y la limitación competencial comunitaria, pese a que históricamente el Parlamento se haya quejado más de la falta de acción comuni-

(40) Cfr. K. HAILBRONNER: «Legal Institutional Reform of the EEC: what can we learn from Federalism Theory and Practice», *Aussenwirtschaft*, año XLVI, vol. III-IV, Zurich, 1991, pág. 485.

taria en muchas áreas que de remediar las carencias democráticas de la Comunidad. Continuando una larga tradición europeísta y federal de «huida hacia delante», estas propuestas entienden que existe una manera sencilla de remediar el déficit democrático comunitario, fortalecer al Parlamento Europeo y evitar preguntarse por la legitimación social de la Unión Europea como tal, a pesar de que sin esta premisa no cabe replicar el Estado nación y la democracia constitucional en el ámbito europeo.

Otra manera de contribuir a generar responsabilidades democráticas en la Comunidad desarrollando el principio consagrado en el 3B consistiría en hacer que los parlamentos nacionales controlasen a sus gobiernos nacionales cuando actúan desde el Consejo más estrechamente y, de paso, al resto de las instituciones comunitarias (41).

Este control sería especialmente importante a la hora de comprobar que se respetan las competencias reservadas a los Estados miembros, de acuerdo con cada una de las delegaciones constitucionales nacionales. La subsidiariedad, por tanto, se aplicaría por el órgano que representa más directamente la voluntad colectiva de la unidad menor. De este modo, aumentaría la legitimidad de lo decidido en la Comunidad a costa de una menor eficacia en la toma de decisiones. Jacqué, desarrollando esta idea, ha propuesto la formación de un Congreso Europeo, compuesto de delegaciones de parlamentos nacionales y con el encargo principal de velar por la aplicación del principio de subsidiariedad (42).

Hasta ahora, el problema que ha habido respecto a la generalización del control por los parlamentos nacionales ha sido que el control, mejor o peor practicado, quedaba fuera del ámbito de decisiones comunitario. En algunos Estados, como Dinamarca o el Reino Unido, el control ha sido muy efectivo. En otros, la partitocracia ha forzado la lealtad de la mayoría del parlamento nacional hacia los gobiernos nacionales. El control sobre la vida comunitaria por parte de cada parlamento nacional se rige por una lógica constitucional y política distinta en cada Estado.

Por último, no han faltado voces que han entendido que la subsidiariedad llama antes de nada a respetar las competencias de las regiones y a que éstas intervengan en la toma de decisiones comunitaria cuando les pueda afectar. La Europa de las regiones surgiría así de una reacción contra la interacción exclusiva

(41) Cfr. la Declaración Final de la reunión de los parlamentos nacionales de la Comunidad en Roma en diciembre de 1990, Agencia Europa, Documentos, núm. 1668, 8 de diciembre de 1990.

(42) Cfr. la propuesta de crear un Congreso Europeo formado por representantes de los parlamentos nacionales para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad hecha por J. P. JACQUÉ en «Centralisation et Décentralisation dans les projets d'Union Européenne», *Aus-senwirtschaft*, año XLVI, vol. III-IV, Zurich, 1991, pág. 469.

entre Comunidad y Estados miembros, que con frecuencia puede limitar de modo poco democrático sus poderes y su autonomía política (43). La construcción de esta Europa proporcionaría a la Comunidad mayores controles democráticos y mayor descentralización, aunque también la haría mucho más compleja.

En este sentido, Alemania propuso en septiembre de 1992, sin mucho éxito, un memorándum sobre desarrollo de la subsidiariedad pactado entre el gobierno federal y los Länder. El memorándum incluía una lista de requisitos de motivación y cautela que las instituciones comunitarias tenían que cumplir antes de actuar (44). Asimismo, la decisión del Bundesrat de 7 de mayo de 1993 pidió a la Comunidad una clarificación sobre el efecto del principio en el desarrollo y la ejecución de normativa comunitaria, asunto que preocupa a los Länder, ya que afecta de lleno a sus competencias exclusivas.

El paso más significativo dado hacia este control por parte de las regiones de los límites y el ejercicio de las competencias comunitarias fue la creación en Maastricht, también por inspiración alemana, del Comité de las Regiones, por ahora sólo con poderes consultivos, y del que se ha llegado a decir que podría intentar invocar ante el Tribunal de Justicia el principio de subsidiariedad si la Comunidad no respeta las competencias regionales.

