

El proceso de adopción del Principio de Subsidiariedad en la Comunidad Europea

Dr. Joan Lluís Piñol*

El Principio de Subsidiariedad¹, a partir de ahora PS, ha sido descrito por los periódicos de toda Europa como una panacea para todos los problemas de la Comunidad o como una pura entelequia, un cajón de sastre sobre el que son válidas todas las opiniones².

Utilizando una descripción menos llamativa y sensacionalista, pero mucho más realista, cabe decir que el PS es un principio de actuación insertado recientemente en la lógica de atribución de competencias³ y en el *decision-making-process* comunitario, favoreciendo tanto la asunción de competencias de la CE como su descentralización⁴ al ser utilizado como instrumento jurídico-político, que puede servir de criterio de control de la actividad de la CE y, muy especialmente, de la iniciativa normativa de la Comisión, al reforzar el principio de legitimidad democrática⁵ y al estar ligado estrechamente al Principio de Solidaridad⁶.

Para entender la adopción de este Principio en el Tratado de Unión Europea (TUE) voy a proceder, en primer lugar, a un análisis relativamente abstracto, desde la perspectiva de la teoría del derecho, de la organización social y de la historia, sobre las significaciones variadas que ha tenido diacrónicamente este Principio, de carácter claramente ambiguo y

*Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Barcelona

polisémico⁷. En segundo lugar, utilizando las técnicas de la ciencia política y las teorías de las Relaciones Internacionales, me referiré al debate político tanto sobre la inclusión o no del PS en los Tratados comunitarios, como sobre el significado específico del PS fijado en los diferentes Consejos Europeos, en especial el de Edimburgo, un modelo de análisis de toma de decisiones comunitarias en las que han participado tanto los actores clásicos de la CE (sus instituciones, Consejo, Comisión, Parlamento y Tribunal de Justicia de la CE -TJCE-, así como los Estados miembros) como otros actores: las fuerzas políticas organizadas en la Europa de los Doce y, a partir de 1986, los Parlamentos estatales de cada uno de los países. También, como novedad, incluiré el análisis de la actuación de fuerzas que existían con anterioridad, pero que estaban relativamente poco organizadas con respecto al tema de la integración comunitaria: las denominadas regiones, a las que en este artículo se denominarán entidades subestatales, tanto a nivel individual (los *Länder*, Cataluña o el País Vasco), como organizadamente en el seno del CPLRE y el ARE e incluso el de personalidades individuales con un papel importante en el proceso como Spinelli y Giscard d'Estaing, pudiéndose agregar también a J. Delors, como actor político diferenciado de la Comisión de la que es Presidente, con intereses propios.

En cambio, por razones tanto de espacio como de la revista en la que se publica este artículo, renuncio a un estudio pormenorizado del estado actual de las obligaciones jurídicas, de *lege data*, en un proceso de análisis del derecho positivo comunitario (que es lo que comporta la subsidiariedad como principio inspirador del TUE), así como tampoco describiré las decisiones concretas a nivel institucional y de cambios de técnica jurídica que se han de adoptar en un segundo escalón temporal, tanto las adoptadas por el Consejo de Edimburgo (diciembre de 1992), como las previsibles en un futuro inmediato, de aproximadamente cinco años, período en el que probablemente se especificará aún más el PS, según la evolución general de la integración europea. Tampoco intentaré hacer una previsión de las posibles *issues* que pueden desembocar, a medio plazo, en una profundización del PS o bien en la congelación de su estado actual, de todas estas cuestiones para un futuro artículo.

En cambio, si voy a señalar que una vez que determinados términos de gran relevancia se inscriben en un Tratado, aunque sea, siquiera inicialmente, con un valor puramente simbólico, dadas las divergencias entre la voluntad de los diferentes actores principales, no es fácil evitar un desarrollo posterior de estas palabras clave. Por ello no es casual la encarnizada oposición del Reino Unido a incluir la palabra "federalismo" en el Tratado de Maastricht, aunque el diseño de éste sea claramente prefederal, como mínimo en algunos temas. En este sentido simbólico, la inclusión del término subsidiariedad, ligado habitualmente a un espíritu federal siquiera subyacente, refuerza el carácter prefederal del TUE. Curiosamente, los Estados más opuestos a este carácter federal han preferido una ventaja a corto plazo: la interpretación restrictiva, proestatal, del PS hecho en Edimburgo⁸, y han menospreciado un claro riesgo a largo plazo: la posibilidad de que el PS se convierta en un refuerzo, una clara manifestación más del federalismo latente en el TUE.

NOCIÓN Y FUNCIONES DEL PS

En cualquier grupo humano se ha ejercitado intuitivamente, desde la prehistoria y sin formulaciones teóricas, una lógica de subsidiariedad, entendida como noción de que cualquier acción, vg. caza o recolección, se tiene que hacer al nivel social más eficaz y que tan sólo hay que organizarse a un nivel social más sofisticado para hacer una acción más complicada y que implique un mayor esfuerzo asociativo.

Es en la época helénica cuando queda la primera constancia escrita de un análisis teórico del PS, en la *Política* de Aristóteles.

La etimología de la palabra actual deriva del latín: *sub sedere*, estar colocado debajo de, apoyarse en. Pero ya en aquella época, e incluso actualmente, la palabra *subsidium* (subsidio, socorro), tiene una implicación económica: la asistencia financiera a un individuo, un grupo o un organismo político que no es capaz de asumir por sí solo, con sus recursos, sus funciones de forma eficaz. Aunque a lo largo de la historia se ha ido reduciendo esta noción a un subsidio de supervivencia, su sentido en el origen romano del vocablo implicaba cualquier dotación monetaria de arriba a abajo, bien a nivel público desde el poder central a la provincias, por ejemplo, bien a nivel privado, como en el caso del *pater familias* al pariente pobre.

En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino en su *Summa Teológica* glosó a Aristóteles haciendo un esquema rudimentario de la aplicación del PS y adaptándolo al mundo de su época. Fue con las revoluciones burguesas cuando el PS tomó una forma mucho más política y sofisticada, especialmente en los primeros Estados federales. Así, la Constitución de los EEUU de 1796 plasma una praxis política muy moderna y todavía vigente, con las necesarias modificaciones, del PS aplicado al federalismo³; aunque, como se advierte en los agudos comentarios de Tocqueville, todavía no se ha utilizado la palabra concreta, sino su lógica interna.

La más clara consagración de la subsidiariedad en la práctica constitucional son los artículos 30 y 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que consagra una presunción de competencia a favor de los *länder* y una necesidad de habilitación específica de competencias para el *Bund*⁴ y un fenómeno análogo ocurre en la Constitución austriaca.

Por tanto, el PS es un principio político que plasma en cierto modo una desconfianza de la periferia respecto del centro y que supone un control tanto de legalidad como de oportunidad respecto a las iniciativas, en especial legislativas, del centro.

Desde otra perspectiva, el PS se recogió en la teoría política, en especial en tres corrientes intelectuales radicalmente opuestas pero unidas tan sólo en su oposición al modelo burgués centralista-jacobino: la de los anarquistas, la de los liberal-radicales y la teoría social de la iglesia católica.

En 1863, Proudhon (y previamente Stirner) efectuó un análisis muy proindividualista de la sociedad, defendiendo la actuación social organizada según un rígido PS, en un plano muy teórico.

Por su parte, compartiendo en algo la lógica anterior, se encuentra el radical-liberalismo de Stuart Mill, con su principio de *self-reliance*, equivalente al PS: nada más que aquello que el individuo no pueda hacer de forma adecuada, se debería atribuir (con los medios económicos y competencias consecuentes para conseguirlo) al nivel superior inmediato de organización social y así sucesivamente. Cualquier alteración de tal lógica atributiva rompería el PS¹¹.

Mounier, con su teoría personalista, en un tono parecido al filósofo británico, estimó que el PS es un criterio clave para repartir el poder y las competencias a cualquier nivel.

Por su parte, el PS fue invocado en unas reclamaciones mucho más pragmáticas y ligadas a las demandas insistentes de subvenciones estatales para actividades eclesíásticas¹² (mantenimiento del clero, educación religiosa, hospitales, etc) en las encíclicas *Rerum Novarum*, *Gaudium et Spes*, *Quadragesimo Anno*, o en la muy reciente *Centesimus Annus* de Juan Pablo II¹³, como obligación positiva de hacer una actuación concreta por parte de los poderes públicos para fomentar la auto-ayuda en los niveles más elementales de la organización social, para que puedan ejercer eficazmente sus funciones, acompañada de la evocación del sentido económico del *subsidium* romano: la necesaria aportación financiera de los gobiernos a la Iglesia para que ésta pueda lograr cumplir tales funciones¹⁴.

Así pues, del conjunto de teorías y Constituciones analizadas se puede extraer, provisionalmente, tanto un concepto del PS como de sus posibles funciones; como la distribución inicial o, si procede, la redistribución, en el seno de cualquier organización social (pero especialmente en los Estados unitarios como criterio descentralizador y en los complejos federales o cuasi federales, como criterio de distribución de competencias entre el centro y las entidades subestatales) de cualquier función económica, política o cultural, tanto en el campo normativo como en el de la ejecución entre los diferentes niveles posibles de acción, sean los poderes públicos, sea la sociedad civil. De manera que (ligado con la idea de solidaridad social entre todos los actores que se enfrentan a un problema y la noción originaria del *subsidium* latino) se garanticen, a los grupos sociales más apropiados para hacer una acción concreta, los medios oportunos para la optimización de resultados, bien aisladamente a un actor individual, bien de forma concertada a dos o más niveles¹⁵ de actuación.

