

ADMINISTRACION DE ANDALUCIA

Revista Andaluza de Administracion Publica

Nº 18

Abril-Mayo-Junio 1994



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACION PUBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo
(*Presidente*)

José M^a Vega Piqueras, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla

Antonio Roig López, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública

José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo

Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo

Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo

Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional(†)

Juan Cano Bueso, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía

Antonio Martí García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia

Santiago Martínez-Vares García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia

Juan Carlos Cabello Cabrera, Viceconsejero de Educación y Ciencia

Juan A. Cámpora Gamarra, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla

Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

Director:

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretario:

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:

Francisco Escribano López, Catedrático de Derecho Financiero

José Luis Rivero Isern, Catedrático de Derecho Administrativo

Antonio Porras Nadales, Catedrático de Derecho Político

José I. López González, Catedrático de Derecho Administrativo

Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo

José I. Morillo Velarde-Pérez, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Javier Barnés Vázquez, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho, Avda. del Cid s/n. 41004 Sevilla

Tlf.: (95) 455 12 26. Fax (95) 455 78 99

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Servicio de Publicaciones y BOJA

ISSN:

1130-376X

Depósito Legal:

SE-812-1990

Talleres:

Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 4.000 Ptas. (IVA incluido)

Número suelto: 1.300 Ptas.

Pedidos y suscripciones: Servicio de Publicaciones y BOJA

Apartado Oficial sucursal nº 11. Bellavista

41014 SEVILLA

Tifs.: (95) 469 31 60*

Forma de pago: Talón nominativo conformado o Giro Postal
en cualquier caso a nombre de:

BOLETIN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCIA



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>Angel Sánchez Blanco</i>	
Metodología Socioeconómica en Andalucía: La Práctica de las Instituciones Autonómicas Andaluzas en la Aplicación del Principio de Cohesión Socioeconómica en la Unión Europea	13
<i>Javier Barnés Vázquez</i>	
El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht y su impacto sobre las Regiones Europeas	47
<i>Francisco del Río Muñoz</i>	
Un Balance de la Incidencia de la Comunidad Autónoma Andaluza sobre los Derechos y Libertades de contenido Económico y Social	87

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia Constitucional sobre la Acción Europea de las Comunidades Autónomas <i>(Javier Balza Aguilera)</i>	119
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.- <i>(Francisco Escribano López)</i>	137
---	-----

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.-	
III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.-	
V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.-	
VII.- Corporaciones de Derecho Público.-	
VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.-	
IX. Derecho Administrativo Económico.-	
X. Derecho Administrativo Sancionador.-	
XI. Derechos Fundamentales y Libertades.-	
XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.-	
XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-	
Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.-	
XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.-	
XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.-	
XXII. Urbanismo y Vivienda.-	
Tribunal Supremo (<i>José I. López González</i>)	147
Superior de Justicia del Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	169

CRONICA PARLAMENTARIA

Las Elecciones Autonómicas de 12 de junio de 1994	
(<i>Antonio Porras Nadales</i>)	205

DOCUMENTOS

Informe sobre la participación institucional	
de Euskadi en la construcción europea	219

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	295
Disposiciones Estatales.	307
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas.	315
Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía	321
Indice Analítico.	
(<i>Lucía Millán Moro</i>)	325
(<i>Antonio Jiménez Blanco</i>)	
(<i>Javier Barnés Vázquez</i>)	
(<i>Concepción Barrero Rodríguez</i>)	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACION AUTONOMICA

- INFORMES: La Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía 333
ESQUEMAS SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico
Otras disposiciones de interés para la
Administración Autónoma. 349
(José I. Morillo-Velarde Pérez)

BIBLIOGRAFIA

- RECENSIONES
GASPAR ARIÑO: Economía y Estado. Crisis
y reforma del sector público 357
(José Ignacio Morillo-Velarde Pérez)
- GERMAN FERNANDEZ FARRERES: El régimen de las
ayudas estatales en la Comunidad Europea 362
(Eduardo Gamero Casado)
- ERNESTO GARCIA-TREVIJANO GARNICA: El silencio
administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico
de las Administraciones Públicas y del Procedimiento
Administrativo Común 370
(Roberto Galán Vioque)
- MIGUEL SANCHEZ MORON: Discrecionalidad
administrativa y control judicial 374
(Juan Antonio Carrillo Donaire)
-

El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht y su impacto sobre las Regiones europeas (*)

Javier Barnes

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- INTRODUCCION: LA LUCHA POR LA SUBSIDIARIEDAD. II.- ALGUNAS NOTAS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO DE MAASTRICHT (Art. 3 B TCE). A. La subsidiariedad como doctrina general y como principio jurídico positivado en el Tratado de Maastricht. B. Sentido y alcance del principio de subsidiariedad en el ámbito competencial. La triada de límites al ejercicio de competencias comunitarias (art. 3 B TCE: principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad). C. Su posición compartida en el sistema competencial comunitario. D. La subsidiariedad como factor de equilibrio: instrumento de defensa de la libertad e identidad nacional y de la integración europea. Efecto descentralizador e integrador. E. La subsidiariedad como criterio formal y relativo: las coordenadas de espacio y tiempo y la diversa regulación de cada política sectorial. F. La aplicación del principio de subsidiariedad, una responsabilidad para los Estados miembros. G. La consagración del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea y en las Constituciones nacionales. H. Deslinde conceptual entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. III.- LA INFLUENCIA O EFECTOS JURIDICOS DEL PRINCIPIO SOBRE LAS REGIONES EUROPEAS. A. Cuestiones previas: el limitado objeto del artículo 3 B TCE; la amplitud de los intereses regionales; y la heterogeneidad de la estructura regional europea. B. La Región y el horizonte federal de la Comunidad. C. La subsidiariedad y la aplicación regional del Derecho Comunitario. D. Otros instrumentos en beneficio de la Regiones. IV.- PERSPECTIVAS DE LA DOCTRINA DE LA SUBSIDIARIEDAD PARA SUPERAR EL "DEFICIT REGIONAL" DE LA COMUNIDAD. V. UNA REFLEXION FINAL.

* El presente artículo constituye la versión española del trabajo presentado al Congreso Internacional organizado por la Fundación A.v. Humboldt sobre el tema *Integración Europea y Culturas Jurídicas Nacionales* ("Europäische Integration und nationale Rechtskulturen"), celebrado en Bamberg (Alemania), el 19-23 de septiembre de 1993 (publicación en 1994) y de la conferencia pronunciada en la Universidad de Munich el 18 de noviembre de 1993, y ha sido realizado en el marco de una Beca de Investigación "Humboldt".

I. INTRODUCCION: LA LUCHA POR LA SUBSIDIARIEDAD

El Tratado de Maastricht constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones se tomarán de la forma más próxima posible a los ciudadanos (art. A, párr. 2º TUE). La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros (art. F TUE).

El principio de subsidiariedad –o, en otros términos: la prerrogativa competencial de la unidad más pequeña frente a la superior– se ha convertido en un instrumento capital para la consecución de tan altos objetivos: lo que los Estados miembros (y sus Regiones) puedan hacer por sí mismos, no podrá ser objeto de la acción comunitaria.

El interés que ha despertado la subsidiariedad en importantes Estados miembros (en primera línea Alemania) y la necesidad de aumentar los niveles de aceptación entre los ciudadanos y las fuerzas políticas y sociales –y más aún entre las Regiones– permiten augurar un papel destacado de aquélla en los sucesivos pasos hacia la integración (1).

Este trabajo aporta una visión más actualizada y puntual –atenta a la vastísima literatura aparecida sobre el principio de subsidiariedad en el último año– respecto de mi anterior publicación sobre el tema, en la cual puede encontrarse un tratamiento más amplio de esta rica temática: *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, en el volumen colectivo J. Barnes (coordinador), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 509-596.

(1) Cfr. “Declaración de Birmingham” del Consejo Europeo, de 16 de octubre de 1992 (Bulletin der Bundesregierung núm. 115, de 23 de octubre de 1992, pp. 1058 y s.); Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. I (*vid.*, v.gr. en D. MERTEN [editor], *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, p. 130-135); R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, en Everling/Narjes/Sedemund (editores), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht*. FS für A. Deringer, Baden-Baden, 1993, p. 26; etc.

El principio de subsidiariedad desde el punto de vista normativo parece traer consigo una verdadera *revolución jurídica* que afecta al entero Derecho Comunitario *derivado*, que ahora se somete a revisión a la luz de lo que aquél postula. Así se deduce del Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993, sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad, en el que se propone un amplio programa de reelaboración del Derecho Comunitario derivado en vigor o en fase de elaboración: normas que han de recibir una nueva versión; que han de ser objeto de una importante simplificación o, incluso, derogadas. (Utilizamos la versión alemana del Informe, todavía no publicado oficialmente).

El Tratado de Maastricht ha consagrado por vez primera la subsidiariedad como principio general (art. 3 B del Tratado de la Unión Europea): la Comunidad Europea intervendrá en aquellas materias sobre las que ostente competencias concurrentes con los Estados miembros, cuando la acción de éstos sea insuficiente y, por consiguiente, puedan alcanzarse con mayor eficacia a nivel comunitario los objetivos de la acción pretendida.

El principio de subsidiariedad constituye, en efecto, un criterio de racionalidad y de moderación en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas, en cuanto presenta una doble vertiente o dimensión: la una *negativa* o de *prohibición*, consistente en impedir la innecesaria intervención comunitaria y el consiguiente centralismo —lo que no es sino una garantía de que las decisiones se adoptarán al nivel más próximo a los ciudadanos (art. A TUE)—; y la otra, de carácter *positivo* o de *habilitación*, por cuya virtud la Comunidad intervendrá para auxiliar a los Estados miembros cuando éstos sean incapaces de alcanzar por sí mismos los fines que el Tratado postula y además la acción comunitaria resulte más eficaz.

Ciertamente, el problema capital que caracteriza el debate constitucional de la construcción europea reside en cómo distribuir el poder, las competencias, entre los diversos niveles implicados (local-regional-estatal-comunitario). Desde la aprobación del Acta Unica Europea, se ha avivado una fuerte discusión acerca de *quién* debe hacer *qué* en el seno de la Comunidad (2).

En este contexto, es verdad que el principio de subsidiariedad parece haber servido de revulsivo, de fórmula mágica con la que redimir tantas cuestiones pendientes. Con ella, sobre todo los *Länder* alemanes, aspiraban a fortalecer su naturaleza o condición de Estados, cada vez más amenazada por el proceso de integración europea. Y es cierto que mientras el Gobierno británico invocaba el principio contra Bruselas, los *Länder* lo hacían contra Bonn; o la Comisión para justificar una mayor intervención cuando fuera necesario, en tanto que el Parlamento europeo asociaba el avance o integración que su plasmación comportaría a la supresión del déficit democrático parlamentario; y algunos Estados miembros, en fin, parecían alentarlos para sustraerse de sus obligaciones y recabar cómodamente la intervención comunitaria. Natural-

(2) V. CONSTANTINESCO, *Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union*, Integration, 13 (1990), 165 (175-176).

mente, en la fase constituyente cada uno ha jugado su papel (3). En cualquier caso, y aunque sea un término polivalente y de moda porque todos parecen haber proyectado o vertido en su interior sus deseos y temores (concepto-comodín), no es un depósito vacío de contenido, no es sólo un *slogan* contra el centralismo, estatal o comunitario (4).

Es posible que todos –Bonn, Londres, Bruselas (por localizar simbólicamente los movimientos)– hayan obtenido parte de sus pretensiones: la defensa de las regiones; la limitación del centralismo comunitario; y el crecimiento de la Comunidad; e, incluso, que Estrasburgo se sirva de sus efectos para intimar a la supresión del déficit democrático. Pero es, sin embargo, Bruselas, es decir, la versión positiva de la subsidiariedad que deriva del Tratado (como título de intervención), la que también podría extraer, en su caso, notables ventajas en pro de la integración europea en la medida en que ello resulte necesario y eficaz, y sin perjuicio, desde luego, de su invocación desde otras instancias con fines diversos u opuestos (Estados frente a la Comunidad para condicionar o impedir ulteriores transferencias de competencias en favor de aquélla –v. gr.: art. 23 de la *Grundgesetz* ó 6 de la Constitución portuguesa–; o, en ulteriores reformas de los Tratados –como argumento político–, para “renacionalizar” competencias; o, como divisa política de las Regiones frente al intervencionismo comunitario y de las Entidades locales ante los niveles superiores).

Se trata, en todo caso, de un concepto legal que ha alcanzado el rango de Derecho Comunitario originario y cuyo contenido jurídico, efectos y aplicabi-

(3) Un ejemplo concreto: con la apelación a la subsidiariedad, argumentaba Gran Bretaña su exención de la política social común, Italia aspiraba a obtener un apoyo financiero en relación con la política de ocupación laboral femenina y Alemania exigía la reforma de la política sobre el control de subvenciones.