El obstáculo con el que se encuentra la realidad regional europea para tener una presencia política en las instituciones comunitarias no es sólo que complicaría aún más la toma de decisiones, sino el peso muy desigual en cada país —o en distintas áreas nacionales— de las regiones. Cada Estado miembro está estructurado verticalmente de un modo peculiar, con la particularidad de que la Comunidad en muchos casos ha servido para que el poder central de cada Estado miembro se fortalezca frente a las regiones (o simplemente sobreviva, como en Bélgica), por lo que hay Estados, como el Reino Unido o España, dispuestos a limitar la representación regional separada en el plano comunitario.

3. *Un límite político elaborado (sin cambios institucionales)*

Un tercer tipo de propuestas se han centrado en la necesidad de desarrollar controles en el proceso legislativo y administrativo comunitario sin necesidad de cambios institucionales, entendiendo la subsidiariedad como principio de cercanía al ciudadano.

(43) Cfr. A. SCOTT, J. PETERSON, D. MILLAR: «Subsidiarity: a "Europe of the Regions" v. the British Constitution», *Journal of Common Market Studies*, 32/1, 1994, págs. 47 y 60.

(44) Cfr. U. KALBFLEISCH-KOTTISIEPER: «The Principle of Subsidiarity: a Critical Evaluation», MONAR, UNGERER, WESSELS (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union*, Interuniversity Press, 1993.

Este desarrollo del principio podría obligar a que la Comisión hiciera una mayor coordinación y selección de sus propuestas, estableciéndose con más claridad sus prioridades y motivase mejor a través de estudios previos la necesidad de toda acción comunitaria y a que los Estados miembros controlasen más estrechamente a sus funcionarios nacionales cuando actúan desde Bruselas. Igualmente, a que la Comunidad impusiera reglas estrictas de representación de intereses en las distintas etapas de negociación de una medida comunitaria.

Además, como los procedimientos legislativo y administrativo comunitarios están muy fragmentados (existen veintiún procedimientos legislativos tras Maastricht) y son poco transparentes, dada la dispersión y el poder de los grupos de expertos encargados con mucha frecuencia no sólo del asesoramiento y la formulación de iniciativas de la Comisión, sino también de buena parte de la deliberación sustancial sobre la legislación propuesta y del desarrollo normativo y ejecución ulterior, la subsidiariedad también ha sido interpretada como un mandato limitativo que lleve a la creación en la Comunidad de garantías jurídicas y políticas homologables con las de los ordenamientos nacionales (por ejemplo, una ley de procedimiento administrativo comunitario que establezca las garantías de los administrados) (45).

Junto con estas reformas se ha propuesto usar el principio para someter a las jurisdicciones nacionales y comunitarias a criterios de libre competencia, y así lograr, cuando sea necesaria, una armonización *ex post* y no *ex ante*. La subsidiariedad serviría para establecer una competición vertical entre el nivel legislativo comunitario y el nacional, como si cada nivel fuese una empresa que compite en la provisión de bienes (= normas), además de lograr una sana competición en el plano horizontal, ya que la inacción comunitaria en nombre de la subsidiariedad permitiría la competencia entre soluciones legislativas nacionales o entre regulaciones y desregulaciones (46). A través de la competición entre soluciones legislativas se lograría una mejor distribución de los recursos, ya que la posibilidad de elegir jurisdicción limitaría la aplicación de normas poco eficaces por la presión que habría para que progresivamente se adoptase la mejor solución.

Para ello, el Tribunal de Justicia debería «relajar» la aplicación en muchas áreas del principio de primacía de la norma comunitaria sobre la na-

(45) Cfr. las reflexiones hechas al respecto por J. GOMÁ: «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el artículo 93 del Tratado CEE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 83, julio-septiembre 1994, págs. 420-23.

(46) Cfr. N. REICH: «Competition between legal orders: a new paradigm for EC law?», *Common Market Law Review*, 29, 1992.

cional, especialmente si la regulación tiene consecuencias sociales importantes, permitiendo la posibilidad de elegir a las empresas y a los individuos entre los distintos objetivos legislativos y las normas que los desarrollan.