Todo ello tiene un carácter absolutamente finalista que lo fundamenta: el principio de máxima eficacia social, del que el PS sería una manifestación concreta y específica, como criterio relativamente objetivo de atribución de responsabilidades y competencias¹⁶, desde el individuo hasta cualquier nivel de poder, sea estatal, europeo o mundial. El PS refuerza la ejecución descentralizada en todos los niveles del poder público y actúa como obstáculo jurídico-político y como medida de control respecto a las reglamentaciones de cualquier nivel (comunitario, respecto de los Estados miembros; estatal, respecto de las regiones; regional, respecto de los municipios, etc; y a otro nivel, de la sociedad política respecto de la sociedad civil)¹⁷, que otorguen competencias a niveles inferiores; pero en cambio no concede los medios o no define si los mismos son o no suficientes para los objetivos a conseguir. Este es, tal vez, uno de los puntos claves en la reflexión política contemporánea, especialmente en España. Es evidente que en la Constitución española de 1978, por razones históricas, el PS casi no se contempla, pero podría ser un criterio

muy útil en el caso de las competencias concurrentes entre las Comunidades Autónomas y la Administración Central. Las primeras menciones al Principio para su aplicación en el caso español surgen por parte de algunos dirigentes de partidos nacionalistas en 1992, en un caso claro de adaptación mimética de la teoría y praxis comunitarias.

Así, el PS, que estaba históricamente ligado al federalismo¹⁸, desborda ampliamente este enfoque inicial: implica ahora la mayor adecuación posible entre competencias otorgadas y la posibilidad de conseguir, realmente, los fines perseguidos con la máxima eficacia en todos los sistemas de organización social. Por ello, Heraud propone que, en vez de PS, se hable de "Adecuación Exacta"¹⁹.

Con respecto a las funciones que se han atribuido al PS por la doctrina, se ha distinguido entre función horizontal y función vertical.

La primera es la distribución de funciones entre poderes públicos y sociedad civil. Llevado al extremo, el PS implicaría para los liberales que la intervención pública sería legítima tan sólo si ello fuera estrictamente necesario y con un criterio muy riguroso, reforzando la tesis de la libertad de mercado y la actuación de las fuerzas sociales en presencia. La Iglesia Católica, en cambio, con sus tesis organicistas, efectúa una interpretación del PS muy adaptada a sus intereses concretos, en un momento histórico determinado.

La función vertical, nuevo Jano bifronte, tiene dos aspectos como mínimo: el primero, un criterio de oportunidad para la atribución inicial (o redistribución de competencias, en caso necesario), la determinación de su contenido exacto y su ejercicio concreto, fijando el nivel competente en cada caso; por otro lado, constituiría la base jurídica del control de las competencias, bien transferidas al centro, bien descentralizadas de éste y que debería determinar también si es necesario mantener el traspaso o la retención por parte del centro, o si sería posible otorgarlas en todo o en parte al nivel inferior considerado, en un nuevo momento políticamente adecuado. Así pues, es un control, tanto político como administrativo, fijado por criterios de oportunidad y no sólo de legalidad, que puede ejercerse tanto a nivel ejecutivo como, lo que es más importante, por parte de la máxima autoridad jurisdiccional sea de los Estados, sea de organizaciones internacionales, sea de la Comunidad Europea.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LOS TRATADOS DE PARÍS Y ROMA

El PS juega, o podría jugar, un doble o incluso un triple papel en la CE: directamente, entre la CE y los Estados miembros y entre la CE y las entidades subestatales, o incluso indirectamente, por las consecuencias que ha acarreado la existencia de la normativa de la CE, en una redistribución de competencias entre los Estados y las entidades subestatales, como señala parte de la doctrina²⁰.

No obstante, el PS no se cita *expressis verbis* en los Tratados fundacionales, aunque el principio de máxima eficacia se vislumbra en la parte liminar del TCEE y con más claridad en el artículo 5 del Tratado de la CECA, considerado por unos como una renuncia expresa a un eventual dirigismo económico de esta Comunidad y, por otros, como una mención implícita a la subsidiariedad. Asimismo, algún autor considera que el art. 57 CECA contiene una lógica de subsidiariedad²¹.

Pescatore ha querido ver una manifestación del Principio en las relaciones entre los artículos 113 y 114 del Tratado de la CEE con el artículo 116 del mismo cuerpo jurídico y ha señalado²² que este último tiene una relación de subsidiariedad con el artículo 113, citando como prueba de su aserción la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expresada en los dictámenes 1/75 y 1/78, sobre la política comercial comunitaria. Aquí, la expresión de subsidiariedad pretendida se refiere no al principio estudiado y a su lógica de máxima adecuación y eficacia, sino a la relación de suplementariedad del artículo 116 a la hora de su aplicación, cuando no se cumple el que establece el art. 113 del Tratado de la CEE. Es otro concepto de subsidiariedad más conocido: la aplicación normal de un artículo y, en caso contrario, la de otro en sustitución del previsto inicialmente.

En esta línea, el artículo considera que tampoco está bien fundada la posición de aquellos que confunden el Principio de Subsidiariedad con lo preceptuado por el art. 4 del Tratado de la CEE y sus equivalentes 7CECA y 3CEEA, que expresarían un principio general del derecho comunitario según el cual las Comunidades Europeas, como ocurre con cualquier organización internacional, no disponen de competencias de carácter y alcance general sino sólo de competencias de atribución, conferidas por los Estados miembros. El principio de las competencias de atribución y el principio de subsidiariedad están relacionados, ya que la técnica de la transmisión u otorgamiento de competencias, según el principio de atribución, es un índice del carácter subsidiario de aquellas, pero tienen una lógica diferente y un campo de aplicación diverso: mientras la competencia de atribución explicaría la forma de constitución de las competencias comunitarias, la subsidiariedad²³ indicaría el *quantum* de las mismas. Por eso, el Informe Giscard d'Estaing, que alude al Principio de Subsidiariedad contenido en el art.4 del Tratado de la CEE²⁴, incurre en una cierta confusión de planos y la crítica a tal posición se corrobora por las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo.

Hay una tendencia en la doctrina comunitaria a considerar que los Tratados comunitarios, en su formulación inicial, recogían la subsidiariedad en el art. 235, base de las denominadas competencias subsidiarias. Este artículo exige la unanimidad del Consejo y que la acción a emprender sirva para cumplir un objetivo previsto en los Tratados. Si se cumplen estas condiciones, ello da lugar a que unas competencias determinadas, antaño exclusivas de los Estados miembros (si bien sometidas a la obligación general del art. 5 CE) pasen a compartirse con la Comunidad Europea y, en consecuencia, a la coexistencia sobre determinadas materias de normas comunitarias y nacionales, siempre que éstas sean

compatibles con las comunitarias. Aunque esta denominación tiene una lógica diferente al PS²⁵, cabe recordar someramente, sin ánimo de exhaustividad, que sobre el texto de este artículo, a falta de una base jurídica específica, se adoptaron programas generales y directrices en materias como el medio ambiente y la protección al consumidor, que dieron lugar posteriormente, con el Acta Única Europea (art. 25), al actual art. 130R del Tratado de la CEE, que establece una competencia específica en materia de medio ambiente y que recoge expresamente el Principio de Subsidiariedad en el sentido que se preconiza en este estudio.

Más adecuación con el Principio estudiado tiene la afirmación de que la misma distribución de competencias administrativas entre la CE y los Estados refleja *ab initio* el PS²⁶, dada la división de funciones entre la administración comunitaria y la estatal. Por otra parte, según el presidente de la Comisión, Jaques Delors²⁷, en las directivas se plasma, de manera implícita pero sumamente eficaz, la subsidiariedad, ya que éstas dejan (o al menos éste era su espíritu original) la mayor autonomía posible a los Estados miembros para determinar los medios y formas oportunas para que los objetivos, fijados conjuntamente por los Estados miembros, se incorporen a sus ordenamientos jurídicos, adaptándose en los detalles a los problemas concretos de cada Estado (e incluso según los respectivos ordenamientos constitucionales de los Doce, de las regiones que tengan capacidad normativa para incorporar las directivas comunitarias) respetando el eje mínimo de obligaciones comunes fijados por la directiva.

Si bien esta opinión refleja el sentido original de las directivas, la presunta libertad de adaptación de los Estados miembros es, al menos en algunos temas, ilusoria, por el detallismo creciente de las directivas, en especial las tomadas en el marco de la denominada *nouvelle approche* en los años 80, a causa, según algunos Estados, en especial Reino Unido, del fuerte intervencionismo de la Comunidad, con lo que se conseguirá un efecto similar al de un reglamento, si bien no a efectos formales (publicación, etc), sí a efectos de hecho, puesto que las directivas especificadas hasta el último punto limitan considerablemente, casi totalmente en ocasiones, las posibilidades de actuación tanto de las Administraciones centrales estatales como las eventuales de las regiones²⁸.