(4) En tono pesimista, afirma D. GRIMM, magistrado del Tribunal Constitucional Federal, “la subsidiariedad es sólo una palabra” (cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 17 de septiembre de 1992. En contra, a título de ejemplo, T. STEIN, *Subsidiarität als Rechtsprinzip?* en D. MERTEN (editor), *Die Subsidiarität Europas*, cit. p. 25 (nota 1).

Es cierto, sin embargo, en que al menos hubo acuerdo general en que no había acuerdo sobre su concepto (cfr. v.gr.: N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against “The Enterprises of Ambition?”*, *European Law Review*, 17 1992, p. 383) y que el consenso sobre el término puede implicar la falta de consenso sobre su contenido (vid. M. HEINTZEN, *Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft*, *JZ*, 46 1991, p. 318). No es difícil, por ello, explicar la extraña atracción que ha despertado la subsidiariedad. No obstante, su concreta positivación (art. 3B TCE) determina y circunscribe sus efectos y consecuencias.

lidad hemos de asegurar y precisar, al margen de las reivindicaciones políticas que en su elaboración pudieron hacerse valer y de las que, en su caso, quepa esgrimir en el futuro entre los diversos niveles territoriales. Por encima de las alabanzas (5) y de las agudas críticas (6) que la literatura científica europea ha prologado, es posible sostener una posición moderada (7) y optimista (8) acerca del papel que el principio puede representar tal y como ha sido incorporado al Tratado.

Ha de notarse, sin embargo, que se ha esperado de la subsidiariedad más de lo que ella, por sí misma, podía dar, señaladamente en el ámbito del regionalismo europeo. Se han cargado sobre sus espaldas muchas esperanzas insatisfechas que, no sin frecuencia, sólo se pueden resolver con la reforma de la estructura constitucional de los Estados miembros (como, v.gr., un mayor grado de descentralización en el ámbito interno; una más efectiva participación en la fase ascendente de la voluntad nacional ante los órganos comunitarios) o de la propia Comunidad (p.ej.: la incorporación de un catálogo de materias en el Tratado al que se circunscriba la acción comunitaria; etc). Ni todas las cuestiones competenciales se resuelven con su simple invocación, ni la "cuestión regional" se agota en la regla de la subsidiariedad o en la defensa del ámbito competencial de que disfrutaban las Regiones en su ordenamiento interno. Por otra parte, el problema parece residir más en última instancia en la concepción global que se pueda tener de la Comunidad, sus fines y estructura, que en la dificultad técnica de determinar cuál es el nivel adecuado de actuación o ejercicio.

(5) Concepto-clave del Derecho Europeo; piedra angular; principio arquitectural; piedra filosofal; Carta Magna de Europa; remedio milagroso contra el cansancio de Europa; palabra mágica; la palabra que puede salvar a Maastricht; cabayo de Troya en la fortaleza del eurocentralismo; etc; etc.

(6) Fórmula vacía de contenido; es un término confuso, contradictorio y peligroso; cheque en blanco; es como un camaleón cuyo contenido depende del contexto en que se aplique; subsidiariedad es sólo una palabra; es un mito; fórmula de compromiso; concepto político y subjetivo, no juridificable; concepto-trampa; término ambivalente, opaco, vago y terrible; etc; etc.

(7) No hay razón para exagerar en un sentido o en otro. No es una palabra mágica, sino un principio de actuación de la Comunidad Europea; puede ser un instrumento valioso y útil, pero no constituye el criterio más sustantivo de la Comunidad en el ámbito competencial, según veremos más adelante (cfr. núm. II. 1, 2 y 3).

(8) A resultas de cuanto se apunta en el presente artículo, no es dable compartir la opinión de quienes postulan que no es un principio jurídico o la de los que niegan su justicia o presumen su efecto pernicioso en todos los niveles.

II. ALGUNAS NOTAS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO DE MAASTRICHT (ART. 3 B TCE)

A nuestro limitado propósito –registrar los efectos *jurídicos* que la positivación del principio de subsidiariedad entraña respecto de las Regiones europeas–, parece oportuno subrayar con carácter previo algunas de sus notas más relevantes (9).

(9) Exceden del objeto de nuestro trabajo otros relevantes aspectos, en los que no nos es posible detenernos. Con carácter general, puede verse mi trabajo: *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit. especialmente, pp. 535-558.

En particular, no podemos abordar en esta sede los siguientes puntos:

- Los dos *presupuestos* de que consta el principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE (elemento *negativo*: insuficiencia de los Estados miembros; y el elemento *positivo*: mayor eficacia de la acción comunitaria) que, de conformidad con la doctrina dominante, hemos de interpretar de forma no alternativa sino concurrente, esto es, no basta con que la Comunidad pueda alcanzar mejor un fin determinado; es imprescindible que, en primer término, los Estados no puedan atenderlo suficientemente. Tampoco es posible aquí abordar los criterios concretos en que se pueden traducir ambos elementos (es decir, para realizar el *test de necesidad* y el de *eficacia*), tarea en la que ya se vienen empeñando los órganos comunitarios. *Vid.* sobre este extremo, el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, (Europe/Dokumente, núm. 1804/05, de 30 de octubre de 1992) y el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (cfr. Bulletin der Bundesregierung núm. 140/p.1277, de 28 de diciembre) y su comentario en R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit. pp. 32 y ss. (nota 1); y en P.M. SCHMIDHUBER, *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, DVBL., 1993, 417 (418 y s.); asimismo véase el informe sobre el principio de subsidiariedad presentado por la Comisión al Consejo de Bruselas de diciembre de 1993 (nota 1); etc.

- La *obligación de motivar* los nuevos actos comunitarios o, lo que es lo mismo, el deber de justificar su compatibilidad con el principio de subsidiariedad (art. 190 TCE; informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992; Informe final del Consejo de Edimburgo; Informe de la Comisión al Consejo de Bruselas; etc).

- La *justiciabilidad* del principio que, aunque limitada a un juicio de evidencia o razonabilidad (ténganse en cuenta los “conceptos jurídicos indeterminados” que contiene el precepto y el margen de maniobra en beneficio de los órganos comunitarios); resulta incuestionable por cuanto se trata de principio jurídico. La motivación del acto comunitario y el principio de proporcionalidad constituyen un valioso instrumento para su control (en tal sentido, el interesante Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad, núm. II.1 -*vid.* nota 1).

Baste apuntar que los recelos sobre la efectividad del control judicial –en cierto modo justificados por las experiencias constitucionales que brindan otras fórmulas *análogas* (esto es, en parte igual y en parte distintas)– carecen de sentido en la medida en que puedan partir, en ocasiones, de la presunción de un uso abusivo del principio por parte de los órganos comunitarios. La secuencia, pues, para sus detractores sería: aplicación e interpretación abusivas del principio por parte de los órganos comunitarios, de un lado, y escasa o

A. La subsidiariedad como doctrina general y como principio jurídico positivado en el Tratado de Maastricht.

La primera precisión conceptual, en efecto, que ha de formularse con carácter previo reside en la elemental distinción entre la idea o la lógica de la subsidiariedad como doctrina, de su concreta consagración en un texto posi-

nula justiciabilidad, de otro. El pesimismo, ante tal planteamiento, está servido. A nuestro juicio, sin embargo, hay motivos para la esperanza, aunque tan sólo fuera por el amplio consenso de los órganos comunitarios en garantía de su aplicación (v.gr.: el acuerdo institucional por el que se establece un procedimiento de participación de todos los órganos con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos del artículo 3 B TCE; *vid.* los documentos de la Comisión y del Consejo más arriba citados y el Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad, núm. I.2; el mencionado procedimiento ha sido objeto de una Declaración y de un Acuerdo institucional suscrito entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión, el 29 de octubre de 1993).

- También nos está vedado abordar en esta sede su más reciente y rica formulación en el seno de la doctrina social de la Iglesia, que no impide recordar su más remota conexión con el origen mismo del pensamiento cristiano y la filosofía aristotélica-tomista (y la doctrina escolástica del Derecho Natural). Conforme a la Encíclica "Cuadragésimo año" (Pío XI) el individuo y la unidad social más pequeña deberán conservar su propia iniciativa mientras que puedan por sí mismos atender los fines existenciales que les corresponden; la unidad superior sólo podrá prestar su ayuda y apoyo cuando el individuo o el nivel inferior no sean capaces de alcanzar sus propios fines (cfr. núm. 79). Tal formulación se dirige contra toda forma de colectivismo y de totalitarismo, pero también frente al individualismo y la pasividad; de ahí que no se pueda entender la subsidiariedad fuera del contexto de la solidaridad y de la responsabilidad personal.

En cuanto doctrina, al menos en sus más elementales manifestaciones, está tan conectada con la idea de libertad del individuo y de los grupos en que se inserta que casi resulta innecesario describir la historia de su evolución o recurrir a una más honda fundamentación a los efectos del artículo 3 B TCE. En tal sentido, el principio de subsidiariedad de la doctrina social de la Iglesia está emparentado con la lógica de la subsidiariedad desarrollada en la Teoría del Estado liberal alemana, conforme a la cual el individuo y su libertad se encuentran en el centro de la legitimación del poder. No resulta útil, a tal propósito, "competir" por encontrar un antecedente o un reflejo de esta doctrina cada vez más remoto u original, por cuanto tampoco parecen derivarse por ello mayores consecuencias sobre la interpretación del artículo 3 B TCE. *Vid.* J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 518-522 y la bibliografía allí citada (primera nota); asimismo, M. SPIEKER, *Das Subsidiaritätsprinzip. Anthropologische Voraussetzungen und politische Konsequenzen*, Zeitschrift "Die neue Ordnung", II 1994 (en prensa).

En el ámbito del Derecho Comunitario, según la amplitud con que se le conciba, es posible encontrar diversos antecedentes, pero ello no significa, en modo alguno, que el principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE tenga un mero efecto declarativo (en contra, W. KAHL, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip nach Art. 3b EG-Vertrag*, AöR, 118 [1993], p. 416). Aunque pueda afirmarse que el principio de subsidiariedad subyace a la estructura misma de la Comunidad desde su nacimiento y a su distribución

vo. Es esta última perspectiva la que aquí interesa y no, por el contrario, la subsidiariedad como postulado o criterio político que pueda servir, por ejemplo, para inspirar, en fase constituyente, el reparto de competencias entre cualesquiera niveles de gobierno imaginables (local-regional-estatal-supranacional), esto es, como criterio de distribución o *rule of reason*, o regla de orientación, en suma (10). El constituyente o el legislador ordinario podrían servirse de tal regla, como una especie de medida de prudencia, para definir –o redefinir– las competencias que a cada nivel habrían de corresponder. La idea de subsidiariedad, en tal sentido, podría entrañar igualmente un movimiento descendente desde las instancias superiores, de descentralización o devolución de competencias.

Pero la doctrina de la subsidiariedad puede plasmarse o tecnicarse con diverso alcance en un texto legal –v.gr.: como regla para determinar en cada caso el ejercicio de las competencias concurrentes entre diversas instancias– y, en tal hipótesis, como en nuestro caso, el intérprete debe centrarse en el contenido jurídico que el Tratado de Maastricht le haya atribuido o eventualmente cualquier otro texto positivo pudiera otorgarle (como el artículo 23 GG o el artículo 6 de la Constitución portuguesa).

La positivación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht encarna, sin duda, una de las múltiples posibilidades que la subsidiariedad como doctrina general encierra y no es posible esperar que su consagración agote la cuestión. Así, el art. 3 B del Tratado de Maastricht ni se preocupa directamente por las relaciones del poder público con la sociedad (como límite a la intervención pública sobre la esfera privada del individuo, en la medida en que éste pueda satisfacer por sí mismo los objetivos de que se trate), ni tampoco atiende a las relaciones que guardan las Corporaciones Locales y las Regiones con los respectivos Estados miembros o con la Comunidad. La incorporación del principio ha despertado, con todo, un amplio debate político entre las diversas plantas de poder en Europa (particularmente, de competencias, no ha tenido hasta el momento un papel significativo como límite del ejercicio de competencias. Su consagración no es una mera incorporación de un principio no escrito ya existente con anterioridad (como hace el artículo F TUE en relación con los derechos fundamentales), sino que constituye un nuevo elemento en el contexto comunitario (*vid.*, en igual sentido, R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., pp. 25-26, (nota 1).

(10) Cfr. V. CONSTANTINESCO, *Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip* (nota 2); del mismo autor, *Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?*, EuZW, 18 (1991) p. 563.

de las Corporaciones locales frente a las superiores; y de las Regiones frente al propio Estado y a la Comunidad) que, en rigor, excede de lo que el artículo 3 B TCE por sí mismo pueda significar.