Sin embargo, todo proceso basado en la libre competencia requiere cierta intervención y supervisión desde un poder central para absorber costes transaccionales y evitar comportamientos anticompetitivos. Además de fijar estas reglas de competencia, el poder central se necesita para favorecer economías de escala y que se señale quién tiene la responsabilidad política por los efectos de una norma, es decir, en términos más técnicos, resolver las externalidades no internalizadas por sus causantes (47).

Así, este tipo de propuestas aceptan potenciar el nuevo enfoque armonizador comunitario tras la aparición de la doctrina del paralelismo funcional en la Comunidad, por la que en muchas áreas basta que las instituciones determinen requisitos mínimos sobre objetivos de regulaciones, dejándose a las jurisdicciones nacionales la posibilidad de diferenciación (por ejemplo, mediante el uso de directivas no detalladas o la creación de «leyes marco» comunitarias). Desarrollando estas propuestas se conseguiría una cierta devolución de poderes y, sobre todo, los procesos legislativos y administrativos comunitarios ganarían en transparencia y legitimidad, lo cual también fortalecería a la Comunidad (48).

4. *Un límite jurídico a través de la interpretación del principio por el Tribunal de Justicia (un control mínimo o un control estricto)*

El insignificante desarrollo procedimental o político del artículo 3B ha hecho que el posible control judicial de la legalidad comunitaria en nombre del principio de subsidiariedad cobre mucha importancia. Los gobiernos nacionales expresamente solicitaron este control al Tribunal en la cumbre de Edim-

(47) Un problema adicional con el que se encuentran estas propuestas sobre fomento de la competición entre órdenes jurídicos es que la Comunidad actúa, más que utilizando incentivos fiscales o financieros como otros poderes centrales, a través de legislación y con frecuencia es necesario un desarrollo y una interpretación uniforme, por ejemplo, en todo lo concerniente a libre circulación, si de verdad se pretende alcanzar el objetivo de mercado interior. Y como la experiencia comunitaria demuestra, el mercado interior es un concepto expansivo, que con facilidad reclama y justifica medidas de integración positiva de consecuencias muy intervencionistas.

(48) Cfr. E. MATTINA: «Subsidiarité, démocratie et transparence», *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1992, págs. 211-12.

burgo en diciembre de 1992 (49). A grandes rasgos, hay dos maneras de entender este posible control judicial basado en el artículo 3B:

a) *Un control mínimo*

Por una parte, cabe pensar que el Tribunal debe proceder con cautela a la hora de resolver en nombre del principio de subsidiariedad, por el contenido esencialmente político del principio y la redacción ambigua de sus términos, los cuales no permiten un gran activismo judicial a la hora de aplicarlo. Si el Tribunal aplicase la subsidiariedad para establecer unos límites jurídicos estrictos a la acción comunitaria, estaría corrigiéndose a sí mismo tras varias décadas de deferencia y apoyo a la expansión de competencias por las instituciones comunitarias, en las que de acuerdo con su «fe» pro integracionista no consideraba que el texto de los tratados podía servir de límite jurídico a este crecimiento. Ahora el Tribunal tendría que improvisar un *standard* jurídico para limitar la necesidad de ejercer poderes comunitarios, algo que en la situación actual de competencia general de hecho equivale a limitar las competencias comunitarias.

No es fácil dar este paso. Se requiere utilizar criterios objetivos desde los que examinar la oportunidad de iniciar medidas comunitarias, algo que posiblemente es la parte más polémica de lo que hacen las instituciones comunitarias y en lo que históricamente han tenido la mayor discreción política.

El Tribunal correría el riesgo de ser acusado de activismo judicial. Al apreciar en nombre del artículo 3B cuándo la Comunidad debe actuar en un área podría ser acusado de estar sustituyendo la labor de las instituciones políticas comunitarias y de intentar reescribir tanto las delegaciones constitucionales nacionales como los términos del Tratado. Por todo ello, muchos autores y jueces han sostenido que la interpretación del artículo 3B debe llevar a un control judicial mínimo de la legalidad comunitaria, es decir, que sólo muy excepcionalmente se anularía una norma comunitaria por no respetar el principio de subsidiariedad, en aquellos contados casos en los que cupiese una aplicación objetiva del límite contenido en el principio en la que no se discutan objetivos de política legislativa (50) o bien se asimilaría el control de este principio al más inocuo hecho en nombre del principio de proporcionalidad, como ha pare-

(49) El artículo L del Tratado sobre la Unión excluye la jurisdicción del Tribunal en la mayor parte de las materias fuera de los Tratados comunitarios, con la excepción de un párrafo del artículo K.3.c y de los artículos L a S.