LAS ESTRATEGIAS PARA LA INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO EN LA AUE Y EL TUE

Ante la realidad de una creciente erosión de competencias exclusivas de las entidades subestatales y con más motivo aún en el caso de las concurrentes²⁹, ya que cuando actuaba la CE se le restaba capacidad normativa tanto al Centro como a las regiones y dadas las

escasas concesiones de los Gobiernos ante sus reclamaciones en el plano político interno respecto a su posición en el proceso de creación y de aplicación de normas comunitarias, salvo en el caso de los *Länder*, por el Pacto de Lindau, las Entidades subestatales optaron por coordinarse por medio del ARE e intentaron tener más influencia en las decisiones comunitarias aliándose con el Parlamento Europeo para defender el PS, que defendía en cierta medida sus intereses. Al mismo tiempo, el Parlamento Europeo, que tenía un gran interés de incluir el PS más ampliamente, en su estrategia de maximización de sus competencias, incorporó una mayor colaboración con los Parlamentos de los Estados miembros, lo que se debió al hecho de que el mismo fenómeno de erosión de competencias respecto a las entidades subestatales se producía también respecto a los Parlamentos nacionales, puesto que los temas más importantes (economía, finanzas, incluso política exterior y, a partir del Tratado de Unión Europea, la seguridad colectiva) eran decididos por los ejecutivos en el seno del Consejo de Ministros con criterios tecnocráticos y no sometidos a la voluntad popular más que de forma muy indirecta, erosionando, por tanto, la legitimidad de la toma de decisiones a nivel normativo, aunque evidentemente no afectase al nivel de aplicación más que de forma excepcional³⁰.

Por ello, en una curiosa alianza, y por razones coincidentes en las formas pero con objetivos bastante diferentes, el Parlamento Europeo, las regiones, los Parlamentos nacionales y la Comisión, aunque con mayor intensidad en la época de la presidencia de J. Delors (que había estimulado a una Comisión relativamente reticente, especialmente en algunas Direcciones generales, a debatir respecto al alcance del PS), iniciaron una ofensiva de resoluciones, proyectos y estudios relacionados con tal principio.

Para dar periodicidad a estas estrategias hay que distinguir el período 1975-86 y el 1987-93. En el primero, la estrategia central es exclusivamente la del Parlamento Europeo, que utiliza por primera vez el PS entre los elementos clave para una auténtica reforma institucional en el Tratado de Unión Política propuesto por él y que acabó con el *ridiculus mus* del Acta Única Europea, absolutamente decepcionante para los partidarios de una Europa federal.

Entre 1975 y 1982 surgen diferentes menciones expresas del principio de la subsidiariedad en propuestas elaboradas por diversas instituciones y también en dictámenes y resoluciones, en especial del Parlamento Europeo y de la Comisión. Uno de los ejemplos más antiguos es el Informe Tindemans (1975)³¹ y también se deben destacar en fechas posteriores, las sugerencias de la Comisión al Proyecto de PE sobre el Tratado de la Unión Europea³². En ellas se pone de manifiesto la necesidad de operar una reforma de las Comunidades Europeas, basándose en uno de los puntales del principio de subsidiariedad, la solidaridad, aunque sin que se emplee expresamente este término.

Es a partir de 1984 cuando, después de la aprobación por parte del Parlamento Europeo del Proyecto de Tratado que instituye una Unión Europea, más conocido como "Proyecto Spinelli", se hace alusión específica al Principio, y se le da una primera formulación. A este respecto, el punto 9 del Preámbulo establece que "...deseando confiar

a las instituciones comunitarias, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, únicamente las competencias necesarias para llevar a buen puerto aquellas funciones que pudiesen efectuar más satisfactoriamente que los Estados miembros por sí mismos". Una lógica similar preside el articulado del proyecto, que en el art. 12.2, apartado segundo³³, dispone que "...la Unión únicamente hará aquellas funciones que puedan emprender en común de manera más eficaz que si los Estados miembros actuasen separadamente, en particular aquellas cuya realización exija la acción de la Unión, dado que sus dimensiones o sus efectos superen las fronteras nacionales". Para terminar, en el art. 66 se recoge el principio de la subsidiariedad, con el método de la cooperación, pero concretándolo en el ámbito de las Relaciones Internacionales. Se preveía en el proyecto que el TJCE ejerciese un control mínimo sobre el PS, de modo que pudiese sancionar en particular el error manifiesto, tema que no agradó en absoluto al TJCE, que no quería pronunciarse sobre cuestiones de oportunidad o de discrecionalidad, por temor a una politización mayor de su papel institucional.

La insistencia del "Proyecto Spinelli" en recalcar que el Principio de Subsidiariedad tiende a dar al nivel más directo y próximo al problema, los poderes y competencias oportunas para que pueda emprender una acción más eficaz, constituye un éxito de dicho Proyecto, dado que, desde la perspectiva de la formulación del Principio, es probablemente la más acertada que se ha dado hasta ahora, a pesar de sus limitaciones. No obstante, teniendo en cuenta la nula credibilidad en la viabilidad política del proyecto de revisión de los Tratados por el PE, en aquel período (1981-86) no hubo debate político profundo ni apenas comentario doctrinal alguno sobre el alcance exacto de la subsidiariedad³⁴.

Tanto el Consejo de Ministros como el Consejo Europeo lo trataron con poca atención, e incluso cuando se discutió en su seno el tema del PS, algunos Estados manifestaron su prevención, por estimar acertadamente que estaba integrado en su esencia tanto a la lógica de una reforma institucional con un claro reforzamiento de las competencias del Parlamento Europeo, como a un intento prematuro de establecer con claridad competencias concurrentes (como en un sistema de listas semejante a la de la Constitución Española de 1978) y también con la posibilidad de que la Comunidad Europea fuera adoptando nuevas competencias comunitarias concurrentes en temas que hasta aquel momento eran exclusivas de los Estados miembros, haciéndolo no por vía del artículo 235, por unanimidad, sino por mayoría absoluta, en los casos fijados por el proyecto de Tratado del PE.

A ello se opuso muy especialmente el Reino Unido, así como otros Estados miembros. Por ello, el Consejo Europeo se limitó a incluir el PS en forma muy discreta en su Declaración Solemne sobre la Unión Europea del 19 de junio de 1983 y, en el campo del derecho vigente, lo aplicó exclusivamente en un ámbito, el del medio ambiente, en el que se aceptó la inclusión de una nueva competencia concurrente entre la CEE y los Estados miembros, dentro de una política que ya se había desarrollado vía art. 235, pero que ahora iba a resolverse por mayoría cualificada según el art. 25 del Acta Única Europea (ahora art. 130 RS4, del Tratado CEE) que, sin citar explícitamente el PS, reproducía claramente su espíritu.

Esta inclusión comportó inmediatamente problemas, especialmente por parte del Reino Unido, que protestó, a menudo vigorosamente, dada su percepción de que la Comisión actuaba *ultra vires* al intervenir reiteradamente en el control de las obligaciones comunitarias en temas de medio ambiente, tales como el estado sanitario de las playas, la contaminación de los ríos, etc. a lo largo de los años 1988-92.

Así pues, en la etapa 1975-86, el PS fue utilizado como instrumento político de forma relativamente simple: el protagonista principal fue el Parlamento Europeo, con un discreto apoyo de la Comisión.

El panorama del *decision-making-process* respecto al PS entre 1987 y 1993 es relativamente similar, pero bastante más complicado. Se intentarán distinguir tanto los actores como las estrategias llevadas a término por ellos, para finalizar analizando los resultados.

Por un lado, se da una ampliación del número de actores. Además de los clásicos impulsores del PS, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, se le añaden otros defensores: un amplio sector de la doctrina, en especial la británica y también las regiones, tanto en el seno de un Estado, en especial los *länder* alemanes, que hicieron una fuerte presión sobre la postura alemana en el seno del Consejo de Ministros, como en forma organizada, a nivel europeo.

Así, el ARE, en 1989 y 1990, apoyó el PS ligándolo al tema de la creación de un Comité de las Regiones como prueba institucional de una aplicación práctica del PS. Por su parte, los Parlamentos Nacionales, en colaboración creciente con el Parlamento Europeo, reclamaron la plena incorporación del PS en los asuntos europeos.

Por su lado, la Comisión y en especial J. Delors, optó por defender el PS, pero pretendiendo obtener unos intereses bien diferentes: en concreto un reforzamiento de las competencias de la CE, aunque en esta ocasión con un carácter menos dirigista y centralizador, combinándolo con una estrategia de reforzamiento del papel de las regiones³⁵.

Por último, también los partidos europeos defendieron el proceso de inclusión del PS: el recientemente creado Partido Socialista Europeo, en la declaración de 1992 en La Haya, cita al PS al declarar que la subsidiariedad implica que las decisiones se tomarán de la forma más eficaz, democrática y próxima al ciudadano, pero sin que ello constituya un pretexto para bloquear el proceso de la Comunidad Europea en una postura claramente próxima a las ideas de Delors. En cambio, el Partido Popular Europeo, también creado de forma reciente, en la inmediatamente posterior Declaración de Atenas es mucho más descentralizador, en el espíritu más clásico de la subsidiariedad: "La aplicación del principio garantiza la diversidad nacional y regional y una Europa cercana al ciudadano".

Esta ambigüedad de los defensores del PS después de 1987 se manifestó asimismo en las sucesivas declaraciones, informes y debates. El PS fue debatido en este período tanto en la doctrina como en las instancias oficiales. Así, en el Informe Padoa-Schioppa (1987), apareció este Principio³⁶ como regla normativa y como concepto político. También el Informe Delors sobre la Unión Económica y Monetaria destacó que la subsidiariedad

equilibrada de los poderes de la Comunidad Europea y los Estados miembros en la elaboración de políticas macroeconómicas y monetarias³⁷.