La subsidiariedad es, pues, un concepto de una enorme plasticidad. El Derecho Comunitario ha recogido una de sus expresiones (necesidad, eficacia), circunscrita además a dos instancias (Comunidad Europea y Estados), sin pretender en modo alguno una completa redefinición competencial de todos los niveles de poder. Es éste un extremo que, no por conocido, ha sido siempre tenido en cuenta por sus comentaristas (11).

Entre otras, podrían destacarse algunas consecuencias de la distinción de estos dos planos:

- La proyección generalizada de la doctrina de la subsidiariedad sobre el vigente reparto de competencias entre todos los niveles (local-regional-estatal-europeo) obligaría a una completa redefinición o reordenación competencial, especialmente en el ámbito interno, con mayor o menor magnitud en función del Estado de que se trate. En la mayor parte de los países comunitarios este principio no inspira esencialmente la distribución de competencias internas o, mejor, no constituye el criterio estelar. En todo caso, la definición y distribución de competencias es una tarea del constituyente de naturaleza política (sin duda, compleja y articulada en torno a toda una variada gama de técnicas y principios) que no puede resolverse con la simple remisión, como si de una fórmula mágica se tratara, al principio de subsidiariedad (12). El artículo 3 B TCE no entraña una redefinición competencial (devolución a los Estados o nuevas transferencias a la Comunidad).
- El concepto legal del artículo 3 B TCE es más estrecho que su potencial concepción doctrinal o política, sin que sean, por consecuencia, intercambiables. En tal sentido, puede decirse que el retrato de la subsidiariedad, tal como ha sido consagrado por el Tratado de Maastricht, es incompleto.
- El artículo 3 B TCE no socava ni cuestiona el esquema de distribución in-

(11) Desde otra perspectiva, en sentido análogo, *vid.* T. STEIN, *Subsidiarität als Rechtsprinzip?* cit., p. 26 (nota 4).

(12) Cfr. V. CONSTANTINESCO, *Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip*, cit. 177 (nota 2); C.F. GRAF STAUFFENBERG/Ch. LANGENFELD, *Maastricht. Ein Fortschritt für Europa*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 25 (1990), *in totum*.

terna de los Estados miembros (la subsidiariedad como postulado político podría propugnar quizás una mayor descentralización en ciertos Estados en favor de la instancia regional y local; el artículo 3 B TCE, sin embargo, se mueve en un plano mucho más modesto). No es lícito imputarle, pues, efectos que en ningún caso podría producir, habida cuenta de los términos en que ha sido positivado (así, v.gr. su eventual impacto sobre el esquema de distribución interna de competencias (13).

- El artículo 3 B TCE, como hemos observado, no determina si las medidas deben adoptarse por el poder público o han de quedar en manos de los particulares (14), no tiene por objeto dar prioridad a las iniciativas de los grupos sociales frente a la acción estatal (como acontece, por ejemplo, con el fenómeno de los convenios colectivos en el ámbito laboral), aunque la subsidiariedad como doctrina lo postule (y así lo han consagrado respecto de ciertos extremos el Protocolo y el Acuerdo sobre Política Social, arts. 2.4 y 4, que forman parte del propio Tratado) (15).

- El artículo 3 B TCE, tal como ha sido concebido, no amenaza por sí mismo la noción de soberanía predicable de los Estados miembros.

- Por consecuencia del artículo 3 B TCE no han perdido los Estados la denominada *Kompetenz-Kompetenz* o poder de disposición sobre la Comunidad (art. 235 –cláusula para la integración de lagunas (16)– y N TUE) que a éstos les asiste (17).

(13) Como, sorprendentemente, parece entender M. HERRERO DE MIÑÓN, *España, Europa y la subsidiariedad*, diario *El País*, 30 de septiembre de 1993, p. 15.

(14) En igual sentido, p.ej., R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., p. 27 (nota 1).

(15) Véase sobre este punto en el ámbito laboral, el trabajo de H.U. REH, *Europäische Sozialpolitik und Subsidiarität*, en D. MERTEN, *Die Subsidiarität Europas*, cit., pp. 61-76 (nota 1) y, en la misma obra colectiva, D. MERTEN, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, cit. pp. 89-93; el Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. II.3 cit. (nota 1), postula ponderar, desde el principio de subsidiariedad, si es necesario siquiera una intervención estatal o, por el contrario, la consecución del objetivo en cuestión ha de quedar en manos de la iniciativa privada.

(16) Precepto que constituye una expresión indirecta de la subsidiariedad, o subsidiariedad de segundo grado. *Vid.* V. CONSTANTINESCO, *Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip*, cit., pp. 168-169 (nota 2).

(17) La unanimidad de los Estados miembros y de los órganos comunitarios es bien elocuente en el sentido de que el Tratado de la Unión no ha establecido en favor de la Unión ninguna *Kompetenz-Kompetenz*. Cfr. v.gr., el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (nota 9); BVerfGE de 12 de octubre de 1993

- La lógica de la subsidiariedad es la misma razón de ser de la Comunidad. Precisamente porque los Estados miembros por sí solos no pueden alcanzar el fin fundamental (y fundacional) del TCEE –el establecimiento de un mercado común (18) y, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, la unión económica y monetaria (art. 2 TCE)– ni los demás objetivos que directa o indirectamente se encuentran a él vinculados (art. 2 TCE), crearon una Comunidad de Estados a través de cuyos órganos se pretende lograr lo que cada uno de ellos individualmente no puede conseguir (19). Las competencias exclusivas de la Comunidad (como el derecho de la competencia, la política comercial o parte de la política agraria) no son sino expresión de la doctrina de la subsidiariedad –en cuanto regla utilizada en fase “constituyente” en la elaboración de los Tratados–, mientras que la cuestión de las competencias concurrentes (p.ej. la política industrial) deberá ser resuelta de la mano del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 3 B TCE –y ya con naturaleza jurídica– (20).

B. Sentido y alcance del principio de subsidiariedad en el ámbito competencial. La triada de límites al ejercicio de competencias comunitarias (art. 3 B TCE: principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad).

El principio de subsidiariedad se ha plasmado en el Tratado de Maastricht con carácter principal (arts. A, B y F TUE, 3 B párr. 2º TCE) y en relación con algunas políticas sectoriales (arts. 126.1, 127, 128. etc, del TCE; art. K.3.2. b) TUE).

El artículo 3 B párr. 2º TCE, relativo a la Comunidad Europea, constituye el precepto central y consagra el principio general de subsidiariedad en los siguientes términos:

(Tratado de Maastricht), II.b 6); asimismo, v.gr., W. MÖSCHEL, *Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, NJW, 47,1993, 3025. En contra, y representando una opinión aislada (derivada de una muy peculiar interpretación del artículo F.3 TUE): A. SCHACHTSCHNEIDER, A. EMMERICH-FRITSCHKE, T.C.W. BEYER, *Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz*, JZ, 1993, 751, 753-754.

Desde una perspectiva crítica más amplia, vid. A. WEBER, *Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft*, JZ, 1993, 325, 327.

(18) Sentencia del TJCE, Rep. 1964, 5 (24) (de la versión alemana).

(19) V.gr.: C. STEWING, *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, 1992, 80, 83; J. SCHERER, *Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform*, DVBl. 1993, 281, 282.

(20) En sentido análogo, J. SCHERER, *Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform*, cit. p. 283 (nota 19).

“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.”

Conforme al artículo B TUE también tendrá que observarse el principio en la consecución de los objetivos del Tratado de la Unión y, por consiguiente, en el empleo de los medios e instrumentos a su servicio (art. F.3 TUE) (21). El principio de subsidiariedad luce, pues, no sólo en el ámbito de la Comunidad Europea (art. 3 B TCE) sino también en el de la Unión Europea y las políticas y formas de cooperación que en su ámbito consagra el Tratado (A y F.1 TUE) (22).

Respecto de su alcance y contenido en el ámbito competencial de la Comunidad Europea (art. 3 B TCE) conviene retener siquiera sea brevemente los siguientes datos:

1) El artículo 3 B TCE se localiza en el Título II (“Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea”), al igual que otras expresiones específicas del principio, que es posible encontrar en ciertas políticas sectoriales

(21) El artículo 3 B TCE se integra o completa, en una lectura sistemática, con otras disposiciones de carácter general como la que luce en el artículo A, párrafo 2º, del Título I (“Disposiciones comunes”):

“El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas *de la forma más próxima posible a los ciudadanos*”.

Y el artículo B del Título I *in fine*, destaca que:

“Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

Por último, el artículo F, también del Título I, desde otro perfil, añade que:

“La Unión respetará la *identidad nacional* de sus Estados miembros, ...”.

(22) Cfr. BEUTLER/BIEBER/PIPKOM/STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 73 y 85.

El TJCE carece de competencias, entre otros, respecto de los artículos A, B y F TUE citados (art. L TUE).

(educación y formación profesionales; cultura; salud pública, p.ej.) (23) y en las que en ocasiones se restringe la acción comunitaria a determinadas actuaciones (cooperación, fomento), de forma que, aún cuando se dieran los presupuestos legitimantes del artículo 3 B TCE (insuficiencia de los Estados, mayor eficacia a nivel comunitario), la Comunidad no podría intervenir (v.gr., en el plano de la armonización). En ciertos ámbitos sectoriales se produce, pues, una derogación del régimen general establecido por el indicado precepto. Por su ubicación sistemática, tampoco juega el principio de subsidiariedad en el ámbito del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, ni en el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, sectores en los que la distribución de competencias, sin duda más detallada y concreta, parece hacer innecesaria su aplicación. En materia política –en la integración fuera del campo de la Comunidad Europea (Título V: cooperación política; política exterior y de seguridad común; y Título VI: cooperación en justicia y en asuntos interiores)– tiene un eco menor (24). La vigencia general del principio en el seno de la Comunidad Europea es indiscutible; su concreta aplicación y efectos dependerán, en primer término, de cada política sectorial y su concreta regulación.

2) La subsidiariedad no constituye un título atributivo de nuevas competencias o un criterio de asignación, sino de regulación o graduación de las ya atribuidas. Sirve exclusivamente para determinar el ejercicio de las competencias no exclusivas entre la Comunidad y los Estados miembros, cualquiera que sea su naturaleza (normativa, de ejecución, financiera). En tal sentido, la primera dificultad estriba en determinar cuáles son las competencias exclusivas (como, p.ej., la política comercial común) y concurrentes –sin duda, mayoritarias– de la Comunidad (términos hasta ahora ajenos al Derecho Comunitario y su sistema competencial), puesto que el Tratado no las determina (25). Su distinción adquiere, pues, una notable importancia práctica y cabe esperar

(23) En mayor o menor medida, según los casos: educación (art. 126.1 TCE); formación profesional (art. 127 TCE); cultura (art. 128 TCE); salud pública (129 TCE); consumo (art. 129 A TCE); redes transeuropeas (art. 129 B TCE); industria (art. 130 TCE), cohesión (art. 130 A TCE); investigación (art. 130 G TCE); medio ambiente (art. 130 R TCE), cooperación al desarrollo (art. 130 U TCE).

(24) El art. K3.2.b) (Título VI) contiene también una evidente y específica consagración de la subsidiariedad.

(25) La subsidiariedad no se aplica, pues, en ámbitos como la política agraria común, pesca, política comercial frente a terceros países o control de ayudas. Aquí es sólo invocable el principio de proporcionalidad (art. 3B párr. 3º TUE).

La noción de competencias exclusivas ha nacido en la Comunidad asociada a la creación del mercado común –cuya consecución está formulada en términos imperativos para

que los Estados miembros y los órganos comunitarios (en particular, la Comisión) tengan interpretaciones diferentes (26).

3) La subsidiariedad se inserta en un precepto (art. 3 B TCE) en el que se consagran otros dos criterios competenciales. En efecto, el párrafo primero garantiza el conocido principio de competencias de atribución que caracteriza a la Comunidad (ésta actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y los objetivos por él asignados), mientras que el párrafo tercero del mismo artículo 3 B TCE recoge el principio de proporcionalidad proyectado sobre el ejercicio de las competencias comunitarias

la Comunidad— y de las libertades fundamentales que le son inherentes (cfr. v.gr.: Informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992, cit.; J. PIPKORN, *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäischen Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit*, EuZW, [1992], 697, 699). Ello significa que la técnica de la aproximación de legislaciones que incidan sobre el funcionamiento del mercado común (art. 100 TCE), la principal actividad de la Comunidad, queda fuera del radio de acción del principio de subsidiariedad. Cfr. MÜLLER/GRAFF, *Rechtswirkungen der Verfassungsziele*, en M. DAUSES (editor), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, Ed. Beck, München, 1993, p. 51. Además de esta técnica, también el derecho de la competencia y las reglas relativas al control de ayudas disponen de una densa regulación en el propio Tratado que resuelve la delimitación de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. La subsidiariedad tiene, por ello, una mejor aplicación en otros sectores como el de la política industrial (cfr. ENGEL, *Regionen in der Europäischen Gemeinschaft: Eine integrationspolitische Rollensuche*, *Integration* 14, 1991 p. 25).