(50) Cfr. la postura a favor de un control mínimo del juez del Tribunal de Justicia P. KAPTEYN: «Community Law and the Principle of Subsidiarity», 2, *Revue des Affaires Européennes*, 1991.

cido querer sugerir el juez europeo K. Lenaerts (51). Sólo en casos muy aislados de total falta de competencia el principio serviría para que el Tribunal anulase una medida.

La situación sería algo distinta y el control podría dejar de ser mínimo si la aplicación judicial del artículo 3B tuviese lugar en un procedimiento de consulta previo, como el que el artículo 228 del Tratado CE prevé para la ratificación de acuerdos internacionales por la Comunidad (52) o si se hubiese creado, como se propuso, un tribunal *ad hoc* para resolver problemas de subsidiariedad, compuesto por miembros de los tribunales constitucionales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Comunidad (53). Pero este no es el caso.

Además de razones de prudencia política, el Tribunal de Justicia podría argumentar a favor de este control mínimo de subsidiariedad que en cualquier experiencia federal hay una paulatina expansión política de las competencias del poder central, la cual es normalmente convalidada por los tribunales supremos de cada federación (54). De hecho, hoy día en cualquier federación son muy raras las intervenciones del poder judicial para delimitar de modo estricto el ámbito de competencias federales, y casi siempre los tribunales federales utilizan un criterio de control mínimo, prefiriendo que sea el propio proceso político el que corrija la expansión del poder central.

El problema en el ámbito comunitario es que, actuando así, el Tribunal de Justicia descontentaría al Estado miembro que reclama el control de legalidad en nombre del principio, y de modo más general se estaría usando el principio para consolidar la construcción comunitaria en una dirección federal al menos en lo que respecta a la falta de límites competenciales.

b) *Un control estricto*

Por el contrario, también se puede argumentar que el Tribunal, a pesar de las distintas interpretaciones posibles del principio, debería inclinarse por utilizarlo para hacer un control estricto de la legalidad comunitaria en cuanto a la

(51) Cfr. K. LENAERTS y P. VAN YPERSELE: «Le Principe de Subsidiarité et son Contexte», *Cahiers de Droit Européen*, 30, 1994, págs. 1-2.

(52) Cfr. V. CONSTANTINESCO: «Who's afraid of Subsidiarity?», *Yearbook of European Law*, 1991, pág. 53.

(53) Cfr. la propuesta de arbitraje hecha por J. JACQUÉ y J. WEILER en «On the Road to European Union - A New Judicial Architecture», *Common Market Law Review*, 27, 1990, pág. 185.

(54) Cfr., en el caso alemán KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke U.P., 1990, 85, y en el americano, VAN ALSTYNE, «The Second Death of Federalism», *Michigan Law Review*, 83, 1985, pág. 1709.

extensión material de las competencias de la Unión (55). Al fin y al cabo, si el Tratado en la lectura teleológica habitual del Tribunal tiene un escaso valor normativo en lo que respecta a los límites jurisdiccionales de la Comunidad, esto no quiere decir que, debido a imperativos históricos, no se pueda cambiar radicalmente el método jurídico de interpretación de los mismos. El activismo pasado del Tribunal a la hora de crear pese al silencio de los tratados las doctrinas de efecto directo, primacía o protección de derechos humanos, fue semejante o mayor al que se requeriría ahora para dar este cambio de timón en nombre del principio de subsidiariedad. A la vista de la jurisprudencia con la que constitucionaliza los tratados, está claro que al Tribunal no le asustan las cláusulas generales, abstractas, ambiguas o políticas... o la falta de cláusulas. Aunque el Tribunal piense como un Poder Judicial federal y pretenda sólo rara vez trazar límites jurídicos a las competencias materiales del poder central, el proceso político comunitario actual falla a la hora de corregir o legitimar la expansión de competencias de la Unión y demanda esta intervención judicial, aunque con ello el Tribunal inevitablemente se politice.