La renovación del debate sobre la Unión Política hizo avanzar hacia una mayor precisión el alcance del PS. El Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Unión Política, (17 de septiembre de 1990), sobre la base del Informe Giscard d'Estaing, lo mencionó como un elemento esencial del ordenamiento jurídico comunitario, al afirmar que el reparto de competencias se basaría en este principio (letra h, punto b del Preámbulo). También el punto 27, respecto de los problemas de política de seguridad europea³⁸, indica que hay que regular la cuestión de acuerdo con el PS. En el punto 4 se recuerda que dicho principio debe garantizar el interés de las regiones, en tanto que el punto 5 dice que el principio va ligado al refuerzo democrático de las competencias del PE.

Asimismo, la Resolución de la fecha citada estableció que la subsidiariedad se ha de fijar explícitamente tanto como criterio de atribución de competencias como para delimitar el alcance de la acción comunitaria en áreas de competencias concurrentes³⁹.

Finalmente, la Resolución sobre la estrategia del Parlamento Europeo para la Unión Europea, del 22 de noviembre de 1990, definió el papel del PS en el art.3 bis, al afirmar que "...la Comunidad no actúa más que para conducir a término las misiones que le son confiadas por los Tratados y para realizar los objetivos de éstos. En el caso de que estas competencias no sean exclusiva o completamente otorgadas a la Comunidad, ésta actuará en la medida que la realización de sus objetivos exija su intervención porque sus dimensiones o sus efectos sobrepasan las fronteras de los Estados miembros, o porque se puedan emprender de manera más eficazmente por la Comunidad que por los Estados actuando separadamente"⁴⁰.

A su vez, la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Dictamen sobre la Unión Política del 21 de octubre de 1990, se refirió a la subsidiariedad como una regla de buen sentido, íntimamente ligada a la redefinición de ciertas competencias, por lo cual habría de figurar expresamente en el Tratado para que pudiese servir como principio de actuación de las autoridades comunitarias en el marco del art.235 y que ha de servir de criterio de control posterior para evitar abusos de poder⁴¹.

Resta señalar, finalmente, que en la Carta Social Europea (1989) se encuentra otra manifestación del PS, en este caso respecto de la dimensión social, al señalarse en el Preámbulo que este principio implica que la responsabilidad esencial para tomar iniciativas encaminadas a implantar los derechos sociales al máximo nivel posible, recae primordialmente en las manos de los Estados miembros (en este caso sólo II) y sólo excepcionalmente en las de la CEE.

También el Consejo Europeo, reunido en Roma del 14 al 16 de diciembre de 1990, declaró la viabilidad del principio al reconocer "... la importancia que reviste el Principio de subsidiariedad, no sólo cuando se trata de extender las competencias de la Unión, sino también para la realización de las políticas y decisiones de la Unión" (conclusiones de la Presidencia, 1ª parte. Unión Política)⁴². En el proyecto de la Unión Política, del 15 de abril

de 1991, el PS se ha traducido en el art. 3.b. donde se señala que "...la Comunidad actúa dentro de los límites de competencias que le son atribuidas y de los objetivos que le son asignados por este Tratado. En los ámbitos que no dependen de su competencia exclusiva, la Comunidad interviene de acuerdo con el principio de subsidiariedad, (...) en la medida que los objetivos que le son confiados se puedan realizar mejor a nivel comunitario que al nivel de los Estados miembros actuando aisladamente, dadas las dimensiones o los efectos de la acción proyectada"⁴³ y nuevos apoyos al PS se produjeron en su reunión de Lisboa y su Declaración de Birmingham.

Pero fue en una Reunión de Debate, celebrada previamente en Maastricht, en 1991, donde se plantearon más claramente las reticencias o más bien las interpretaciones totalmente divergentes, tanto de algunos Estados como de otros órganos comunitarios relativos a la plena incorporación del PS al nuevo Tratado de Unión Europea, en especial los temores del TJCEE a verse obligado a analizar jurídicamente un principio de alcance político.

Las presiones del PE, que insistía en incorporar al texto del TUE el PS en varios artículos, considerándolo un auténtico principio constitucional de la CE, y las de los *Länder* sobre Bonn, empezaron a hacer mella en los Estados miembros, algunos de los cuales comprendieron las ventajas que para sus intereses tenía tal principio.

Si bien existió un difícil acuerdo para la ampliación de las competencias de las Comunidades en un conjunto de campos, según el deseo de los ciudadanos comunitarios, aunque con un apoyo variable según los temas concretos⁴⁴, tal consenso se basó en la premisa de que en todas las nuevas políticas se regirían por el PS, impidiéndose vg. la armonización de leyes estatales en estas materias.

Por otra parte, se decidió implícitamente que políticas como la industrial tendrían como límite para el establecimiento de minuciosas intervenciones comunitarias el PS⁴⁵. Por último, y según el dictamen del CES se previó que en cambio este principio no jugaría papel alguno dentro de la Unión Monetaria⁴⁶.

Tras el consenso logrado en estos puntos, el grupo de Estados comunitarios se dividió en cambio respecto a la concreción de la inclusión explícita del PS en el TUE. Por un lado Francia, en clara sintonía con las preferencias de Delors al respecto (y no en vano éste es el favorito de Mitterrand para sucederle en el Eliseo) junto con España⁴⁷ e Italia (dados sus respectivos problemas internos respecto al *lobbying* de sus CCAA, en especial Cataluña y el País Vasco ante la CE y del nacimiento de las Ligas en el Norte de Italia) preferían una incorporación política del PS, como un principio muy abstracto y general, preferentemente en una Declaración adjunta al TUE, aunque aceptaban que se incluyese en el preámbulo del mismo⁴⁸.

Su voluntad era que el Principio no obstaculizase la defensa del acervo comunitario ya existente: por ello estos países, partidarios de la "profundización comunitaria", insistieron en que el PS no podía aplicarse a las competencias exclusivas de la CE (que incluían según el TJCE la legislación previa comunitaria) y tan sólo a las futuras competencias concurrentes

previstas en el TUE. Además, el PS sería un medio para construir una Europa más democrática y cercana a los ciudadanos, ligándolo al Principio de Transparencia.

En cambio Alemania, Reino Unido y Dinamarca formaron la denominada "opción jurídica". El primer Estado quería adaptar a las Comunidades la separación de competencias entre *Bund y Länder*, dada la insistencia de estos en el tema; por su parte Reino Unido optaba por una concepción de subsidiariedad entendida como defensa jurídica frente a la "profundización" prefederal, especialmente en competencias concurrentes⁵⁰. Los tres Estados pretendían que se efectuase un control judicial del TJCE sobre el cumplimiento del PS; en cambio el primer bloque estimaba que sería suficiente una responsabilidad política al respecto de la Comisión, el Consejo y el PE.

Ante tales posturas enfrentadas, el Consejo de Ministros, según las directrices del Consejo Europeo de Lisboa y su Declaración de Birmingham, optó por una formulación muy abstracta del PS, reflejando un cierto equilibrio entre las posturas, a pesar de la oposición muy clara del TJCE, que temía ser utilizado políticamente si debía juzgar el tema del PS.

EL ARTÍCULO 3B Y EL PREÁMBULO DEL TUE Y SU INTERPRETACIÓN

Finalmente, el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992, en su parte liminar, indica en los artículos A y B y en el 3B, que "la Comunidad intervendrá conforme al PS en la medida que los objetivos de la actuación pretendida puedan ser alcanzados por los Estados miembros de forma suficiente y puedan conseguirse mejor a nivel comunitario por su dimensión y sus efectos". Está claro que se trata de una alocución más bien centralizadora, en la línea propugnada por la Comisión, siguiendo las directrices de J. Delors. Pero al mismo tiempo, sin citarlo explícitamente, pero sí implícitamente, la Subsidiariedad también se recoge en su aspecto descentralizador, como se indica en el preámbulo: "Resueltos a continuar el proceso de creación de una Unión entre los pueblos de Europa cada vez más estrecha, en que las decisiones se tomen de una forma lo más cercana posible a los ciudadanos..."⁵¹

Esta doble lógica centralizadora y a la vez descentralizadora⁵², de carácter novedoso respecto al AUE, voluntariamente ambigua en su formulación, fue fuertemente criticada por el premio Nobel de Economía Maurice Allais, que calificó el Tratado de Maastricht de burocrático, dirigista, tecnocrático y centralizador.

Pero la realidad es que ya en el Tratado se han consagrado ampliamente nuevas competencias concurrentes⁵³ con el objetivo de conseguir más plenamente el mercado

interior⁵⁴ entre la CE y los Estados miembros y se incluye el PS para regir tales artículos, en concreto en los artículos 118A, 126, 127, 128, 129, 129 A y B, 130 y 130G y en la letra B del apartado 2 del artículo K⁵⁵.

Como ya se ha comentado, tras la firma del Tratado fue necesario tener un criterio de sistematización de competencias. Precisamente para ello los actores han buscado en una nueva tanda de iniciativas utilizar el PS con intenciones muy a menudo opuestas a la finalidad primigenia del PS, en especial dados los temores del Reino Unido a que la interpretación del TJCE del Principio fuese claramente procomunitarista.

Ahora sólo analizaré los documentos más recientes, y por lo tanto más evolucionados, que pretenden interpretar la subsidiariedad jurídicamente, pero con connotaciones políticas evidentes.

En primer lugar, el Parlamento Europeo, en su Declaración del 30 de octubre de 1992⁵⁶ propone, en la tradición política seguida anteriormente en temas delicados como el de los presupuestos, efectuar un acuerdo institucional entre Consejo de Ministros, Parlamento Europeo y Comisión, que defina en forma común el PS, la noción de competencias exclusivas y una delimitación respecto a las competencias concurrentes, con las siguientes prioridades:

Se prefiere al sistema clásico de directivas de armonización de las legislaciones otras técnicas no obligatorias, como programas de apoyo a la coordinación de las acciones estatales, tratados internacionales que evidentemente son de ratificación voluntaria, han de hacerse en cada caso por los Estados, o incluso recomendaciones. Si son necesarios actos obligatorios por parte de las Comunidades, deben utilizarse preferentemente directivas "cuadro", y en principio mínimas, referentes a reconocimientos mutuos, por ejemplo de títulos, y las técnicas del art. 101 y 102 del Tratado.