El problema de su determinación se complica, sin duda, como consecuencia del peculiar sistema competencial comunitario, en el que no existe catálogo, sino una atribución de competencias orientada y condicionada a la satisfacción de determinadas funciones y objetivos; el correcto ejercicio de las competencias comunitarias deriva y se mide por el criterio finalista (*vid.*, p.ej., M. JESTAEDT, *Rechtsgehalt und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips nach dem Vertrag über die Europäische Union*, en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union: Wieviel Eurozentrismus - Wieviel Subsidiarität?*. Forschungsergebnisse im Überblick, IV Kongreß "Junge Juristen und Wirtschaft", Essen, 2-4 Juni 1993, Hans Martin Schleyer-Stiftung, p. 79; J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 528-532 (primera nota).

El Tratado de Maastricht ha supuesto un crecimiento considerable de las competencias exclusivas de la Comunidad en el ámbito de la unión económica y monetaria y la proyectada transferencia a la Comunidad de la moneda única. Cfr. C. O. LENZ, *Innmanente Grenzen des Gemeinschaftsrechts*, EuGRZ (1993), 57 (64); A. WEBER, *Die Wirtschafts- und Währungsunion nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, JZ (en prensa), pp. 18 y ss. (Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Währungsunion).

Para un somero análisis crítico de las posiciones doctrinales y del informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992 (nota 9), *vid.* T. STEIN, *Subsidiarität als Rechtsprinzip?* cit., pp. 32-35 (nota 4).

(26) R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit. p. 28 (nota 1).

(ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado) (27).

- Por lo que hace al primero –el principio de competencias de atribución (28)–, el artículo 3 B párr. 1º del TCE (la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna) reproduce lo que disponen los artículos 4.1 párr. 2º TCE (cada órgano comunitario actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado), 4 A TCE (relativo al Sistema Europeo de Bancos Centrales y al Banco Central Europeo), 4 B TCE (sobre el Banco Europeo de Inversiones) y E TUE (el Parlamento, el Consejo, la Comisión y el TJ ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos) y ha de contemplarse desde tres ángulos: material, instrumental y funcional. La Comunidad sólo podrá intervenir sobre aquellas materias que le hayan sido asignadas por el Tratado; actuará únicamente a través de aquellas formas y medios de Derecho derivado que de ordinario están ya expresamente previstas en el Tratado; y su acción se limitará habitualmente a la producción normativa, correspondiendo su aplicación en la mayor parte de los casos a los Estados miembros (29). De ahí que la Comunidad carezca de la *Kompetenz-Kompetenz* y sean los Estados los “Señores” o “Dueños” del Tratado en cuanto conservan el poder de disposición sobre aquélla (30).

(27) Véase el Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. I cit. (nota 1); asimismo, el informe del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, anexo I, núm. I (nota 9) y el Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 (nota 1) sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad (núm. I.2) (nota 1).

(28) *Compétence d'attribution; Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. El principio ha estado siempre vigente en la Comunidad. Para una visión panorámica véase OPPERMANN, *Europarecht*, 1991, núm. marg. 432 y ss.

(29) Cfr. T. STEIN, *Subsidiarität als Rechtsprinzip?* cit., p. 29 y la bibliografía allí citada (nota 4).

(30) (“Herren des Verträge”) *vid.* BVerfGE 75, 223 (186); U. EVERLING, en: BERNHARDT/GECK/JAENICKE/STEINBERGER, FS für Mosler, 1983, pp. 173 y ss.; NICOLAYSEN, *Europarecht I*, 1991, p. 72 y ss.; D. MERTEN, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, en la obra por el mismo autor coordinada: *Die Subsidiarität Europas*, cit., p. 79 (nota 1); W. KAHL, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag*, cit. 414, 416 (nota 9).

No obstante, como es bien sabido, en el ámbito de la interpretación del Derecho Comunitario, los Estados miembros han dejado de ser los Señores de los Tratados fundacionales. *Vid.* en tal sentido, R. BERNHARDT, *Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaft*

El principio de subsidiariedad, a renglón seguido, aclara y limita por su parte el alcance del principio de competencias de atribución: si el párrafo 1º del artículo 3 B TCE exige como presupuesto legitimante que el Tratado le haya atribuido a la Comunidad la competencia, el párrafo 2º del mismo precepto limita y condiciona su ejercicio (con la excepción de las competencias exclusivas) a la insuficiencia de los Estados miembros y a la mayor eficacia de la acción comunitaria o, lo que es lo mismo, determina si, a pesar de tener atribuida la competencia, puede o no ejercerla (31). La aplicación del principio de subsidiariedad, en efecto, presupone la existencia de una competencia no exclusiva, ya asignada, por virtud del art. 3 B párr. 1º TCE. Si, en fin, el párrafo 1º exige la *atribución de la competencia* y el 2º determina *si* es posible su *ejercicio*, el párrafo 3º del mismo artículo –principio de proporcionalidad– regula el *cómo* ha de ser tal ejercicio, en caso de que conforme a los dos primeros principios sea lícita la intervención europea.

- De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE (32), el principio de proporcionalidad postula que, en la hipótesis de que haya varios medios posibles para alcanzar el objetivo establecido por el Tratado, se escoja aquél que resulte menos gravoso para el ciudadano. Se mueve, pues, en el plano de la defensa de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 3 B párr. 3º TCE contiene una singular regulación del principio de proporcionalidad, circunscrita al ámbito competencial (33). Según el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (34), el principio de proporcionalidad del artículo 3 B TCE, aunque contenga en primer término una prohibi-

sechts, en FS für H. Kutscher, 1981, 17-24 (21); J. SCHWARZE, *Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Beziehungen*, EuR 1983,1-39; *apud* S. MAGIERA, *Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaft*, en *Staat und Parteien*, FS für R. Morsey, 1992, p. 220.

(31) En términos análogos, BVerfGE de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c.

(32) Cfr., v.gr., S. de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, Rep. 1989, 2237 (2269).

(33) La jurisprudencia constitucional alemana niega rotundamente la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. Vid, por todas, BVerfGE 79, 311 (314); 81, 310 (338); y la importante Sentencia Rastede, BVerfGE 79, 127 y ss. Respecto de la autonomía local, en la medida en que ésta ocupa una posición análoga a la de los derechos fundamentales, sí le sería de aplicación, pese a que esta proyección resulte controvertida desde que se dictara la última sentencia citada.

(34) BVerfGE de 12 de octubre de 1993, II.3.d.

ción de exceso en el ámbito de los derechos fundamentales, tiene también cabida en el seno de una Comunidad de Estados –que no constituyen ni forman una unidad estatal– al objeto de limitar la intensidad de la regulación comunitaria en defensa de la identidad nacional (art F.1 TUE) (35). Tras la entrada en vigor del Tratado (1.XI.1993) la Comunidad tendrá que observar el principio también en sus relaciones competenciales con los Estados miembros (36).

El objeto del artículo 3 B párr. 3º TCE es, en efecto, matizar o graduar el cómo ha de intervenir la Comunidad, es decir, con qué grado de intensidad (“sin exceder nunca de lo necesario”, afirma el precepto), tanto en el ejercicio de sus competencias exclusivas como concurrentes. Así, por ejemplo, en el plano de la intensidad o densidad normativa habría que preferir las Directivas a los Reglamentos, esto es, las normas básicas a las normas de detalle y desarrollo; el reconocimiento recíproco antes que una armonización; la primacía de la coordinación, del fomento y la cooperación sobre los preceptos materiales; y en general el acto no vinculante (recomendación; códigos de conducta; acuerdos con interlocutores sociales; reconocimiento recíproco; etc) a cualquier norma de contenido obligatorio y, desde luego, el apoyo financiero a la reglamentación; etc. (37). El principio de proporcionalidad (art. 3 B párr. 3º TCE) no pone en cuestión la intervención misma, sino la forma en que ésta ha de llevarse a cabo.

Sin que nos sea ahora permitido detenernos en un análisis más profundo, es evidente que este precepto ha recogido únicamente algunos de los aspectos que pueden derivarse del principio de proporcionalidad, y ello tanto desde el plano subjetivo –sólo se predica de la Comunidad, no de la acción de los Estados miembros–, como en el objetivo –no se refiere a la defensa de los derechos fundamentales, sino tan sólo al ejercicio de las competencias comunitarias–, e incluso desde la perspectiva de su contenido material se ha circunscrito a mencionar uno de los tres subprincipios que lo integran, el de “la necesidad de la intervención”, también llamado el del “medio más moderado” o “principio de la mínima intervención” –sin aludir, en efecto, al criterio

(35) *Ibidem.*

(36) Así, ZULEEG, *Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß*, DVBl., 20 (1992), p. 1334.

(37) *Vid. v. gr.* el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992, cit., núm. IV.1 (nota 9).

de la “utilidad” o “aptitud” de la acción comunitaria para alcanzar el fin que se persigue ni a “la ponderación de bienes e intereses” (o “proporcionalidad en sentido estricto”) (38)–. El precepto no ha agotado, pues, su dogmática ni la entera construcción jurisprudencial del TJCE que, por lo que hace a su proyección sobre los derechos fundamentales, sigue teniendo plena vigencia. El principio de proporcionalidad se proyecta, pues, sobre dos ámbitos diferenciados: el del ejercicio de competencias comunitarias (según el art. 3 B párr. 3º TCE) y el de los derechos fundamentales (conforme a la jurisprudencia del TJCE).

C. Su posición compartida en el sistema competencial comunitario.

En el entero contexto del Derecho Comunitario, el principio de subsidiariedad (art. 3B TCE) no constituye el criterio esencial ni se erige en el centro del sistema competencial, por cuanto requiere de la concurrencia de todo un conjunto de reglas y criterios con los que forma un todo unitario e inescindible (el principio de competencias de atribución y de proporcionalidad, a los que ya hemos hecho referencia; la cláusula de integración del artículo 235 TCE; los preceptos reguladores de cada política sectorial; etc). Y ello sin perjuicio de que, en términos políticos, haya polarizado el viejo debate del reparto competencial. En la realidad constitucional, tampoco constituye el eje del modelo federal ni ha presidido la intervención pública en la economía (39).

El principio de subsidiariedad no afecta ni cuestiona en modo alguno las competencias –exclusivas o concurrentes– de la Comunidad. De él no se derivan efectos sobre el equilibrio de poderes o la primacía del Derecho Comunitario o el principio de lealtad (art. 5 TCE) (40), del que es posible extraer consecuencias aún cuando la competencia concurrente sea ejercida por los

(38) Ciertamente, el principio de necesidad presupone al de aptitud o utilidad; es decir: la Comunidad deberá elegir el medio más moderado (y por tanto necesario) de entre todos aquellos *útiles o aptos* para alcanzar el fin propuesto.

(39) J ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot. Berlín, 1968; R. STOBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, 1989, pp. 286-289; R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Springer, 1990, pp. 520-521; *Vid.* recientemente, v.gr.: C. KIRCHNER/J. HAAS, *Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft*, JZ, 1993, 760 (771) quienes concluyen que el principio de subsidiariedad no constituye un principio estructural de la *Grundgesetz* ni tampoco un elemento indisponible (art. 79. III GG) del Estado federal. Véase asimismo la nota núm., 56 in fine.

(40) Así, unánimemente el Consejo Europeo de Edimburgo, cit (nota 9).

Estados miembros. Las obligaciones y deberes que el Tratado atribuye a los órganos comunitarios permanecen invariables.

D. La subsidiariedad como factor de equilibrio: instrumento de defensa de la libertad e identidad nacional y de la integración europea. Efecto descentralizador e integrador.

El principio de subsidiariedad (art. 3 B TCE) significa, de una parte, la primacía de los Estados miembros (en el ejercicio de las competencias concurrentes), como regla o presunción general (con lo que se proscribe, entre otras consecuencias, el principio "in dubio pro comunitate") y, de otra, un título legitimante para la intervención comunitaria, en la medida en que concurran los presupuestos que prescribe el citado precepto.