Es más, el que el Tribunal no utilice la oportunidad que le da el artículo 3B para trazar límites a la necesidad de ejercicio de competencias comunitarias puede a la larga deslegitimarle aún más. Un serio aviso al respecto ha sido el dado por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre la ratificación de Maastricht por Alemania. En ella se ha puesto en duda la competencia del Tribunal de Justicia para decidir hasta dónde llega la jurisdicción de la Comunidad, simplemente al reclamar el Tribunal alemán para sí la competencia de decidir los límites de la delegación de poderes comunitaria, en los tratados y en su desarrollo posterior en el caso de que el Tribunal europeo no haga una interpretación apropiada del ámbito de competencias comunitarias después de Maastricht (56). El Tribunal Constitucional alemán implícitamente está afirmando que peligra el «contrato social» originario entre jueces europeos y nacionales, por el que si bien el Derecho comunitario era supremo y se presumía directamente aplicable, éste se restringía a ámbitos limitados.

A la vista de esta sentencia, cabría pensar si en el futuro un gobierno nacional en minoría en su rechazo de una medida comunitaria por razones de subsidiariedad pudiese hacer presión sobre el Consejo o sobre el Tribunal con

(55) Cfr. J. WEILER: «Journey to an Unkown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration», *Journal of Common Market Studies*, 31, 4, diciembre 1993, pág. 417.

(56) Cfr. el comentario de M. HERDEGEN en «Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an «Ever Closer Union», *Common Market Law Review*, 31, 1994, pág. 235.

la amenaza implícita de, si no son atendidas sus pretensiones, pedir a su tribunal constitucional una delimitación de la delegación constitucional de poderes a la Comunidad, suponiendo que ésta fuera más favorable.

Esta posibilidad equivaldría a una recuperación del poder de veto por parte de los Estados miembros (una situación que podríamos llamar «negociando a la sombra del Karlsruhe»), incluyendo dicho hipotético veto el control unilateral por cada gobierno tanto de las decisiones del Consejo en cuestiones de competencias comunitarias como de las decisiones del Tribunal de Justicia en esta materia. Pero no es probable que muchos gobiernos estén dispuestos a ir tan lejos en la redefinición de las reglas del juego comunitario para asegurar la defensa de sus competencias, ni que los tribunales constitucionales se avengan a participar más que muy ocasionalmente en este juego. La cooperación entre jueces europeos y nacionales ha sido y es tan estrecha, que la deslegitimación del tribunal europeo afectaría negativamente a la legitimación del tribunal nacional.

Hasta ahora no se sabe lo que hará el Tribunal de Justicia ante una invocación de subsidiariedad hecha por un Estado, una institución comunitaria o incluso por un particular, ya que al ser un principio general el artículo 3B puede invocarse por cualquiera como parte del acervo comunitario sin tener que superar el «test» de efecto directo. Lo que sí es cierto es que, desde noviembre de 1993 (57), el Tribunal ha empezado a interpretar menos expansivamente el ámbito de aplicación del importante artículo 30 del Tratado CE, cuya frecuente violación ha sido origen de muchas de las iniciativas armonizadoras de la Comisión, tal vez para mandar una señal a gobiernos y tribunales nacionales de que está dispuesto a tomarse en serio la necesidad de trazar límites jurídicos materiales a la acción comunitaria. Sin embargo, aún es pronto para afirmar que el Tribunal se ha inclinado hacia la solución de hacer un control estricto de la legalidad comunitaria en nombre del artículo 3B. Como señalaremos en nuestras conclusiones, el Tribunal tiene suficientes recursos interpretativos para poco a poco establecer un límite jurídico a las competencias comunitarias sin necesidad de invocar una y otra vez el principio de subsidiariedad.

III. A MODO DE CONCLUSION: ALGUNAS PROPUESTAS DE DESARROLLO DEL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DEMOCRATICO

El artículo 3B es un terreno incierto sobre el que asentar las bases de una

(57) Cfr. la discusión que hace del caso Keck-Mithouard y otros; cfr. también, N. REICH en «The November Revolution of the ECJ», *Common Market Law Review*, 31, 1994, pág. 459.

futura limitación del ejercicio de poderes comunitarios. Después de la reflexión que hemos hecho, parece que tal como ha sido enunciado el principio de subsidiariedad en Maastricht puede servir bien para legitimar cualquier acción comunitaria o bien para poner en tela de juicio la legalidad de muchas de ellas.

De este modo, según la interpretación que en la práctica se está dando al principio, y ante la falta de desarrollo procedimental del mismo, el proceso político actual de la Comunidad sigue expandiendo la acción comunitaria a nuevas áreas, sin que por ahora ni las instituciones políticas ni el Tribunal hayan dado muestras del todo claras sobre cómo piensan contribuir a solucionar la falta de límites a la expansión de competencias, sin duda el problema constitucional de la Comunidad en los noventa.