Cualquier iniciativa de la Comisión en su programa de trabajo será examinada en función del PS, no tan sólo por el Parlamento y el Consejo de Ministros, sino también por los Parlamentos estatales y ésta debe estar motivada por un considerando que justifique que la solución propuesta del tema cumple con el PS. Cuando se controle el acto de la Comisión, debe controlarse tanto su contenido como el respeto al PS, en forma inseparable. Si el Parlamento y/o el Consejo de Ministros (Asuntos Generales) estiman que se debe enmendar el proyecto, han de motivar expresamente tal enmienda, señalando que es necesario modificar la lógica interna de tal propuesta en función del PS y solicitar a la Comisión que delibere para cambiarla. Si ésta por su parte considera que las enmiendas del Parlamento y/o el Consejo de Ministros no respetan el PS tal como ella lo interpreta, puede elevar un informe específico y motivado a las otras dos instituciones o, en caso contrario, retirará su propuesta.

El 19 de noviembre de 1992, el Parlamento tomó una resolución de compromiso entre los diferentes grupos y la Comisión institucional sobre los posibles criterios de la puesta en práctica del PS señalando que su propuesta no implica en absoluto recortar el poder de iniciativa de la Comisión, pero las tres instituciones implicadas, Comisión, Parlamento y

Consejo de Ministros, deben verificar la conformidad de las acciones propuestas por la Comisión, de acuerdo con el artículo 3 B TUE, con respecto a: escoger los instrumentos jurídicos más adecuados e intentar que el contenido de estas acciones sea de coordinación, aproximación o armonización de legislaciones.

La Comisión debe hacer un informe anual sobre su respeto a los criterios del PS y el Parlamento hará un debate público sobre este informe. Si hay dificultades para aplicar el PS el presidente de uno de los tres órganos podrá convocar una conferencia institucional.

Por último, el PE ha vuelto a destacar la importancia del PS en sus proyectos para el futuro: así, ya en 1993 la Comisión de Asuntos Interinstitucionales, en su Proyecto de Documento de Trabajo sobre la Constitución de la Unión Europea, elaborado por el ponente Oreja Aguirre, incluye el Principio en sus art. 4.3 y II.⁵⁷

La Comisión y muy en especial Delors, se encontraron en una situación muy delicada. Sus esfuerzos por interpretar el PS en forma pro-comunitaria se encontraban cada vez más desvirtuados, en especial por los informes y propuestas efectuados durante la Presidencia del Reino Unido del Consejo de Ministros. Además, la creciente falta de popularidad de la Comisión, a la que se dirigían acusaciones de burocratismo, especialmente después del fracaso del *referéndum* de Dinamarca, atribuido, al menos parcialmente, a la arrogancia de los eurócratas, hizo jugar a Delors una estrategia muy complicada, ligada, además, a la resistencia del Reino Unido a ratificar el Tratado de Maastricht.

A tal efecto, la propuesta de la Comisión sobre el PS fue redactada por Lamoignon, bajo las instrucciones e iniciativas directas de Delors⁵⁸. En el mismo seno de la Comisión, el proyecto inicial fue limado por el Pleno de los Comisarios para hacerlo más aceptable ante el Consejo. El resultado final fue una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros, evitando cuidadosamente fijar listas de competencias y prefiriendo los criterios abstractos en tres campos: la preparación de la acción comunitaria por la Comisión, la gestión de las políticas por la CEE, y los controles, especialmente financieros, de las actividades comunitarias, todo ello ligado al PS.

En primer lugar, la preparación. La iniciativa de la Comisión está fijada por los Tratados, pero el PS debería servir para interpretar, en el ejercicio del sentido común, qué temas debe iniciar la Comisión y con qué técnica legislativa, bien meramente recomendatoria, bien de otro tipo; y muy especialmente, pero no en forma exclusiva, en el caso de competencias compartidas. Si ya existe una legislación estatal, sea normativa, administrativa, o un mero código de conducta, hay que utilizar el PS como *test* de eficacia comparativa entre la acción eventual de la CE y la de los Estados miembros, a través del efecto de la escala de la acción, lo que le daría coherencia, evitando distorsiones en las competencias del Mercado Común. Si es necesario tomar iniciativas por medio de la Comisión, el PS serviría, junto con la proporcionalidad, paralela a este principio, como criterio sobre si debe iniciarse una acción legislativa u otras medidas normativas. Si se opta por lo primero, en la medida de lo posible se harán leyes-marco de mínimos poco detallados, procurando en su máximo grado el reconocimiento mutuo de normas estatales.

En cuanto a la gestión⁵⁹, debe ser descentralizada mediante directivas-cuadro y también a través de reglamentos-marco, que aproximen el ciudadano a las decisiones, porque el control de las mismas es más fácil si son llevadas a cabo por funcionarios estatales y no por los escasos funcionarios comunitarios, especialmente mediante el *partnership*, en el funcionamiento de las políticas estructurales, tanto con la administración central del Estado como, en su caso, con las entidades subestatales.

El control financiero, debería continuar en principio en manos de la Comisión; aunque se puede delegar el control caso por caso, por lo que hay que buscar reglas de mínimos en temas de control, más cooperación de los Estados en las quejas por violación del derecho Comunitario y, en algún caso, un control directo de los Estados que deberían informar a la Comisión, que puede llevar al Estado ante el TJCE en caso de incumplimiento.

En el anexo, la Comisión es más concreta, ya que tiene una finalidad interna: fijar los criterios para tomar sus propias decisiones generales. Señala en él que el PS es un principio político, aplicado también entre el Estado y sus regiones, destinado a limitar las acciones a los niveles centrales y traspuestos a las Comunidades Europeas. Esto implica la posibilidad de transferir también poderes de los Estados a la Comunidad, pero respetando la identidad nacional y las competencias regionales, en una evolución dinámica que puede también limitar la acción comunitaria, en el caso de que la pueden asumir los Estados.

Respecto al PS como criterio para atender a la necesidad de iniciativas, se señala que algunas de las propuestas de la Comisión (política de transportes o comercial, o en el tema EURATOM), han encontrado la resistencia del Consejo de Ministros. Respecto al nivel y la técnica jurídica utilizada, si bien la Comisión reconoce que ha sido criticada por el exceso de detalles de directivas en temas de salud pública o medio ambiente, en el marco de la *nouvelle approche*, recuerda que a menudo es el Consejo de Ministros o el Parlamento Europeo quienes han sobrecargado de especificaciones estas directivas.

El PS no podrá atribuir competencias (tarea que sólo pueden hacer los Tratados) sino tan sólo regular su ejercicio. Por lo tanto, la regla es la competencia estatal y la excepción, por ahora, la competencia comunitaria. No es necesaria, por tanto, una lista de las competencias reservadas a los Estados semejante a la de los art. 149 y 150 de la Constitución española. Está claro que hay competencias compartidas y concurrentes y que el art. 3B, apartado 2, permite que el PS actúe para demostrar que en estas competencias es necesaria una acción comunitaria, pero, para evitar politizar el PS, es mejor un acuerdo institucional sobre el tema, con definiciones claras.

La Comisión insiste que el PS es un elemento de la decisión y no una premisa previa. Es necesario examinarla junto con otros elementos: base jurídica, partes dispositivas, etc. Tan sólo al final del proceso pueden el Parlamento Europeo o el Consejo de Ministros (Asuntos Generales) opinar que el PS no ha sido respetado.

Esta postura de la Comisión, claramente conciliadora, implicaba que, ante el riesgo de no ver ratificado el TUE por los británicos o por los daneses, ha preferido colaborar estrechamente con el Consejo de Ministros y con el Consejo Europeo, para razonar y

motivar⁶⁰ la necesidad, según el PS, de sus acciones legislativas, muy especialmente, pero no de forma exclusiva, en el caso de las competencias concurrentes. Ello se hizo manifiesto en su actuación ante el Consejo Europeo en Lisboa, en 1992, en un compromiso de la Comisión y el Consejo Europeo sobre la inclusión de justificaciones de pertinencia de cada propuesta, según el 3B. Pero en la reunión de Edimburgo se ha ampliado el alcance y la especificación de tales justificaciones, por causa del temor a una guillotina previa que, basada en el PS, había sido propuesta por los británicos en algunos documentos internos del Consejo de Ministros.

El resultado final de la combinación de las diversas estrategias de los Estados miembros para especificar el alcance exacto del PS fue plasmada, como es obvio, en un compromiso final del Consejo Europeo de Lisboa y especialmente en el de Edimburgo, en un *package deal* que incluía el PS, cediendo unos y otros a cambio de ganancias relativas en otros terrenos.

La RFA insistió en una concepción descentralizadora al máximo del PS, aplicable especialmente a los *Länder*, en tanto que Francia la apoyó, aún en contra de su jacobinismo tradicional, utilizándose una vez más el eje Bonn-París para intentar profundizar en el PS, pero evitando que llegase a ser un freno para la creación de la Unión Política. El PS, para Francia, iba estrechamente ligado a la democratización de la CEE.