Con frecuencia, se pone el acento en la primera dimensión —señaladamente entre la doctrina alemana—, es decir, el principio de subsidiariedad como instrumento de defensa frente a los eventuales excesos comunitarios, con olvido de que, en efecto, constituye al propio tiempo un título de intervención en favor de la Comunidad o, lo que es lo mismo, de la integración europea. El más escrupuloso cumplimiento de los requisitos del artículo 3 B párr. 2º TCE (insuficiencia de los Estados miembros, mayor eficacia de la acción comunitaria), con todas las cautelas y garantías que quieran añadirse en su concreción (procedimientos complejos en los que participen todos los órganos comunitarios para mejor determinar si concurren o no las citadas condiciones; una detallada motivación de los actos jurídicos comunitarios; etc) puede, con todo, desembocar y llamar por hipótesis a la intervención comunitaria, a una mayor integración. Una correcta y motivada aplicación del principio podría, en efecto, conducir a un crecimiento en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas.

En realidad, no es que se olvide tal dimensión, sino que, al contrario, por temor a sus consecuencias, se subraya el primero de los efectos: la subsidiariedad como muro de contención frente a la acción comunitaria. Ha de notarse, no obstante, que del principio de subsidiariedad se puede abusar en las dos direcciones posibles: sirviéndose de él para fomentar sin justificación ni fundamento una mayor intervención comunitaria, o bien, por contra, para bloquear desde las instancias inferiores la acción de la Comunidad. Tanto el exceso como el defecto son impugnables.

A nuestro juicio, pues, no parece riguroso reprocharle a la subsidiariedad su eventual efecto integrador, cuando en realidad ello no es sino una conse-

cuencia de la misma naturaleza de las cosas, de la lógica a la que responde –conforme a la cual se legitima la acción comunitaria si concurren los presupuestos–. Lo que cabría criticar desde la óptica de la técnica jurídica, una vez más, sin embargo, es el deficiente y todavía poco evolucionado sistema competencial de la Comunidad, su indefinición y carácter funcional y, en consecuencia, su virtual fuerza expansiva; lo que no hace sino urgir a una mayor concreción –catálogo de materias en las que puede intervenir la Comunidad, p.ej.–; etc.

El análisis crítico ha de distinguir, por consiguiente, dos planos de distinta naturaleza: la subsidiariedad como título de intervención, de una parte, y el ineludible proceso constituyente en que ha de desembocar el tema competencial, de otra. En primer término, en efecto, no hay razón para inadmitir la integración europea cuando venga de la mano del principio de subsidiariedad que, por lo demás, no resulta responsable, de las imperfecciones del sistema competencial comunitario. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que son numerosos los aspectos a los que el artículo 3 B párr. 2º TCE no puede dar respuesta por sí mismo y a los que las reformas del propio Tratado tendrán que enfrentarse (v.gr.: posible lista tasada de competencias comunitarias; una clarificación competencial entre funciones y materias; etc). Así, por ejemplo, si se quieren poner a salvo algunos ámbitos materiales de la eventual acción comunitaria (como desean los *Länder* respecto de la educación y cultura, v.gr.) bastaría con fijar en el Tratado las materias que quedan exentas de la aplicación de los criterios que el artículo 3 B TCE contiene (como en cierto modo han realizado los preceptos relativos a tales políticas sectoriales). La subsidiariedad no puede, pues, sustituir el proceso constituyente en el plano europeo.

Por lo demás, integración y subsidiariedad no se excluyen mutuamente. Son, por el contrario, las dos caras de una misma moneda que se complementan recíprocamente (41). En el seno de la subsidiariedad se concilian la posibilidad de adoptar las decisiones al nivel más próximo y cercano a los ciudadanos y, en consecuencia, la salvaguarda de la identidad nacional, de un lado, y la integración europea en cuanto necesaria y eficaz, de otro. Constituye un centro o nudo de intersección de las relaciones competenciales (no exclusivas) entre la Comunidad y los Estados miembros, una “línea de frontera”. La

(41) En sentido análogo, *vid.* S. HESELHAUS, *Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration*, en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union* cit. p. 76 (nota 25); T. RIEGER, *Eurozentrismus oder zurück zur Subsidiarität?*, en la misma obra colectiva, p. 146.

integración europea –que, desde luego, no se mide por la *cantidad* de normas emanadas de los órganos comunitarios y su *grado de detalle*– y la centralización no son, en fin, términos sinónimos. La integración generada con respeto del principio de subsidiariedad constituye una unificación saludable y ya no es centralismo, porque éste no discrimina ni distingue entre aquel ejercicio de competencias que por razones de necesidad y eficacia puede corresponder al nivel superior, de aquel otro que resulta innecesario, sino que absorbe y desconfía.

Si en virtud del principio de subsidiariedad (art. 3 B TCE) interviene la Comunidad, es evidente que lo hará “cargada de razón”, sin duda con un mayor consenso en beneficio de la integración; crecerá el grado de aceptación y de legitimidad de la Comunidad a resultas de la más detallada motivación de sus actos; y se ponderarán mejor todos los intereses en juego (42).

Antes del Tratado de Maastricht la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas –ciertamente, el más importante–, no estaba sometida al rigor de un instrumento de control y medición como el principio de subsidiariedad que, aunque no sea de precisión (no es un criterio de evidencia), constituye un avance en el esquema de distribución competencial en tanto que representa un parámetro razonable con el que determinar el grado de “integración” que en cada caso resulta aconsejable, por necesario y eficaz. La obligación de motivar y legitimar la acción comunitaria trae consigo una mayor transparencia y racionalidad a la hora de resolver el problema de *cuáles* son las competencias que tiene atribuidas la Comunidad y *cuándo* resulta lícito su ejercicio (43). De ahí que su incorporación al Derecho Comunitario represente un dato positivo, a nuestro juicio.

E. La subsidiariedad como criterio formal y relativo: las coordenadas de espacio y tiempo y la diversa regulación de cada política sectorial.

(42) En tal sentido, S. HESELHAUS, *Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration*, cit., p. 76 (nota 25).

(43) Así, también M. JESTAEDT, *Die Relativität des Subsidiaritätsprinzips*, Europäische Union, Arbeitsgeber 20/45, 1993, 725 (726).

La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1) advierte, con acierto, el doble efecto –descentralizador e integrador– que posee el principio (cfr. núm. I.1).

El principio de subsidiariedad es ante todo un *método*, un criterio formal para legitimar el ejercicio de competencias no exclusivas ya asignadas con carácter previo, más que un concepto sustantivo, con un contenido apriorístico o autónomo. El artículo 3 B TCE no ha garantizado un núcleo o un ámbito material que, en todo caso, deba quedar en manos de los Estados y, menos aún, de la instancia regional. Ahora bien, si bien no se ha ocupado de preservar un contenido sustantivo indisponible frente a la acción comunitaria, es evidente, sin embargo, de la mano de una interpretación sistemática del entero Tratado (art. 3 B, objetivos y fines, políticas sectoriales, etc) que la Comunidad nunca podría desapoderar ni invadir el ámbito tradicional de competencias regionales, como la educación, formación profesional, sanidad, política regional o cultura, por ejemplo.

Cuáles sean las consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad a cada caso concreto es algo no determinable a priori, tanto por lo que se refiere al nivel o escalón en que deberá ejercerse la competencia, cuanto a la duración de su ejercicio. El artículo 3 B TCE constituye un criterio formal del que no se deriva un resultado eterno, sino variable o en movimiento, según las circunstancias de lugar y tiempo. Es, por consiguiente, un principio dinámico (44): hoy puede demandar una mayor amplitud de la acción comunitaria sobre una determinada política sectorial y mañana, por el contrario, un retroceso de la Comunidad. Se trata, en otros términos, de una regla *temporal*: la acción subsidiaria sólo se legitima en tanto perduren los presupuestos en que se funda. Pero sus resultados dependen, por la misma razón, del factor *espacial*. La acción subsidiaria de la Comunidad puede serlo en relación con uno o varios Estados miembros o con todos (v.gr., en materia de medio ambiente, donde el estándar global de protección es bien diferente entre los diversos países, es posible la acción comunitaria exclusivamente sobre algunos de ellos) (45).

(44) Así lo denomina, v.gr., el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, cit., anexo I núm. I (nota 9). La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1) utiliza el mismo término (cfr. núm. 1.2).

(45) La posibilidad de intervenir sobre uno o varios Estados y no sobre todos no se desprende sólo de la misma noción de subsidiariedad, sino que se ve, por lo demás, avalada y fortalecida por el principio de proporcionalidad.

La Comunidad, por su parte, está en continua evolución y desarrollo. Su razón de ser estriba en “comunitarizar” competencias hasta ahora desempeñadas por los Estados miembros individualmente. Los límites competenciales están, en cierto modo, en continuo movimiento, sin que ello signifique, sin embargo, un ilimitado crecimiento comunitario. Junto a la necesidad de integración europea, la salvaguarda de la identidad nacional pertenece también a los objetivos y fines del Tratado fundacional (art. A, B *in fine* y F.1 TUE) (46).

Por último, la flexibilidad o plasticidad del principio no deriva tan sólo del factor espacio-tiempo, al que acabamos de hacer referencia, sino del elemento *material*-la política sectorial- sobre el que se proyecte en cada caso (47). El principio del artículo 3 B TCE tendrá una aplicación más intensa (como presunción competencial en beneficio de los Estados miembros) cuanto menor sea la intervención comunitaria prevista en el Tratado en el ámbito material de que se trate (48). Y, a la inversa, cuanto mayor sea el grado de detalle y de definición en el Tratado de un objetivo comunitario, menos espacio le resta a la subsidiariedad (49).

F. La aplicación del principio de subsidiariedad, una responsabilidad para los Estados miembros.

El principio de subsidiariedad rige para todos los órganos comunitarios, no sólo para la Comisión. Los Estados miembros participan de forma decisiva en la producción normativa de la Comunidad a través del representante del Gobierno en el Consejo y aplican el Derecho Comunitario a través de sus propios órganos legislativos y administrativos (50).

(46) Cfr. S. MAGIERA, *Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien* cit. pp. 225-226 (nota 30).

(47) V. CONSTATINESCO afirma en tal sentido de que la aplicación del principio es relativa y flexible; asimismo, BÜSCHER, *EG-Magazin* 11/1992, p. 23; *apud* W. KAHL, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip* cit., p. 436 (nota 9). Véase un ejemplo de su aplicación a la política agraria, en J. SCHERER, *Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform*, cit. 284 y ss (nota 19); o al mercado interior en P.M. SCHMIDHUBER/G. HITZLER, *Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip*, *EuZW* 1993, pp. 8-10.

(48) En sentido análogo, *vid.* R. v. BORRIES, *Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., p. 36, 34-36 (nota 1).

(49) Cfr. el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 y anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, núm. I.4 (nota 9).

(50) Sobre este extremo, *vid.* v.gr.: H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 218 y ss.

La aplicación práctica del principio depende en buena parte del propio Consejo, puesto que es todavía el órgano comunitario legiferante por excelencia (51), lo cual remite a la responsabilidad política de los Estados miembros. Ellos son, en efecto, los Señores del Tratado; la Comunidad no ha perdido su cordón umbilical. De ahí que los Estados no puedan esconderse en la Comunidad para diluir su responsabilidad (52), ni recargar las Directivas hasta hacerlas irreconoscibles respecto de los Reglamentos, sea para defender sus peculiaridades nacionales (en ocasiones, por puros intereses proteccionistas de la propia industria nacional (53)), o sea para ahorrarse las eventuales dificultades que su transposición en el ámbito interno –fase descendente– pudiera entrañar (54).

G. La consagración del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea y en las Constituciones nacionales.

Algunas Constituciones nacionales (v.gr.: art. 23 GG; art. 6 de la Constitución portuguesa) han consagrado el mismo principio como presupuesto legítimante para la transferencia de nuevas competencias a la Comunidad. Ello significa, desde luego, que está abierta la posibilidad de resultados divergentes en la interpretación y aplicación de la doctrina de la subsidiariedad entre los diversos Estados miembros como parámetro para enjuiciar la licitud de una nueva transferencia de competencias (art. 23 GG ó 6 de la Constitución portuguesa) y entre éstos y la Comunidad respecto del ejercicio de competencias concurrentes (art. 3 B TCE).

En éste último sentido, podríamos asistir, por hipótesis, a un fenómeno sin precedentes. Un mismo principio consagrado en el Tratado de la Unión Europea y en la Constitución de los Estados miembros; en las instituciones europeas, con efecto en ocasiones tendencialmente centrípeta; en el Estado miembro, inercialmente centrífugo. Y su interpretación, en última instancia,

(51) Así lo advierte expresamente el propio Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c.

(52) P.M. SCHMIDHUBER, *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, cit., p. 420 y s. (nota 9).

(53) T. STEIN, *Subsidiarität als Rechtsprinzip?* cit., p. 24 (nota 4).