Estamos convencidos de que la gravedad de esta diagnosis no tiene por qué causar un efecto paralizador sobre la decisión de desarrollar el artículo 3B para aplicar uno o varios tratamientos a la enfermedad competencial comunitaria. Estos llegarán, aunque mientras tanto parezca que la situación tiene mal arreglo. Puestos a señalar cuáles serán estas vías de creación de controles políticos como de límites jurídicos en nombre del principio de subsidiariedad, proponemos estas cuatro reflexiones finales:

1. En el desarrollo del principio de subsidiariedad parece aconsejable desconfiar de las grandes soluciones que pasan por una reforma institucional siguiendo un modelo federal. El consenso sobre este particular es mínimo, por lo que al defender un modelo de reforma de la Comunidad en sentido estativo en el que el Parlamento y la Comisión salgan fortalecidos, se incurriría en el error de no querer esperar el tiempo necesario para que una legitimación social suficiente respalde esta posible transferencia futura de nuevos poderes.

Con la vista puesta en la Conferencia Intergubernamental de 1996, los cambios institucionales que permitirían una aplicación del principio de subsidiariedad serían aquellos que dieran «voz y veto» a los Estados miembros, individualmente o agrupados en minorías, para reclamar en el seno de la Comunidad la moderación en el ejercicio expansivo de las competencias comunitarias.

Con quince Estados en la Comunidad, y en menos de un lustro veinte, es impensable hoy volver a una situación generalizada de toma de decisiones universalmente basada en el consenso. Pero dado que las reformas de 1996 han de ser aprobadas por unanimidad, sí se podría forzar la elaboración de un procedimiento de examen de cualquier propuesta a la luz de la subsidiariedad separado de la discusión en el Consejo sobre el fondo. En el caso de resultar el examen negativo para la iniciativa de la Comisión, se alteraría la hipotética toma de decisión por mayoría en el Consejo en favor de una solución consensuada.

No bastaría con esto: para fortalecer de este modo al Consejo hay que asegurarse antes de que abandona del todo el secretismo con el que legisla, abre

sus debates y explica las votaciones y negociaciones que tienen lugar en su seno (58). Junto a ello, es fundamental que los gobiernos nacionales ejerzan un control más estrecho sobre sus funcionarios que negocian en Bruselas y que sean los ejecutivos mismos los que reclamen un mayor control de su actividad europea por sus parlamentos nacionales. Dinamarca se ha empeñado en ir en esta dirección y la posición negociadora del Ejecutivo danés ha salido reforzada y no mermada por este control y, a la vez, respaldo democrático nacional.

2. Para potenciar la subsidiariedad en las reformas de 1996 no tendría mucho sentido, sin embargo, empeñarse en establecer listas de competencias comunitarias y estatales. El coste en tiempo para lograr un consenso mínimo sería enorme y el lenguaje de estas listas previsiblemente muy ambiguo. No existe una manera neutral y apriorística de comparar y conocer los costes y beneficios de actuar en un nivel o en otro. La subsidiariedad es una alternativa a esta división estricta y utópica, condenada a una rápida obsolescencia, y parte de la base de que dada la interdependencia y la globalización de economías y mercados, en ningún sistema de gobierno actual basado en una división de competencias vertical con verdadero significado político tiene sentido imponer límites jurídicos dogmáticos a la competencia general de hecho del poder central o a la posibilidad de devolución de poderes del centro a la periferia. Lo que sí cabe es crear mecanismos políticos de representación de las unidades políticas de la periferia en la toma de decisión central que equilibren y fomenten la coexistencia, coordinación y competencia entre soluciones reguladoras y desreguladoras de las jurisdicciones, tanto en sentido vertical como en sentido horizontal.

3. Con todo, quizá el mejor y más factible desarrollo procedimental del artículo 3B es el que tuviese consecuencias más inmediatas para hacer frente cuanto antes a la interpretación y codificación del principio como «camuflaje» que pueda estar haciendo la Comisión y otros actores interesados. Estas medidas no implicarían grandes cambios institucionales, sino que contribuirían a la deseable racionalización jurídica del fragmentado procedimiento legislativo y administrativo comunitario. Comprenderían normas más estrictas para que la Comisión mejorase al establecer prioridades, seleccionar, coordinar y motivar sus propuestas (59), un mayor control jerárquico sobre la proliferación y el origen de muchas propuestas de acción comunitaria, así como normas que re-

(58) Cfr. la explicación sobre la mejora de este aspecto en los últimos años que da el *Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión - Conferencia Intergubernamental de 1996*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995, págs. 39-42.

(59) Cfr. las observaciones de Ricardo Alonso García sobre motivación de propuestas de la Comisión, «Derecho Comunitario», CEURA, 1994, págs. 579-588.

gulasen en serio la representación de intereses por particulares, *lobbies* y asociaciones ante las instituciones comunitarias. De no tomarse pronto estas medidas, la Comisión será tristemente «nacionalizada» cada vez más para conseguir dotar a sus miembros de la sensibilidad nacional necesaria, de modo que su especulación sobre el interés comunitario se asiente sobre bases sólidas que el mero favorecimiento de intereses especiales (60).

4. Por último, tal vez sea adecuado en esta lista de propuestas de desarrollo del principio esbozar de qué elementos se compondría una aplicación «ideal» del artículo 3B por el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

El Tribunal tiene que ejercer cierta cautela ante el significado abierto y esencialmente político del artículo. Pero, sobre todo, ha de conseguir convencer al resto de los actores comunitarios de que puede interpretar los tratados a la luz del principio para establecer límites jurídicos a la acción comunitaria, en tanto en cuanto el proceso político no limite la expansión competencial. La credibilidad del Tribunal en el futuro dependerá, en primer lugar, de que no entienda que los poderes exclusivos de la Comunidad (y, por tanto, no sometibles a un examen de subsidiariedad) son muy amplios. La mejor solución sería declarar exclusivos sólo aquellos poderes que el propio Tribunal ya ha declarado que tienen efecto de desplazamiento estricto (política comercial común y algunos aspectos de pesca y agricultura).

En segundo lugar, el Tribunal debe ser capaz de anular ciertas medidas comunitarias en nombre de la subsidiariedad, al menos en los primeros casos en los que se invoque el artículo 3B. Esto no significa que el Tribunal debe hacer con frecuencia este control estricto del artículo 3B. Al contrario, para evitar la politización de sus decisiones lo mejor que puede hacer el Tribunal es a la larga sólo usar ocasionalmente el poder de anulación implícito en el artículo 3B. Sin embargo, puede a la vez hacer una lectura menos teleológica de los poderes comunitarios, por ejemplo, interpretando que los objetivos comunitarios pueden ser logrados por medidas nacionales.

Asimismo, el Tribunal puede contribuir a limitar el ejercicio y la expansión de las competencias comunitarias mediante otros recursos interpretativos distintos del artículo 3B. Claramente, uno de éstos es el control de la utilización de bases jurídicas, por ejemplo, favoreciendo de cuando en cuando el uso del artículo 100 (unanimidad para armonizar en vez de mayoría) frente al 100A, limitando la creación de derechos individuales a partir de la legislación social comunitaria, poniendo condiciones restrictivas para el uso del artículo 235 (a pesar de la regla de unanimidad que contiene) y desarrollando al máximo su

(60) Cfr. mi artículo sobre «La Reforma de la Comisión Europea» en *Nueva Revista*, XIV, 41, octubre-noviembre 1995.

valiosa jurisprudencia sobre aspectos cercanos a la subsidiariedad, por ejemplo, la que declara la ausencia de consulta, motivación suficiente o audiencia a las partes como vicios sustanciales de forma conforme al artículo 173.2 del Tratado.

En definitiva, el principio de subsidiariedad puede contribuir a la construcción de la Unión Europea llevándola por caminos de mayor democracia y reflexión más completa sobre la necesidad, extensión y manera con las que actúa y legisla. Es cierto que nos encontramos ante un principio formulado de un modo muy abierto y susceptible de muchas interpretaciones. También que, hasta ahora, el proceso político comunitario ha optado por el peor de los desarrollos posibles de la subsidiariedad, el que consiste en utilizarlo para reforzar el *modus operandi* existente y que el Tribunal aún no se ha pronunciado sobre un posible control de la legalidad comunitaria en nombre del principio. No obstante, existen formas políticas y jurídicas con las que resolver el problema de la expansión de competencias en el ejercicio del poder comunitario —si tan sólo los hombres quisieran.