España, en su documento de trabajo, hizo una interpretación más clásica y comunitaria de la noción y efectos del art.3B, pero a cambio insistió en la idea económica del *subsidiium*: había que utilizar el PS, pero incorporando los medios necesarios para que en el mínimo nivel, ya sea al de Estados o incluso al de las Comunidades Autónomas, pueda actuar de forma eficaz, ligándose con los Fondos de Cohesión y con el Fondo Europeo de Inversiones. Sus aliados en ese tema fueron Portugal, Irlanda, Italia y Grecia.

El Gobierno de Dinamarca, junto con el de Londres, intentaron profundizar en el sentido primigenio, antijacobino, del PS, con la intención de recortar los poderes de la Comisión, y de ese modo poder convencer a sus ciudadanos, ante la eventualidad de un referéndum, de que se había descentralizado y democratizado la CEE.

En concreto, Londres, aprovechando su presidencia durante 1992, en un primer documento presentado en la reunión de Lisboa y rehusado por los demás miembros, excepto Dinamarca, propuso la ya citada guillotina previa a cualquier normativa presentada por la Comisión, basándose en el PS, es decir, propugnando una negativa previa a la presentación formal de una propuesta de la Comisión si se estimaba en el Consejo que había contravenido el PS.

La presidencia británica en el segundo semestre del 92 propuso en un documento posterior –que no fue aceptado por el Consejo Europeo– que este control previo no se efectuara tan sólo respecto a las propuestas finales de la Comisión, sino incluso sobre los meros proyectos en elaboración y concretó el conjunto de sus pretensiones en una lista⁶¹. Este documento, de fecha 7-8 de diciembre de 1992, implicaba la petición de retirada de 30 normativas, tanto propuestas formales como proyectos de la Comisión. En concreto

incluía las demandas de eliminación de propuestas formales sobre trabajos a tiempo parcial, ocupación de los jóvenes, protección de datos, telecomunicaciones, reconocimiento mutuo de licencias para telecomunicaciones, responsabilidad de los prestatarios de servicios, estatuto de la Sociedad Europea, etc; pero también proyectos de regulación sobre igualdad de tratamiento a la Seguridad Social, medio ambiente, calidad del agua, limitación de velocidad, transparencia de los precios de productos farmacéuticos, etc., argumentando diferentes razones basadas *soi dissant* en el PS.

Finalmente, el Consejo Europeo de Edimburgo, efectuado el 11 y 12 de diciembre de 1992, tras un texto del COREPER II realizado por el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, que añadieron un informe, elaboró unas estrategias para desarrollar, entre otros temas, el PS. En este sentido se ha invitado al Consejo de Ministros a llegar a un Acuerdo Institucional, ya que el Consejo Europeo había discutido ya el tema con el Presidente del Parlamento Europeo y aceptado gran parte del proyecto de acuerdo de dicha institución⁶², constatando la buena voluntad negociadora de la Comisión respecto al PS, plasmada en el documento presentado por ésta en Edimburgo.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y DERECHO VIGENTE

Así pues, ¿cuál se puede decir que es el derecho vigente respecto del PS, en el caso que se ratifique el TUE?

En primer lugar hay que recordar que el PS ya está vigente por el Acta Única Europea de 1986, en su formulación respecto al medio ambiente, en el art. 130R4.

Asimismo rige, aunque sólo para 11 miembros ya que por voluntad propia el Reino Unido está excluido, respecto a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, en el que se incorpora en el Preámbulo como criterio interpretativo que las competencias sobre Derechos Sociales son de los Estados miembros, y sólo excepcionalmente de la CEE.

El previsible Acuerdo Interinstitucional para interpretar los artículos A y B, y especialmente el 3B con criterios fundamentales, y su aplicación en temas concretos a los art. 118A, 126, 127, 128, 129A y B, 130 y 130G, y art.2 del Acuerdo sobre Política Social, y la letra b. del Apartado 2 del art. K, se efectuará previsiblemente siguiendo las siguientes líneas:

Existe un acuerdo entre las tres instituciones implicadas (Consejo, PE y Comisión) respecto a que el PS es un principio general de Derecho Comunitario y básico de la Unión Europea, y que no puede invocarse el 3B para alterar el equilibrio constitucional. El PS es un concepto dinámico, en función de los objetivos del Tratado, que permite ampliar o restringir, o eventualmente abandonar, las acciones comunitarias, ya que orienta cómo deben ejercerse las competencias, incluyendo las derivadas del art. 235.

El Consejo Europeo indica⁶³ que hay que distinguir entre el Principio de atribución de competencias, que indica que la competencia de la Comunidad Europea es excepcional y el PS. Este último se aplicará cuando el objetivo se puede lograr mejor a nivel comunitario que estatal, distinguiendo también los dos anteriores del principio de proporcionalidad o de intensidad, que ha sido recogido por la jurisprudencia y no estaba fijado en ningún artículo del Tratado.

Si la Comunidad abandona su acción, persiste no obstante la obligación del art.5 del Tratado de la Comunidad Europea de que los Estados deben tomar las medidas necesarias y abstenerse de cualquier medida que haga peligrar los fines del Tratado.

El PS no tiene, en principio, efecto directo⁶⁴, pero el TJCE debe interpretarlo y controlar su cumplimiento.⁶⁵

Cuanto más específica y concreta sea la exigencia de un artículo del TUE, menos juego tiene el PS, ya que no tiene ningún papel en políticas de competencia y protección de fondos comunitarios, en el control de aplicaciones o ejecución del Tratado.

Tiene juego limitado en las competencias exclusivas de la CE, con un carácter muy general⁶⁶.

En competencias concurrentes (aunque el Consejo Europeo prefiera hablar de competencias mixtas), el PS se utiliza sólo después de las limitaciones concretas de un artículo particular.

Así, por ejemplo, los art. 126 a 129 del TUE, en ámbitos de educación, formación profesional, juventud, cultura o salud pública, señalan que no pueden armonizarse las normas o reglamentos de los Estados miembros, ni siquiera sobre la base del art. 235. Tan sólo si el PS lo permite, pueden tomarse por parte de las comunidades medidas de fomento previstas por estos artículos para ampliar la cooperación estatal, incluyendo ayudas financieras, e incluso totales para: programas comunitarios o medidas nacionales o cooperativas, según lo que establezca el PS.

Por lo tanto el principio estudiado es un criterio para determinar si es necesario o no tomar medidas comunitarias y si no es suficiente la actuación estatal para obtener los objetivos del TUE de forma suficiente, especialmente cuando:

Se den efectos transnacionales. Este criterio es necesario pero no es suficiente para que la Comunidad pueda presentar una acción conjunta, o pueden haber otros sistemas de coordinación extra-comunitaria.

Cuando la ausencia de la acción comunitaria fuera en contra del Tratado (no corrección de distorsiones de la competencia o de restricciones encubiertas del comercio, refuerzo de la cohesión económica y social) o contra los intereses de todos los Estados en conjunto o de un Estado en particular.

Que se den los beneficios apreciados por el Consejo de Ministros por la escala de la acción o sus efectos.

Todo lo anterior debe justificarse por la Comisión mediante indicadores cualitativos y, a ser posible, cuantitativos.

Por tanto, la armonización de las normas estatales debe ser excepcional y sólo si es estrictamente necesario para conseguir los objetivos del Tratado.

El PS también se aplica en competencias concurrentes, así como exclusivas, en dos temas⁶⁷:

En el tema de las cargas financieras y/o administrativas a cualquier nivel. Estas deben ser mínimas y proporcionales a su objetivo. En este sentido, estimamos que más que PS, aquí se trataría de Principio de Proporcionalidad.

Si se toman medidas comunitarias debe procurarse que éstas sean mínimas, tanto en los artículos que ya lo preveen, art. 118A, 130T, como en otros ámbitos. Los Estados serán libres de fijar normas más estrictas, con la máxima libertad de decisión a nivel estatal, por ello se deben ofrecer a los Estados diferentes formas alternativas de obtención de los objetivos perseguidos, se tomarán recomendaciones y/o códigos voluntarios de conducta.

En cuanto a las formas de la acción, hay que escoger la más sencilla posible, como la cooperación entre Estados o la coordinación de medidas estatales, que deberían ser completadas, complementadas o apoyadas.

15 de mayo de 1993.

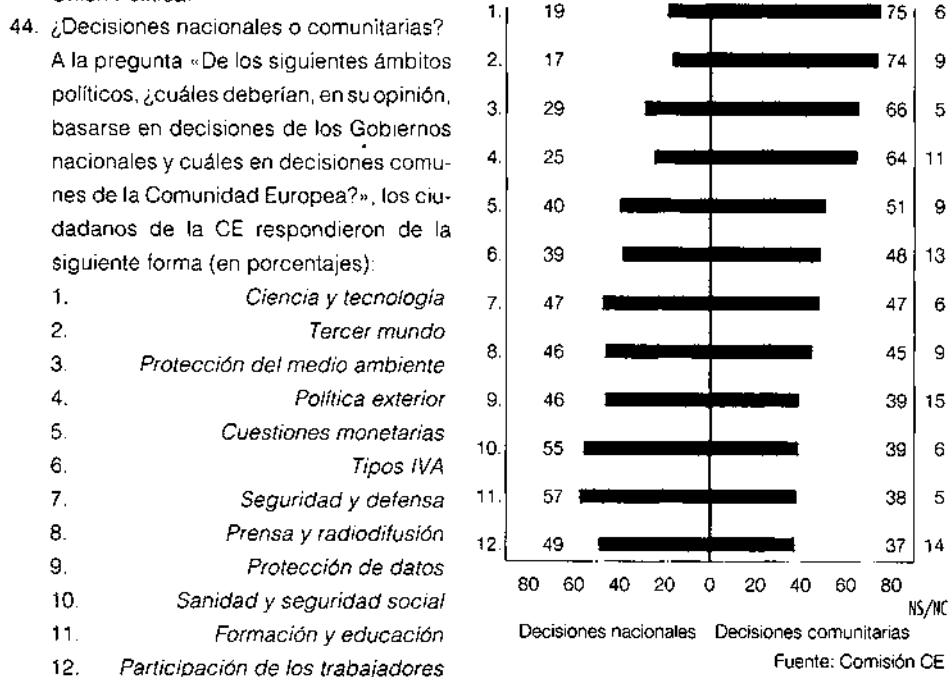
Notas.