(54) Cfr. la obra colectiva: *Subsidiarity: The Challenge of Change*. Working Document Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991. EIPA. Maastricht, 1991, pp. 24 y 59.

confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad, en un caso, y al respectivo Tribunal Constitucional, en el otro. Un mismo parámetro de control, pero, nótese bien, con funciones diversas y ámbitos materiales también distintos. La posibilidad de obtener resultados divergentes, como los en cierto modo se produjeron en relación con la primacía del Derecho Comunitario entre el TJCE y el TCF alemán, obedecen en última instancia al diverso punto de partida en que se fundan. Mientras que el parámetro de control del Tribunal de Justicia reside en los Tratados, el Tribunal Constitucional alemán –lo que resulta extensible a los restantes Tribunales Constitucionales– tiene a la *Grundgesetz* como canon para contrastar la conformidad constitucional de las competencias transferidas a la Comunidad. El conflicto se produciría si se transfirieran más competencias soberanas de las que permite la Constitución de que se trate (55).

No obstante, el ámbito material sobre el que se proyectan no es coincidente: el artículo 3 B TCE incide sobre el ejercicio de competencias no exclusivas *ya atribuidas* a la Comunidad; el artículo 23 GG, a título de ejemplo, sobre la transferencia de *nuevas* competencias soberanas hacia la Comunidad.

H. Deslinde conceptual entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ha de auxiliar y completar cuanto dispone el principio de subsidiariedad en el control del ejercicio de las competencias comunitarias.

No faltan autores (56) e incluso manifestaciones iniciales de los órganos comunitarios (57) que propugnan una concepción amplia del principio de subsidiariedad (art. 3 B párr. 2º) comprensiva e integradora del principio de

(55) Ctr. S. MAGIERA, *Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien*, cit., p. 225 (nota 30).

(56) Vid v.gr.: BEUTLER/BIEBER/PIPKOM/STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, cit. p. 229 (nota 22); U. PIEPER, *Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union?*, DVBl. (1993), 705 (709); una glosa del citado informe de la Comisión, en P.M. SCHMIDHUBER, *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, cit. (nota 9); y en iguales términos, P.M. SCHMIDHUBER/G. HITZLER, *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft*, NVwZ 1992, 720 (723).

Desde otro punto de vista, se han postulado opiniones radicalmente contrarias conforme a las cuales el principio de subsidiariedad constituiría un supuesto del principio de proporcionalidad; vid. J. SCHERER, *Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform*, cit. p. 281, 283 (nota 19).

proporcionalidad (art. 3 B párr. 3º), conforme a la cual éste constituiría un elemento más de la subsidiariedad. Ciertamente, de ello no tiene por qué derivarse padecimiento alguno en el sistema de garantías que uno y otro representan. El resultado final será el mismo en su aplicación práctica.

Se trata, sin duda, de dos principios estrechamente emparentados, incardinados secuencialmente en uno de los preceptos centrales, según sabemos, para la comprensión del sistema competencial comunitario, el artículo 3 B TCE, novedoso, sin duda, en el Derecho positivo (el de subsidiariedad, como principio general en el ámbito competencial carecía del rango de principio no escrito; el de proporcionalidad, en cambio, gozaba ya de un amplio reconocimiento jurisprudencial como principio general no positivado del Derecho Comunitario, aunque circunscrito a la esfera de los derechos fundamentales, como ya hemos notado). Ambos tienen claros rasgos en común: presumen la existencia de una competencia atribuida a la Comunidad; ni uno ni otro pretenden frenar la integración europea o congelar las competencias comunitarias en su estado actual, sino, por el contrario, controlar su ejercicio (58). Persiguen, en efecto, limitar la acción del poder público –en nuestro caso, la comunitaria– y sujetarla a parámetros de racionalidad; otorgar el máximo grado de libertad al individuo, a la sociedad, y al nivel inferior de poder;

Sobre el debate habido en torno a las relaciones entre los dos principios en el seno de la dogmática alemana, véase una visión panorámica en J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit. (nota 39), pp. 88 y ss.; y, en el plano de la actividad económica, M. HOFFMANN-BECKING, *Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot*, en FS für H.J. Wolff, Beck, München, 1973.

(57) Cfr. el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, *in totum* (nota 9). Por ello, afirma en el núm. IV del citado informe que la subsidiariedad en cuanto reguladora de la “intensidad de la medida” (léase “principio de proporcionalidad”) propugna que se elija aquel medio que menos restrinja las competencias de los Estados miembros y la libertad personal y del empresario. Más adelante, sin embargo, utiliza adecuadamente el término “principio de proporcionalidad” para referirse a la intensidad de la acción comunitaria.

El informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (nota 9), sin embargo, hace un uso riguroso y diferenciado de ambos principios (*vid.* el anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad).

La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad (nota 1) distingue con mayor precisión dogmática –y en un claro giro de su posición original– entre un principio y otro (cfr. núm. I.1,II.1 y III).

(58) Cfr. ZULEEG, *Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß*, cit., p. 1336 (nota 36).

etc. (59). Su aplicación secuencial en la práctica conduce, en ocasiones, a una cierta difuminación de sus perfiles dogmáticos. Su ubicación sistemática parece incluso representar una confirmación de su proximidad.

La frontera o deslinde entre ambos principios podría fijarse, sin embargo, a partir de la siguiente premisa: la subsidiariedad responde a la pregunta de *cuándo* es lícita la intervención pública o la de una concreta instancia de poder. La proporcionalidad da respuesta, en cambio, a la cuestión de *con qué medio* es legítima tal intervención. La proporcionalidad se cuestiona la legitimidad de los “medios” en relación con un “fin” que le viene ya predeterminado, en tanto que la subsidiariedad enjuicia el “fin” en sí mismo; o, en otros términos, “si es legítimo intervenir” o, por contra, no hay razón para ello; y, en caso positivo, aquélla se preocupará por el “cómo” podría ejercerse el poder estatal (60). La subsidiariedad determina los *presupuestos legitimantes* de la intervención y el nivel o escalón al que corresponde; la proporcionalidad la *intensidad* de su ejercicio.

Tal secuencia lógica —*cuándo* y, en su caso, *cómo*— parece lucir en el propio Tratado de la Unión Europea: el artículo 3B TCE sienta, en primer lugar, los criterios en virtud de los cuales es válida la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas, es decir, *cuando* los objetivos de la acción pretendida no puedan alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor a nivel comunitario (párr. 2º). Seguidamente, el precepto añade *cómo* habrá de ser la intervención:

(59) A la proporcionalidad se le podría llamar “subsidiariedad de los medios” y a la regla del artículo 3 B párr. 2º TCE “subsidiariedad de los fines”.

En cierto modo, podría decirse en términos muy amplios que la subsidiariedad viene a asumir en el ámbito competencial la función que atiende el principio de proporcionalidad en el plano de los derechos fundamentales (defensa o libertad; restricción de la acción estatal a lo imprescindible); en tal sentido, J. LAITENBERGER, *Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassung*, en la obra colectiva *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union* cit., p. 111 (nota 25). No obstante, el reconocimiento del principio de proporcionalidad en el ámbito competencial (art. 3 B, párr. 3º TCE) hace innecesaria tal observación.

(60) Así, en la concepción de DÜRIG: *Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat*, JZ 1953, pp. 193 y ss. (199).

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional alemana, el principio de proporcionalidad, en cierto sentido, es de carácter formal, puesto que se centra en la relación medio-fin; el de subsidiariedad exige una decisión básica interna, de ahí que requiera una concreción normativa para su aplicación al caso concreto. Es más *ratio legis* que *lex*, en tanto que la proporcionalidad resulta inmediatamente aplicable y goza de un carácter normativo pleno; cfr. J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*. cit. pp. 91-92 (nota 39).

ninguna acción de la Comunidad, y, por tanto, tampoco las acciones subsidiarias, excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado (párr. 3º). En suma, pues, a la pregunta del *cuándo* responde el precepto: en los casos de insuficiencia y mayor eficacia; y a la cuestión del *cómo*, afirmará: sin exceder en ningún caso de lo necesario o indispensable (61).

Sin embargo, el deslinde entre ambos principios dependerá en última instancia de la amplitud con que sean concebidos. Así, sólo un concepto muy amplio de subsidiariedad podría albergar en su interior a la proporcionalidad –“subsidiariedad de los medios” o de los instrumentos a utilizar por el poder público (el medio más gravoso o intenso será “subsidiario” del más suave, podríamos decir)–; la subsidiariedad demandaría, por sí misma, que el poder público escogiera el instrumento menos intervencionista o lesivo, sea respecto del individuo o del escalón inferior de poder.

No obstante, una versión tan amplia carece de apoyo positivo y, lejos de entrañar ventajas de ningún género, contribuye a la difuminación dogmática de ambos principios. Parece, pues, más riguroso, en consecuencia, apostar por una concepción estricta que, sin perjuicio del reconocimiento de sus similitudes, permita su uso e invocabilidad autónomos.

III. LA INFLUENCIA O EFECTOS JURIDICOS DEL PRINCIPIO SOBRE LAS REGIONES EUROPEAS

A. Cuestiones previas: el limitado objeto del artículo 3 B TCE; la amplitud de los intereses regionales; y la heterogeneidad de la estructura regional europea.

Para mejor entender el impacto que, desde una perspectiva estrictamente *jurídica*, ejerce el principio de subsidiariedad sobre las Regiones, es necesario hacer tres observaciones con carácter previo: ni el principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE se proyecta inmediatamente sobre las Regiones (1), ni

(61) La idea de la *necesidad* que de algún modo subyace a los dos principios no constituye un disolvente que desdibuje los contornos de uno y otro. El criterio de la necesidad opera con una perspectiva diversa en cada caso. En el supuesto de la subsidiariedad, determinará si es legítima o no la acción comunitaria (léase, necesaria); en relación con la proporcionalidad, por contra, decidirá la intensidad de la acción (esto es, el grado de intervención que es necesario). De otra opinión, U. PIEPER, *Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union?*, cit., p. 709 (nota 56).

los intereses regionales se agotan en la defensa de sus propias competencias frente a la intervención comunitaria (2); a lo que ha de añadirse, en fin, la dificultad de formular un concepto unitario de “Región europea”, habida cuenta de la heterogeneidad de los intereses y estructuras regionales de cada uno de los Estados miembros (3).

1) La positivación del principio de subsidiariedad (art. 3 B TCE) se circunscribe formalmente a la relación Comunidad Europea-Estados miembros, y no incide sobre las Regiones (62). No se pronuncia, en efecto, sobre si la medida en cuestión debe ser adoptada por el Estado miembro o por otras instancias inferiores. La estructura constitucional de cada Estado resulta, en consecuencia, determinante y decisiva a tal efecto, lo que, por otra parte, el mismo Tratado asegura mediante el principio que garantiza la propia identidad nacional (art. F.1) (63). Ciertamente el primer presupuesto en que se funda la subsidiariedad –según el cual la Comunidad no puede intervenir en tanto los objetivos de la acción pretendida puedan alcanzarse de forma satisfactoria a nivel de los Estados miembros–, se cumple ya, en efecto, desde el momento en que las unidades infraestatales pueden atenderlos suficientemente, pero ello remite, en última instancia, a la respectiva estructura constitucional.

Es innecesario, pues, insistir en que Derecho Comunitario regula exclusivamente las relaciones competenciales entre la Comunidad y los Estados miembros, y no la distribución interna de competencias que cada uno de ellos posea. El principio de subsidiariedad no ha modificado en nada esta realidad. Cuestión distinta sería que el Tratado de Maastricht hubiera incorporado una norma o criterio específico o una concreta regulación de las competencias in-

(62) Y ello pese a los intentos de recoger expresamente en el precepto a las Regiones, *Länder* y Comunidades Autónomas, en el curso de su elaboración (cfr. señaladamente el acuerdo del Bundesrat de 31 de julio de 1990 [BR-Drs. 550/90, Anl. p. 1]). Cfr. D. MERTEN, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, cit., p. 82 (nota 1); W. KAHL, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip nach Art. 3b EG-Vertrag*, cit. p. 426 y 432 (nota 9); H.-W. RENGELING, *Europa der Regionen*, en F.S. für W. Thieme zum 70. Geburtstag, C. Heymanns Verlag, Köln u.a., 1993, 445 (446 y ss.). Sobre la incidencia de la Comunidad en las competencias regionales (a través, entre otros, de los artículos 57, 100, 110 A y 235 TCE), la decisiva influencia de los Gobiernos centrales y las escasas posibilidades de defensa judicial que las Regiones poseen ante el TJ, *vid.* ZULEEG, *Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß*, cit., pp. 1330-1331, 1336-1337 (nota 36).

(63) La Declaración del Consejo Europeo de Birmingham, de 16 de octubre de 1992, subrayó igualmente que es cuestión de cada Estado decidir de qué forma se ejercerán sus competencias en el ámbito interno.

ternas (regionales, por ejemplo) en el seno de los Estados miembros, lo cual hubiera traído consigo un desarrollo y un proceso de integración de muy distinta naturaleza (64).