1. Sobre la bibliografía respecto a este Principio ver la efectuada por BRIBOSIA, H. "Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Commentaire sur l'article 3B du Traité de Maastricht" *R.M.U.E.* 4/1992, pp. 185-188 y la aportada por GAUDISSERT, M.A. en "La subsidiarité: facteur d'intégration européenne?" *Journal des Tribunaux*, 6 de marzo 1993 nº5666, en su nota 3; así como los artículos del *C.M.L.R.* v.29 nº6, 1992, pp.1047-1137, especialmente los de TOTH, A.G. "The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty", *op.cit.* pp.1079-1106 y CASS, D.Z., "The Word that saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the division of powers in the European Community" *op.cit.* pp.1107-1136, así como CONSTANTINESCO, V. "Who's afraid of subsidiarity?" *Yearbook of European Law, Vol.II, 1991*, pp.33-55, o EMILIOU, N. "Subsidiarity: an Effective Barrier against the Enterprises of Ambition?" *E.L.R.*, Vol. 17, nº5, octubre 1992, pp.383 y ss.
2. GARDNER, D. "Pandora's box or a Panacea" *Financial Times*, 12 octubre 1992, p.12
3. Ver PERISSISCH, R. "Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir" *R.M.U.E.*, 3/1992, p.5; ver también MATTERA, A. "Le principe de subsidiarité au service d'une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps", *R.M.U.E.*, 4/1992, p.191, que califica el PS de "política jurídica"; en parecido sentido MERTENS, J. "Du bon usage de la subsidiarité" *R.M.U.E.*, 4/1992, p.193-194.
Asimismo, el Informe Provisional elaborado en nombre del PE sobre la Subsidiariedad destaca su vocación constitucional; en cambio, el Presidente de la Comisión de la Comunidad Europea, J.Delors, en sus diferentes documentos al respecto, opina que es más bien "a rule of reason"; por otra parte, la insistencia de los parlamentarios europeos en el carácter constitucional del PS ha sido grande. Así es calificado de "principio constitucional de programación" por MATTINA, E. "Subsidiarité, démocratie et transparence", *R.M.U.E.*, 4/1992, p.208; CONSTANTINESCO, V. "Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité?" *R.M.U.E.*, 4/1992, p.229, en cambio, prefiere calificarlo de "règle de raison" en el sentido propuesto por Delors, al igual que WILKE, M. y WALLACE, H., *Subsidiarity: Approaches to Power Sharing in the EC*, Discussion Paper nº27. Royal Institute of International Affairs, Londres 1990, que lo califican de "Guideline".
4. En este sentido ver SANTER, J. "Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité" en el *Colloque de J.Delors sur la subsidiarité*, 21 de marzo de 1991, p.2; ver también CONSTANTINESCO, V. *op.cit.* p.227 "es invocado a la vez por los que ven en él una especie de cláusula de competencia general indirecta que juega en forma ilimitada en favor de la Comunidad y por los que ven una forma cómoda y eficaz de preservar la mayoría de las competencias estatales contra las incursiones indebidas de la reglamentación comunitaria."
5. *Ibid.* p.227 "La subsidiarité est-elle alors une réponse suffisante au déficit démocratique?"
6. La conexión entre el PS y el Principio de Solidaridad está afirmada en el Informe Tindemans de 29 de diciembre de 1975 y la Declaración Solemne sobre Unión Europea de 19 de junio de

1983. Textos traducidos en PHILIP, Ch. *Textos Constitutivos de las Comunidades Europeas*, Ariel, Barcelona, 1985.
7. CONSTANTINESCO, V. *op.cit.*, p. 227 indica que no es necesariamente equívoco, si no que ha sido oscurecido por "des arrières-pensées". No obstante, BRIBOSIA *op.cit.*, p. 166 recuerda que Krucina ha dado más de 20 definiciones del PS.
 8. MERTENS, J. *op.cit.*, p. 190, señala que el PS puede ser utilizado contra los abusos de un poder omnipresente y jacobino, contra la "voracidad" de una Comisión burocrática
 9. SANTER, J. *op.cit.*, p. 4
 10. Ver GAUDISSERT, *op.cit.*, p. 174, nota 6; y EMILIOU, N. *op.cit.*, pp.385-390.
 11. WILKE, M. y WALLADE, E., *op.cit.* analizan el principio de *self-reliance* de Stuart Mill; ver también LENAERTS, K. "Constitutionalism and the Many Faces of Federalism" *American Journal of Comparative Law*. 1990, pp.207 y ss.
 12. MAGAGNOTTI, P. *Il Principio de sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Bologna, 1992.
 13. Ver texto del "Centessimus Annus", ABC, 4 de mayo de 1991. Supl. XIV.
 14. MILLON-DELSOL, C. *L'État subsidiaire*, París, P.U.F. 1992
 15. Ver, *Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Unión Económica y Monetaria*.
 16. DELORS, J., "Le principe de subsidiarité: contribution au débat" *Colloque de Maastricht*, p.4
 17. WICKHAM, S. "Moins d'État en Europe?" *Commentaire*, Hiver 1989-1990, pp.779 y ss., especialmente p.784.
 18. MATTINA, E. *op.cit.*; en la p.207 indica que el PS es especialmente útil para Estados federales o descentralizados; sumergido en una realidad jurídica *sui generis*, la de la Comunidad, debe adaptarse a ella asumiendo funciones diferentes.
 19. HERAUD, G. *Les principes du fédéralisme et la Fédération européenne*, París 1968, p.48
 20. CONSTANTINESCO, V. "La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne". *Swiss Review of International Economic Relations*, Octubre, 1991, pp.209 y ss.
 21. MATTINA, E. *op.cit.*, p.205; ver también CATALANO, N. *Manuel de Droit des Communautés Européennes*, Dalloz, París, 1964. p.295.
 22. PESCATORE, *External Relations in the Case Law of the Court of Justice of the EC*, 1979, p. 630
 23. BRIBOSIA, *op.cit.*, p.168; MERTENS, *op.cit.*, p.199
 24. Texto en *Política Exterior*, verano 1990, pp.169 y ss., ver también el Informe MARTIN. Doc.P.E. A 3-166/90 de 11 de julio, p.12 ss.
 25. MATTINA, E. *op.cit.*, p.205-7, indica que el *spillover* derivado de la teoría funcional de atribución de competencias y en base al artículo 235, despertó reticencias estatales; en similar sentido CONSTANTINESCO, V. "La subsidiarité..." *op.cit.*, p.228 y BRIBOSIA, *op.cit.* p.179. Sobre el artículo 235 TCEE ver SANTER, J. *op.cit.* p.9, ver también LESGUILLONS, H. "L'extension des compétences de la CEE par l'article 235", AFDI, 1974, pp.886 y ss.; OLMÍ, G. "La place de l'article 235 CEE dans le système des attributions de compétence de la Communauté", *Mélanges F.Dehousse*, Bruselas, 1979, p.279; y SCHWARTZ, I. "Le pouvoir

- normatif de la Communauté, notamment en vertu de l'article 235" *R.M.C.*, 1976, pp.280 y ss. y las sentencias sobre el asunto Massey-Ferguson nº8/73 Rec., 1973, pp.897 y Comisión Consejo nº45/86 Rep. 1987, pp.26 y ss.
26. MERTENS, *op.cit.*, p.194, recuerda que el PS está anclado en la estructura misma de la Administración comunitaria.
27. DELORS, J., *op.cit.*, p.11; en igual sentido MERTENS, *op.cit.* p.199, que añade que otros ejemplos del PS serían el reconocimiento mutuo de medidas estatales respecto a la libre circulación de mercancías, la cooperación del TJCE con los tribunales estatales a través del incidente prejudicial, etc.; ver también MATTERA, A. "Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes" *R.M.U.E.*, nº2/1991, p.7; ver también MERTENS, *op.cit.*, p.195 y ss.
28. La normativa comunitaria no puede alterar el reparto constitucional de competencias, al menos en teoría, según el principio de autonomía institucional recordado por el TJCE en los asuntos de la International Fruit Company de 1971 o el Nordsee de 1973. Ver PUEYO LOSA, J. "Sobre el principio y los mecanismos de colaboración entre el Gobierno central y las Comunidades autónomas en asuntos relacionados con las Comunidades Europeas" *R.I.E.*, 1989, pp.29-74. Sobre el tema ver también ROMUS, P. *L'Europe régionale*, Labor, Bruselas, 1990; MARTINEZ CUADRADO, M. "Las autonomías regionales en la Europa comunitaria", en el seminario: *Las CC.AA. y la Comunidad Europea*, 16-19 de enero 1991 y CASANOVAS y LA ROSA, O. "La proyección autonómica en la CE", *Ibid*; o CONSTANTINESCO, V. "Comunidades Europeas, Estados, regiones: el impacto de las estructuras descentralizadas del Estado en la construcción comunitaria" *R.I.E.*, 1989, pp.11-29; ver finalmente PIÑOL, J.; PI, M. y CIENFUEGOS, M. *El principi de subsidiarietat i la seva aplicació a les entitats subestats: conseqüències en el desenvolupament de les Comunitats Europees*. nº33 Quaderns de Treball. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 1991.
29. Sobre esta denominación *Ibid* p.8 y ss. y NIGOUL, "L'autonomie régionale" en *L'autonomie: les régions d'Europe en quête d'identité*, Paris-Niza, 1981; ver también *Relaciones Internacionales y CCAA*. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1990.
30. Muy a menudo se ha distinguido entre estos dos aspectos. El impacto normativo en todos los Estados lo hace aconsejable en las medidas de carácter macroeconómico; en cambio, el ejercicio de las competencias más concretas, dada su ausencia de "externalities" económicas, debería reservarse a los Estados o a las regiones, como indica el *McDougall Report*, en concreto en el caso de los servicios de bienestar social, a los que aplica como criterio el Principio de Subsidiariedad.
31. Ver *Bulletin des CE suppl.* 9/75 p.1 ss.
32. Primer Informe de la Comisión sobre la Unión Europea, en PHILIP, *op.cit.*, p.121 ss. "La Unión Europea no debe llevar a la creación de un super-Estado centralizado"
33. GAZZO, *op.cit.*, p.223 indica que la inclusión del PS en el Proyecto Spinelli en su artículo 12 fue efectuado por sugerencia del europarlamentario conservador británico Christopher Jackson.