El artículo 3 B TCE no podrá tener en consecuencia, más que efectos jurídicos *indirectos* sobre las Regiones en cuanto instrumento de *garantía y defensa* de sus competencias siempre que, de su aplicación, resulte innecesaria la acción comunitaria, de un lado y, de otro, conforme al esquema de distribución interna, le esté atribuida la competencia a la instancia regional. Ciertamente, cuanto mayores sean las competencias regionales, más beneficios podrán obtener las Regiones de una adecuada aplicación del principio en cuanto que la Comunidad sólo incidirá sobre su esfera competencial cuando ello sea estrictamente necesario y más eficaz. Sin duda, es igualmente trascendente la posibilidad de influir, en fase ascendente, en la formación de la voluntad estatal. Si las Regiones gozan de una participación decisiva sobre los órganos centrales del Estado –siempre que el acto comunitario proyectado pueda afectar de forma significativa a su ámbito competencial– tendrán, desde luego, asegurada una defensa eficaz de sus propios intereses.

En suma, pues, el principio de subsidiariedad incardinado en el artículo 3 B TCE no produce, por sí sólo, efectos jurídicos directos sobre las Regiones. Tan sólo en la medida en que, por virtud de la estructura constitucional de cada Estado, se inserte el principio en un contexto más amplio (importantes competencias, tanto legislativas como de aplicación; participación decisiva en la formación de la voluntad estatal; etc) podrá constituir un poderoso instrumento o aliado, esto es, como complemento, en el plano comunitario, de un esquema constitucional interno. De ahí que sean, sin duda, los *Länder* alemanes los mayores beneficiarios del principio de subsidiariedad (65). No en vano han sido en buena parte los artífices de su incorporación al Tratado de Maastricht y han influido decisivamente en su concreción por parte de los órganos comunitarios (66).

(64) Cfr. S. MAGIERA, *Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien*, cit., pp. 234-236 (nota 30).

(65) *Vid.* la distribución competencial entre la Federación y los *Länder* en la *Grundgesetz* (arts. 70 y ss.; 83 y ss.), así como el nuevo artículo europeo, el 23 GG.

(66) Para una prueba de cuanto se afirma, baste la remisión a T. GOPPEL, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip. Der Beitrag Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzip in der EG*, *EuZW*, 1993, pp. 367-370, que aunque, a nuestro juicio, tenga un exceso de énfasis político y desde luego obvie otros importantes antecedentes de la subsidiariedad (como el Proyecto Spinelli de 1984 del Parlamento Europeo), resulta bien elocuente del peso específico de los *Länder*.

2) Los intereses de las Regiones en relación con la Comunidad Europea no se agotan, por lo demás, en la defensa de sus competencias frente al eventual centralismo comunitario. Por el contrario, las Regiones tienen un espectro de intereses más amplio: aspiran a participar en la formación de la voluntad en sus propios Estados y en la de los órganos comunitarios; persiguen que las diversas políticas comunitarias se acomoden a las peculiaridades e idiosincrasia de cada Región (67); etc.

3) La falta de homogeneidad respecto de la estructura y niveles competenciales de las Regiones dificulta, por último, una defensa eficaz de los intereses regionales en el seno de la Comunidad (68).

Ni siquiera es posible formular un concepto unívoco de Región en Europa. De forma pragmática, se define como unidad subestatal y supralocal. La instancia regional, sin embargo, se puede articular en cada Estado miembro en torno a factores diversos: así, sobre la base de una definición histórica y cultural, con identidad de tradiciones y de lengua (pero muy pocas Regiones europeas cumplen tales condiciones) (69); o sobre el criterio del espacio con una especial vocación económica y empresarial (lo que también es infrecuente, puesto que en no pocos países predomina un criterio de mera oportunidad administrativa (70)). Si se atiende a la dimensión organizativa, tampoco se obtienen resultados concluyentes: ciertamente, en todos los Estados miembros, a excepción de Grecia, existen unidades políticas infraestatales con asambleas de representantes; sin embargo, resulta forzado identificar como Región a las entidades locales danesas, los *counties* irlandeses e ingleses, los distritos portugueses y luxemburgueses y las provincias holandesas; unidades todas ellas de una enorme heterogeneidad competencial, cualitativa y cuantitativa. Ello trae como consecuencia que según el Estado de que se trate será el Gobierno central o las Regiones los que representen unos mismos intereses.

(67) Para un mayor desarrollo, *vid.* A. BENZ, *Regionen als Machtfaktor in Europa?*, Verwaltungs-Archiv, 3 (1993), pp. 328 y ss.

(68) Una visión panorámica de la estructura regional de los Estados miembros en C. ENGEL, *Regionen in der Europäischen Gemeinschaft*, pp. 9 y ss (nota 25).

(69) Galicia, Cataluña y País Vasco, en España; las cinco Regiones italianas de Estatuto especial; Irlanda del Norte, Escocia, Gales y Córcega. Cfr. A. BENZ, *Regionen als Machtfaktor in Europa?*, *cit.*, p. 330 (nota 67).

(70) Alemania, Francia, Italia o Grecia, v.gr. Cfr. A. BENZ, *ibidem*.

De ahí que también sea diferente lo que ante la Comunidad pueda presentarse o definirse como intereses de carácter regional (71). Con todo, dentro de este contexto, Alemania, Bélgica, España e Italia, en cuanto Estados compuestos, y con ciertos rasgos comunes (72), representan el grupo de cabeza en la Comunidad (73).

B. La Región y el horizonte federal de la Comunidad

Las Regiones europeas (*Länder*, Comunidades Autónomas, Regiones,...) han visto en el principio de subsidiariedad un límite jurídico a la intervención comunitaria sobre sus respectivas esferas competenciales. Sin embargo, la densidad jurídica directa que de ese límite pueda derivarse respecto de la instancia regional –artículo 3 B TCE–, como es hemos visto, es bien escasa (74). En su dimensión política –tanto como criterio de redefinición competencial e institucional en el plano interno y europeo, como desde el punto de vista dinámico en la evolución de las políticas sectoriales– podrá tener mayores repercusiones.

(71) Cfr. A. BENZ, *Regionen als Machtfaktor in Europa?*, cit. pp. 330-331 (nota 67). El citado autor apunta que el único rasgo común capaz de aglutinar la estructura regional es el de los fines a los que aspiran tales unidades en relación con la Comunidad. Vid. asimismo sobre la dificultad del concepto de región, H. LECHELER, *Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 85-96 y 129-133; W. HUMMER/S. BOHR, *Die Rolle der Regionen im Europa der Zukunft. Subsidiarität-Föderalismus-Regionalismus in vergleichender Betrachtung*, en P. EISSENMANN/B. RILL (editores), *Das Europa der Zukunft. Subsidiarität, Föderalismus, Regionalismus*, Ed. Pustet, Regensburg, 1992, 80 y ss.; A. SCHINK, *Die europäische Regionalisierung*, Die öffentliche Verwaltung, 1992, 385 (388 y ss.); B. HESSEL/K. MORTELMANS, *Decentralized Government and Community Law: Conflicting Institutional Developments*, Common Market Law Review 30 (1993), 905 (906); H.-W. RENGELING, *Europa der Regionen*, cit., pp. 446 y ss., 455, 459 (nota 62).

(72) Vid. H.-J. BLANKE, *Estructuras federales y Derecho Comunitario*, en J. BARNES (Coordinador), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, cit., pp. 291-313, (297 y ss.) (primera nota).

(73) Para un análisis de la cuestión en Alemania, Bélgica, España e Italia (hasta 1992), véase la obra citada en nota anterior *in totum*.

(74) Sin embargo, es lógico que las Regiones europeas aspiren a que este principio conserve un cierto valor o efecto defensivo de tal forma que el representante del Estado miembro pueda oponerse en el Consejo a interpretaciones extensivas del Tratado, sean de la Comisión o de cualquier otro Estado miembro.

Históricamente, el principio de subsidiariedad ha servido en cierto modo para unificar de abajo a arriba, para construir una Federación. Por contra, países antaño centralizados, como el caso de Italia y España, al apostar por la descentralización, de arriba hacia abajo, no han tenido necesidad de articularse en tomo a este principio. Ha constituido un instrumento técnico de integración en la construcción de un Estado federal. Por lo demás, la experiencia jurisprudencial interna respecto de figuras o técnicas análogas al principio de subsidiariedad (como el principio de necesidad del art. 72.2 GG o el de supletoriedad del artículo 149.3 CE (75) o las leyes de armonización del art. 150.3 CE) (76) no hace sino confirmar ese movimiento inercial.

El principio de subsidiariedad y su proyección sobre las Regiones no es, en modo alguno, una cuestión aislada, sino una de las piezas inescindiblemente ligadas al proceso de integración europea y al horizonte federal en que ésta se enmarca. La Unión Política sitúa los problemas estructurales de la Comunidad en una nueva clave. Y es que el proceso constituyente europeo impide atender o debatir de forma aislada o unilateral la "cuestión regional" o, si se quiere, el déficit democrático o las funciones de cualesquiera de sus órganos. Antes que de un reparto cuantitativo de competencias entre niveles u órganos, se trata, en sentido cualitativo, de determinar las funciones constitucionales de los órganos comunitarios (77). Ello significa también que no toda reivindicación de las Regiones europeas, ni toda concesión de la Comunidad hacia éstas, es expresión del principio de subsidiariedad, ni cabe subsumirlas en su concepto (78).

(75) Vid. I. LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 186 y s.

(76) Vid. J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas*, cit., pp. 577 y s (primera nota).

(77) Cfr. el estudio de S. LANGER: *Unitarismus und Föderalismus im künftigen Europa. Zur Bedeutung zweier Integrationsprinzipien für die Organisationsentwicklung der Europäischen Gemeinschaften*, Die öffentliche Verwaltung (1991), p. 824. La resolución de las grandes cuestiones estructurales que tiene pendiente la Comunidad, añade el citado autor, sólo pueden abordarse desde la clarificación de las funciones que haya de atender cada órgano. Y ello es una tarea prioritaria, aunque sólo fuera por dos razones: porque el tema de la función implica el de las competencias, de un lado y, de otro, porque la expansividad y desvinculación de la Comunidad como organización (que ha roto en cierto modo sus amarras funcionales) sólo puede compensarse con una limitación funcional de sus órganos en concreto.

(78) V.gr.: la participación y audiencia directa ante órganos comunitarios; la administración de los fondos estructurales; o la creación de una Cámara regional no constituyen una exigencia del principio de subsidiariedad. Cfr., entre otros, M. HEINTZEN: *Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft*, JZ (1991) p. 322.

El principio de subsidiariedad, tanto en su dimensión política como jurídica, encierra una enorme potencialidad en beneficio de las Regiones –y Corporaciones locales (79)– si se enmarca –de forma inescindible– en el contexto del *sistema federal* y del instrumental que le es inherente (principios de cooperación y coordinación; cámara de representación territorial; cláusula competencial general en favor de los niveles más bajos de poder y una lista tasada de competencias comunitarias –con supresión del artículo 235 TCE–; una clarificación competencial entre funciones y materias; tendencia a que la Comunidad se limite a dictar las normas básicas; etc). Para la cual, sin duda, sería necesario abrir un proceso constituyente que incorporara tales elementos. No obstante, la Comunidad –con un grado de integración todavía insuficiente y, desde luego, en continuo movimiento– no parece estar aún en condiciones de asumir las notas que son inherentes al federalismo. El mismo avance que implica el Tratado de Maastricht –que no ha podido incorporar esos rasgos– requiere de un período previo de implantación y asimilación antes de plantear nuevas reformas (que podrá formularse a partir de 1996, art. N.2 TUE).

Por otra parte, podría contribuir al reconocimiento comunitario de las entidades infraestatales de los Estados compuestos si se abandonara el principio general del Derecho Internacional de la representación exterior única de los Estados (80), como ha hecho Alemania recientemente con la reforma constitucional del artículo 23 GG (81). El primer paso que ha de dar la Comunidad –si desea caminar hacia el esquema federal– reside en la incorporación de las Regiones a la estructura comunitaria.

Ciertamente, el modelo federal, entre otras consecuencias, resulta especialmente idóneo para evitar los conflictos constitucionales entre los Estados miembros –y los niveles infraestatales– con la Comunidad.

Con todo, la consagración del principio de subsidiariedad en el esquema de distribución de competencias concurrentes de la Comunidad (art. 3 B

(79) Sobre la débil posición de las Corporaciones locales frente a la Comunidad, véase el análisis crítico de H.-J. BLANKE, *Die kommunale Selbstverwaltung im Zuge fortschreitender Integration*, DVBl. (1993), 819 (826 y s.), 819 y ss.

(80) Cfr. GROß: *Verfassungsrechtliche Grenzen der europäischen Integration*, Jura (1991) cit., p. 577.