34. SIDJANSKI, D. "L'objectif 1993: Une Communauté Fédérale Européenne" *R.M.C.*, 1990, pp.684 y ss. y LENAERTS, *op.cit.*, especialmente pp.244 y ss.
35. GAZZO, *op.cit.*, p.222
36. PADOA-SCHIOPPA, T. *Efficacité, stabilité, équité*, Economica, Paris, 1987
37. *Loc.cit.* p.16
38. DOCE nºC 231 del 17 de septiembre de 1990, p.91 y ss.
39. *Ibid.* p.163
40. DOCE nºC 231 de 17 de septiembre de 1990, p.91 y ss.
41. COM 90/600 final de 23 de octubre de 1990, p.13
42. Ver SANTER, *op.cit.*, pp.14 y 15
43. *Note Paper* del 15 de abril de 1991, Luxemburgo, Sobre el Proyecto de la Presidencia Luxemburguesa del Consejo de Ministros sobre un Proyecto de artículos del Tratado sobre Unión Política.



45. MERTENS, *op.cit.* indica que el art. 130 sobre política industrial es una competencia concurrente, ...lo que llevará a "una conciliación permanente entre la puesta en práctica del 3B y la del art.30"
46. Sobre cuestiones económicas ver GRETSCHMANN, K. "Le principe de subsidiarité: quelles responsabilités à quel niveau de pouvoir dans une Europe intégrée?" en *Subsidiarité: défi du changement*. Actes du colloque J.Delors, FEAP 21-22, mayo 1991, pp.55-56. El Dictamen Adicional del CES sobre la Unión Económica y Monetaria CES, 273/91 D-ILF/LGH/MP/gi/ac/

st/ia indica en su página 8 "En una zona de moneda única no es posible una 'subsidiariedad' con una política económica parcialmente nacional".

47. Ver sobre la posición española acerca de la naturaleza del PS como "criterio de naturaleza política y naturaleza jurídica", la comparecencia de J.Solana ante la Comisión mixta Congreso-Senado para las Comunidades Europeas del 16-7-92 y la del 2-12-92, pp.1-5 de los textos de la O.I.D., Vol.I, 1992.
48. Ver la voz "subsidiariedad" redactado por ELORZA, J. en el *Breve diccionario del Tratado de Unión Europea*. Ed. RAMIRO BROTONS, A. editado por el CERI, Madrid, 1993, pp.241-3.
49. Cabe recordar que tales competencias exclusivas son las libertades comunitarias, la P.A.C., las reglas generales sobre las competencias y los transportes, la política comercial común y la conservación de los recursos pesqueros. MATTINA, *op.cit.* p.210
50. MATTINA, E. *op.cit.* p.208 La adopción del PS se debe en parte a la no calificación explícita de Tratado federal del TUE.
51. El campo de actuación del PS está pues definido en el Preámbulo, el art.A, el art.B, último apartado y el 3B, que según BRIBOSIA, *op.cit.* p.178 es aplicable al conjunto de la Unión: la CEE, la CECA y la CEEA, e incluso, aunque no es susceptible de control judicial, según estipula el art. L, también a la PESC y a la cooperación judicial.
52. *Ibid.* al señalar que existen claras diferencias terminológicas y de fondo entre el art.130 R & 4 del AUE y el 3B del TUE; en efecto, en el primero la Comunidad es competente, aunque la acción aislada de los miembros fuese satisfactoria y eficaz; en cambio el 3B indica que sólo puede actuar si la acción estatal es insuficiente. En cambio, el art. 3bis del Proyecto Martin del PE seguía más bien el modelo del 130R.
Combinando el art. 3B con el preámbulo y el art.A, señala *Ibid.* p. 180 "el criterio de localización del poder en virtud de la subsidiariedad ("es el nivel más bajo y no el nivel más eficaz" de lo que se deduce que "el art.3B es la formulación negativa de la subsidiariedad para la Comunidad porque viene a condicionar el ejercicio de las competencias comunitarias que antes no estaba sometido a ninguna condición". Ver en parecido sentido DEHOUSSE, F. "La subsidiarité: fondement constitutionnel ou paravent politique de l'UE?" *Liber Amicorum*, EME Kings, Ed. Story Scientiae, 1991, pp.52 y ss.
53. Se prefiere hablar en este artículo de competencias concurrentes, aunque en la Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo el 27 de octubre de 1992, como en las Conclusiones del Consejo de Edimburgo se las denomina compartidas; sobre el rol del PS en ellas, MERTENS, *op.cit.*, p.194 y en igual sentido p.197 indica que es una regla para la distribución en el ejercicio de éstas, reparto que puede variar en el tiempo, según circunstancias y necesidades. Es evidente que el PS nunca altera la atribución de competencias; SANTER, J. *op.cit.*, p.21-31; CONSTANTINESCO, V. *op.cit.*, p.229; BRIBOSIA, *op.cit.* p.172-9; MERTENS, *op.cit.*, p.194
54. "El criterio fundamental de atribución de competencias de la CE es el objetivo del mercado interior", EHLERMANN, *op.cit.*, p.216
55. Como señala VIGNES, D. "Le projet de la Présidence luxembourgeoise d'un Traité sur l'Union" *RMUE*, nº349, pp.510-11 sobre la ampliación de competencias "celles-ci en revanche vont

être un peu encadrées par un principe... le PS". "Le texte indéniablement rejette une compétence communautaire généralisée".

56. Agence Europe nº5861 (Nouvelle Serie 19-11-92)
57. Doc. ES/DT/219/219688 PE203601
58. Europe nº1804-5 30 de octubre de 1992 pp.1-14
59. BRIBOSIA, *op.cit.* p.180, estima que las competencias de control no deberían ser afectadas por el PS; en cambio EHLERMANN, *op.cit.*, p.218 indica "El test de la Subsidiariedad no se limita a la acción legislativa. Se aplica igualmente al nivel de la acción administrativa, es decir, a la ejecución de la reglamentación comunitaria y del control de la ejecución"; por su parte MERTENS, *op.cit.*, p.199 estima que el PS debe ampliar las técnicas jurídicas de gestión: cooperación interestatal, *self-restraint* en la armonización de legislaciones nacionales y más recomendaciones en vez de actos obligatorios.
60. MERTENS, *op.cit.* estima que la obligación de motivar, según el art. 3B en casi todos los casos es una carga muy pesada para la Comisión.
61. Agence Europe nº5873 (Nouvelle serie. 7-8 de diciembre 1992)
62. Agence Europe nº1804/5 del 30 de octubre de 1992
63. Conclusiones de la Presidencia. Edimburgo 12-12-1992, Ver en especial el Anexo 2 de la Parte A sobre ejemplos de revisión de propuestas en curso y de legislación en vigor según el PS.
64. Leon Brittan en su conferencia del 11-1-82 en el Instituto Universitario de Florencia deseó que el art.3 B llegase un día a ser directamente aplicable. En cambio, MERTENS, *op.cit.*, p.200 estima que no pueden concederse a los particulares más derechos individuales subjetivos que los procedimentales.
65. *Ibid* p.200, opina que el rol del TJCE sobre el PS será marginal; en similar sentido CONSTANTINESCO, V. *op.cit.*, p.230 que estima el peligro de caer en un gobierno de jueces. Ver también MISHO, V.J. "Un rôle nouveau pour la Cour de Justice" *RMC*, diciembre 1990, pp.686 y ss.
66. BRIBOSIA, *op.cit.*, p.181 estima que el PS tiene también escaso papel en el caso de competencias concurrentes que se han convertido en exclusivas por el ejercicio integral de éstas por el fenómeno de la *préemption*; ver también MISHO, V.J. *op.cit.*, p.685 y CONSTANTINESCO, V. *op.cit.* p.220
67. MERTENS, *op.cit.*, p.198 y CONSTANTINESCO, V. *op.cit.* p.229 estiman que en realidad no cabe hablar de aplicación del PS en competencias exclusivas, sino del Principio de Proporcionalidad, opinión compartida por el autor del artículo que estima que el Consejo Europeo de Edimburgo ha confundido el alcance de uno y otro principio.