(81) Para una visión sintética, J. BARNES, *Europa y la Grundgesetz. El nuevo precepto europeo*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 14 (1993), pp. 301-309.

TCE) tiene fuerza y eficacia propia, no requiere por definición insertarse en el sistema federal para desplegar su virtualidad y efectos.

La doctrina alemana –que es la que con diferencia más se ha ocupado del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht entre la literatura europea– viene subrayando el espeso ligamen que éste guarda con el esquema federal. Lo cual, sin dejar de ser cierto, tampoco podría conducir, sin embargo, al error de proyectar las propias tradiciones, categorías y estructuras constitucionales sobre el TUE, puesto que ello supondría olvidar que éste y las técnicas, instituciones y principios en él insertos tienen vida propia, por más que hayan podido inspirarse en su caso en el modelo alemán (como el principio de proporcionalidad o el Banco Central Europeo) o en cualquier otro (82). Tampoco resultaría lícito trasplantar, como condición *sine qua non* de la integración, la propia idiosincrasia constitucional al plano europeo (se incurriría en tal hipótesis en una suerte de “renacionalización de Europa”); de ahí la necesidad de conciliar la propia tradición –sus elementos básicos– con el respeto a la identidad nacional de todos los Estados miembros (art. F. 1 TUE) en el debate acerca de las estructuras fundamentales y principios arquitecturales que han de formar parte del orden constitucional de la unión política europea (83).

C. La subsidiariedad y la aplicación regional del Derecho Comunitario.

Como subsidiariedad significa, en principio, ejecución administrativa indirecta en beneficio de la instancia administrativa inferior, la primera ventaja

(82) Aunque no es un autor de la doctrina y no sea tampoco representativo del estado de la cuestión, baste una remisión a las consideraciones políticas –sin duda, simplistas y apriorísticas– de M. BRUNNER, ex-jefe del Gabinete de la Comisión Europea, para entender cuando menos la tendencia que ha prendido en algunos (y aquí sí se incluyen autores de la doctrina, aunque en tono siempre equilibrado) a erigir el propio sistema en modelo de la Comunidad: *Das Subsidiaritätsprinzip als europäisches Prinzip*, en D. MERTEN, *Die Subsidiarität Europas*, cit., 9 (13, 15, 19) (nota 1).

(83) Por lo demás, para la doctrina especializada, el principio de subsidiariedad no constituye una pieza esencial ni el eje básico del sistema federal alemán. Vid. la literatura alemana en J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit., especialmente pp. 515, 589 y ss (primera nota). W. RENZSCH, *Die Subsidiaritätsklausel des Maastrichter Vertrages: Keine Grundlage für die Kompetenzabgrenzung in einer Europäischen Politischen Union*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1/1993, p. 107, afirma que el federalismo es una posible expresión del principio de subsidiariedad, pero de ninguna manera necesaria, ni desde luego la única. Véase además la nota 39.

que obtendrán las Regiones –que así lo tengan reconocido en su ordenamiento interno– es una mayor garantía de la aplicación administrativa regional del Derecho Comunitario (84). En el caso alemán, la ejecución a través de los *Länder* será la regla general de acuerdo con la GG. En el caso español o italiano deben todavía fortalecerse las competencias autonómicas de ejecución. En otros términos, el avance comunitario que eventualmente pueda entrañar el ejercicio de competencias compartidas por consecuencia del principio de subsidiariedad será de ordinario de carácter normativo y tan sólo por excepción podrá hacerse extensivo a la ejecución o aplicación del Derecho Comunitario. La aplicación indirecta constituye, pues, la regla general.

En la futura instauración de un nuevo orden constitucional europeo habría, pues, que distinguir y separar orgánicamente las funciones unitarias y federales que los órganos comunitarios cumplen a un tiempo: la función unitaria que aspira a la consecución de una identidad europea; y la función federal que apunta a la compensación y equilibrio entre ésta y las identidades nacionales (85).

(84) Una reciente visión de las competencias de ejecución, puede verse en el Seminario sobre Competencias Ejecutivas (Sevilla, 1992): P. CRUZ VILLALON y J. TORNOS MAS: *Las Competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas*; H.J. BLANKE: *Las competencias de ejecución de los Länder alemanes*; A. PREDIERI: *Las competencias de ejecución de las Regiones italianas*; todos en Revista de Administración Pública de Andalucía núm. 12 (1992).

La Carta Comunitaria sobre las Regiones, propuesta por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de noviembre de 1988 (Resolución sobre la Política Regional de la Comunidad y el Papel de las Regiones, DO núm. C 326, de 19 de diciembre de 1988 y anexo), en su art. 14.1 postula –al objeto de evitar solapamientos y la descoordinación entre las diversas Administraciones– el principio de la transposición regional de aquellas medidas que caigan bajo la competencia del Estado, en tanto que su naturaleza lo permita. El párrafo 2º del citado precepto recomienda, en garantía del principio de descentralización, que las Regiones transfieran las mayores competencias posibles a las Corporaciones locales a través de las más variadas formas jurídicas y asimismo que el Estado actúe en la misma dirección en beneficio de las Regiones.

(85) La Comisión, el Parlamento europeo y el Tribunal de primera instancia atienden funciones unitarias o unificadoras, mientras que el Consejo y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo representan las tendencias federales y centrifugas. La función orgánica y la producción normativa habrán de conectarse en consecuencia: la legislación unificadora (Reglamentos) para el Parlamento y la legislación federal (Directivas) al Consejo. Y, por su parte, el Tribunal de Primera Instancia serviría a la unidad jurídica europea (de modo análogo, a un Tribunal Supremo interno) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades a la unidad constitucional europea, como si de un Tribunal Constitucional Federal se tratara. Cfr. S. LANGER: *Unitarismus und Föderalismus im künftigen Europa*, cit., pp. 824-826, 830 (nota 77).

En tal sentido y al igual que acontece con las dos caras de una misma moneda, el federalismo cooperativo y el federalismo de ejecución, la intervención subsidiaria podría suponer inercialmente, según los casos, la formación unitaria de una voluntad común en el centro superior, mediante la participación de todos los niveles de gobierno, y la diversificación en la ejecución de esa voluntad común.

La Comunidad deberá concederle a los Estados miembros un amplio margen de maniobra al objeto de que puedan aplicar el Derecho Comunitario conforme a sus respectivos sistemas administrativos y de acuerdo con la distribución interna de competencias. La Comunidad sólo podrá dictar normas unitarias de aplicación cuando ello sea estrictamente necesario (86).

D. Otros instrumentos en beneficio de la Regiones.

Existen, sin embargo, otros medios directos –fuera de la órbita del principio de subsidiariedad– a través de los cuales las Regiones pueden hacer valer sus intereses en el plano europeo, aunque con limitado alcance y ello sin perjuicio, claro está, de la capacidad organizativa, de comunicación y cooperación que cada Región deba emprender para compensar la débil posición institucional que padecen en el seno de la Comunidad.

Piénsese así en el artículo 146 TCE, por cuya virtud el Consejo podrá estar integrado por un representante del Estado miembro con rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado, lo que permite la presencia de representantes regionales. O en el Comité de las Regiones, de carácter consultivo, compuesto por representantes de los entes locales y regionales, que ejercerán sus funciones con absoluta independencia, sin estar vinculados por mandato imperativo alguno (art. 198 A - C TCE) (87).

De otra parte, el fortalecimiento de las vías de participación de las Regiones en la formación de la voluntad de los Estados contribuye igualmente –y sin duda, con eficacia decisiva– a la articulación regional en el orden europeo

(86) Así, Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. IV cit. (nota 1).

(87) *Vid.* H. HIERL (editor), *Europa der Regionen. Handbuch zur europäischen Integration*, 1993 (en prensa).

(v.gr.: la reforma constitucional alemana del artículo 23 GG; las recientes reformas, de distinto alcance y contenido, de España, Italia, Bélgica) (88).

Finalmente, los contactos informales y las negociaciones directas entre las Regiones y la Comunidad constituyen otro instrumento para la defensa de sus intereses, señaladamente en aquellas políticas en las que, como la estructural, tecnológica, de ordenación del territorio y mercado de trabajo, requieren un estrecho contacto entre las Regiones y la Comisión.

IV. PERSPECTIVAS DE LA DOCTRINA DE LA SUBSIDIARIEDAD PARA SUPERAR EL “DEFICIT REGIONAL” DE LA COMUNIDAD

Como acabamos de notar, los efectos jurídicos inmediatos del artículo 3 B TCE en defensa de las competencias regionales son, sin duda, limitados. Son otros los instrumentos *jurídicos* directos de los que pueden servirse las Regiones inmediatamente para hacer valer sus intereses. Sin embargo, los efectos *políticos* que, en el futuro, quepa extraer de la consagración del principio de subsidiariedad para fortalecer el papel de las Regiones en el seno de la Comunidad podrían ser, por el contrario, de una notable importancia y más aún en los futuros “procesos constituyentes” (Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; art. N.2 TUE).

Desde una perspectiva política, el principio de subsidiariedad podría permitir en beneficio de las regiones, entre otras consecuencias: a) una sensibilización de los órganos comunitarios, en particular de la Comisión, hacia el problema regional (89); b) un argumento político en manos de los representantes nacionales en el Consejo; c) un criterio para la distribución –o redistri-

(88) *Vid.* los informes nacionales respectivos en J. BARNES (Coordinador), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, cit (primera nota).

(89) Los informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, de 30 de octubre de 1992 (nota 9) y el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (nota 9) constituyen una prueba elocuente de cuanto se indica. Baste pensar en el acuerdo interinstitucional propuesto, entre los diversos órganos comunitarios, a fin de establecer un complejo procedimiento que contribuya a determinar si se cumplen los presupuestos que legitiman la acción subsidiaria de la Comunidad para comprobarlo.

bución— de las competencias entre los niveles superiores y las regiones en ulteriores reformas; d) un criterio legitimante para la selección o creación de nuevos niveles o escalones de poder; e) y, en suma, una generalización —y, en consecuencia, fortalecimiento— del regionalismo comunitario; etc.

Del principio de subsidiariedad, en fin, pudieran derivarse en el futuro tres niveles de efectos positivos escalonados: en primer lugar y ante todo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, puede suponer un paso adelante en la integración europea, un crecimiento comunitario en la medida en que ello sea necesario y eficaz (art. 3 B TCE). En segundo término, como divisa política, puede entrañar un robustecimiento de las Regiones de los Estados compuestos (Alemania, Bélgica, España e Italia) e incluso de las Entidades locales europeas. Por último, y también desde una perspectiva política, la idea de la subsidiariedad podría contribuir a la generalización de la estructura regional en los restantes países comunitarios.

V. UNA REFLEXION FINAL

El impacto jurídico más sustantivo que pueda derivarse del principio de subsidiariedad sobre las Regiones depende, en última instancia, de la estructura constitucional interna y comunitaria. Por consiguiente, el sistema constitucional de cada Estado (reconocimiento de la instancia regional; atribución de un ámbito competencial relevante; participación decisiva en la fase ascendente y descendente) y la instauración de un nuevo orden constitucional europeo (incorporación a la Comunidad del escalón regional) constituyen las claves jurídicas del problema, si se quiere extraer todo el potencial que la lógica de la subsidiariedad encierra. Con todo, tal proceso constituyente no debería detenerse en la mera y pobre perspectiva competencial, de reparto o desplazamiento del poder, sino que habrá de tener en cuenta en todo momento su carácter servicial en beneficio del ciudadano europeo, su libertad y responsabilidad personales.

Los órganos comunitarios tendrán en cuenta, sin duda, desde un punto de vista político la oposición que sus actos pueden encontrar entre las Regiones.

La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad —lo cual ya de por sí es un signo elocuente de la sensibilidad política de los órganos comunitarios en la dirección apuntada— advierte expresamente que “subsidiariedad significa la adopción de decisiones al nivel más próximo posible a los ciudadanos, es decir, debe revisarse sistemáticamente si resulta legítima cualquier acción comunitaria, atendiendo a la perspectiva de las posibilidades que el nivel nacional, *regional o local* presentan” (cfr. núm. I.1; el subrayado es nuestro. *Vid.* nota 1).

La “revolución de la subsidiariedad”, en cuanto *lex*, permite hoy un crecimiento comunitario más racional y controlado; mañana, podrá contribuir o imponer en cuanto *ratio legis* la presencia de las Regiones en el seno de la Comunidad y, por tanto, la estructura federal.

ABREVIATURAS

- TUE Tratado de la Unión Europea (Maastricht) de 2 de febrero de 1992.
TCEE Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma) 1957.
TCE Tratado de la Comunidad Europea, en la versión y con las reformas producidas por el Tratado de la Unión Europea.
TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas