

LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Por D. Antonio José Sánchez Sáez. Doctor en Derecho. Profesor ayudante de Derecho administrativo. Universidad de Sevilla

I. Introducción

Tras la ratificación del plebiscito sobre la Constitución Europea en España en febrero de 2005, el optimismo europeísta ha sufrido un durísimo revés tras el no de Francia y de Holanda en mayo y la previsible negativa del Primer Ministro británico a siquiera someter el Texto al Parlamento, circunstancias que han dejado seriamente tocado el proceso de ratificación y entrada en vigor de la misma. Aunque la UE parece mostrarse estos días favorable a continuar con los referendos y debates parlamentarios previstos en cada Estado miembro, resulta evidente que el lastre negativo ya acumulado condiciona el voto de los demás ciudadanos europeos que aún no se han pronunciado, por lo que, muy previsiblemente, será necesario modificar el texto original, cuya elaboración se ha gestado en un arduo proceso constituyente que se remonta al Consejo Europeo celebrado en Laeken (Bélgica) en diciembre de 2001.

Antes de que se dieran estos tropiezos, resultaba evidente la oportunidad histórica del momento para elaborar una Constitución Europea (en los albores del s. XXI, con lo que tiene de simbólico). También la necesidad de la medida: entre otras cosas, se hacía preciso derogar el TCE y el TUE y su sustitución por la nueva Constitución¹, que obedece principalmente a un intento por clarificar la confusa terminología existente sobre arquitectura institucional, las relaciones interorgánicas, los actos jurídicos y procedimientos de la Unión

Europea. Incluso cabría hablar de revolución, si tenemos en cuenta la inclusión de la Carta Europea de Derechos Fundamentales como parte integrante de la misma.

Pero no todo son parabienes. En primer lugar, las constituciones son una emanación declarativa (Inglaterra) o constitutiva (Europa continental y EE UU) de los derechos del pueblo o de la organización de un Estado. Hablar de Constitución en el seno de una organización internacional puede ser sugerente como idea, pero incorrecto desde un punto de vista jurídico. Cabría, más bien, hablar de Tratado fundacional, independientemente del calado y de la vocación omnicomprensiva que parece tener éste.

En segundo lugar, ni siquiera en el caso de que nos permitiéramos la ilusión de imaginarnos la UE como una futura unidad política (ilusión más que nunca visto lo visto) podría mantenerse la esencia constitucional de este Tratado. Conforme al «canon» del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución». Y, ciertamente, la antigua CEE, actual UE, nunca ha contado con una efectiva división de poderes, al contrario, ha arrastrado desde sus orígenes una evidente falta de legitimidad democrática, que sólo se vio en parte paliada con las primeras elecciones al Parlamento Europeo de 1979². Y sólo parcialmente porque el Poder Ejecutivo, en donde se plasma la representación de los Estados, lo tiene todo: el Consejo Europeo adopta las decisiones de dirección política y el Consejo de Ministros sigue quedando constituido como una cámara colegislativa, e incluso monolegislativa (si tenemos en cuenta la gran cantidad de normas legislativas que la Constitución le permite aprobar por procedimiento especial, con una débil intervención del Parlamento).

En tercer lugar, en relación con los derechos fundamentales de la Carta, que conforman la parte segunda de la Constitución, basta decir que no son justiciables ni ante el TJCE ni ante los tribunales nacionales si las instituciones estatales o intraestatales (tribunales de justicia, órganos legiferantes, CC AA, regiones, Länder, ayuntamientos, diputaciones, etc.) los vulnerasen en aplicación o aprobación de Derecho interno (art. II-111 CE³).

1. El art. IV-437 de la CE (de aquí en adelante «Constitución» o «Constitución Europea») reza así: «El presente Tratado por el que se establece una Constitución para Europa deroga el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, así como, en las condiciones fijadas en el Protocolo sobre los actos y tratados que completaron o modificaron el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, los actos y tratados que los completaron o modificaron, sin perjuicio del apartado 2 del presente artículo.»
2. El llamado «déficit democrático» es la piedra de Sísifo de la UE, si bien puede que tengamos que acostumbrarnos a repensar Europa como lo que es, una organización de Estados, y no como lo que pretendemos que sea, un Estado soberano en sí mismo. Para emboscar este déficit, el Grupo IX de la Convención ha puesto el acento en la transparencia de los procedimientos de adopción de decisiones, lo que nos recorda la teoría expuesta por Nicklas Luhmann en su famosa obra sobre la legitimación a través del procedimiento: los regímenes dictatoriales siempre se justificaron por una escrupulosa protección de la legalidad procedimental, de una verdad adjetiva, en ausencia de una verdadera base social. Con la reducción de los instrumentos jurídicos, la aclaración terminológica, la desaparición formal de los tres pilares de la UE y la unificación de los procedimientos legislativos y del procedimiento de co-decisión, la Constitución Europea pretende, salvadas las distancias, algo parecido: hacer del procedimiento y de su transparencia un factor de democracia. Es por ello que se dice que la CE exige que las sesiones de las instituciones sean públicas cuando ejerzan potestades legislativas (art. I-50 CE y apdo. 5º del Protocolo constitucional) sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la UE). Vid. LEHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*. 3ª edición, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1978.
3. Art. II-111 CE: «1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución.
2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.»

En cuarto lugar, porque en la Convención que redactó el proyecto de Constitución los representantes de los inicialmente 13 Estados por entonces candidatos a la adhesión no tenían el mismo estatus jurídico que los representantes de los 15 países miembros. Y ello, fundamentalmente, porque la Declaración de Laeken establecía que los países candidatos a la adhesión, si bien podían participar plenamente en las deliberaciones, no podían impedir el consenso que pudieran alcanzar los Estados miembros. Y también porque, efectivamente, no se han visto representados en la Convención en igualdad de condiciones que los 15 países miembros: si han contado cada uno con un representante del Jefe de Estado o de Gobierno y dos representantes del Parlamento Nacional, pero, obviamente, no contaban con representación ni en la Comisión ni en el Parlamento Europeo, ni tampoco les representaban los observadores del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de los interlocutores sociales ni del Defensor del Pueblo. Si la futura CE va a regir por igual en los 25 países no se explica—más allá de la dudosa consideración de los 15 como el «club» legítimo representante de la actual UE—cómo su elaboración ha sido realizada, en parte, reduciendo la influencia en ella de los países candidatos.

A pesar de todas estas limitaciones, la Constitución Europea aparece recorrida por una veta de sana democratización institucional (cabría hablar de regeneracionismo), que es muy visible en la reorganización de las fuentes del Derecho, en particular, en virtud del reforzamiento de la institución del Parlamento y de los intentos por simplificar los mecanismos e instrumentos de decisión.

Por lo que afecta al Derecho de la UE, baste decir que las nuevas fuentes del Derecho derivado son las siguientes: leyes europeas (equivalente a los antiguos reglamentos); leyes marco europeas (equivalentes a las antiguas directivas); reglamentos delegados (figura novedosa); reglamentos (otra novedad); decisiones; recomendaciones y dictámenes.

II. Los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. La participación de los parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo comunitario

La subsidiariedad es el signo de nuestros tiempos, consecuencia, tal vez, de la multiplicidad de actores existente en el reparto competencial comunitario y estatal. La Comunidad Europea, consciente de su lejanía y del celo de los Estados miembros, ya venía ejerciendo sus competencias no exclusivas con base en dicho principio, y así lo expresaba nada menos que en el párrafo del TCE, art. 5^o.

Llamo la atención sobre el hecho de que en dicho precepto la subsidiariedad parece ser entendida como la autoatribución de una competencia, por la Comunidad Europea, de manera subsidiaria, esto es, sólo en el caso en que hubiera

tomado conciencia de que los Estados miembros no han podido o no han querido regular adecuadamente una materia determinada, haciendo obligada la intervención del «suplente», que entrará en el terreno de juego con la intención de marcar el gol. Se observa, entonces, que la subsidiariedad está contemplada desde una perspectiva estatal, en la medida en que parte de la premisa de que serán los Estados los encargados de realizar el primer movimiento, en aras de la preferencia de un actuar más local y cercano al individuo sobre la intervención más lejana e «invasiva» de la Comunidad Europea. Se ve fácilmente el entronque filosófico del principio de subsidiariedad con el de descentralización, que, sin embargo, no son semejantes, ya que el primero aboga por la elección de la escala más adecuada de actuación y el segundo por la intervención más cercana posible al ciudadano. El Preámbulo del Tratado de Maastricht incurre, a mi juicio, en el error de hacerlos equivalentes⁴.

1. Entre lo nuevo y lo viejo: el Protocolo n° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (1997)

Si una de las razones que se han dado para explicar la negativa de Francia y Holanda a ratificar el Tratado ha sido su temor a la apertura y su miedo a perder identidad propia, parece que la regulación que se hace en la Constitución del principio de subsidiariedad (que venía a reformar el poder estatal para condicionar las decisiones normativas comunitarias) no ha calado del todo en la conciencia ciudadana.

En la Constitución Europea, el principio de subsidiariedad, no obstante, ha sido contemplado desde un enfoque más neutral y objetivo que lo que era la norma anteriormente, y también más complejo, tal y como ya se hacía, en cierta medida, en el Protocolo n° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (1997), añadido por el Tratado de Ámsterdam al TCE.

Las importantes innovaciones que trajo consigo aquel Protocolo perviven hoy en el «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» y en el art. I-11 de la CE, si bien resumidas en extensión, más centradas en el procedimiento legislativo y con algún importante añadido. En general, permanecen:

- la declaración de intenciones del Protocolo (asegurar que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión);
- la invocación de que cada institución comunitaria garantice de manera permanente el cumplimiento de ambos principios;
- la exhortación a la Comisión de que, antes de proponer un acto legislativo, proceda a realizar amplias consultas⁵;

4 «... En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.»

5 Allí se dice, entre otras cosas, que, los países miembros... «Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad...».

6 No obstante, la Constitución abunda aún más en el alcance y profundidad de dichas consultas, hasta el punto de que ya no se tratará solamente de consultas al resto de instituciones comunitarias (Parlamento y Consejo, Comité de las Regiones, sobre todo), sino también de consultas a la sociedad, antes y durante la elaboración de un proyecto de acto legislativo o de un reglamento delegado. Así lo expresa el nuevo art. I-47 CE, que introduce el denominado principio de democracia participativa, que viene a significar, «grasso modo», la

- la exigencia de motivación de las propuestas de la Comisión con base en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad;

- la obligación de que la Comisión presente anualmente al Consejo Europeo, al Parlamento y al Consejo de Ministros un informe sobre la aplicación de ambos principios, que deberá igualmente ser remitido al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social;

- el carácter neutral de la subsidiariedad en relación con la iniciativa legislativa de la UE, de manera que no era enfocado como un privilegio de los Estados a la hora de regular las materias de competencia compartida, con carácter prioritario sobre la UE. Antes al contrario, en ambos Protocolos está insita la idea de que será la UE la que deba realizar una especie de «juicio intelectual» previo para proponer o no medidas legislativas, pudiendo hacerlo, incluso, cuando los Estados ya hubieran regulado la materia, si era aconsejable para obtener mayores beneficios o porque la escala comunitaria fuera, definitivamente, la más apropiada para hacerlo;

- se mantiene también el deseo de la UE de no imponer cargas financieras o administrativas a las Administraciones o a los ciudadanos que no estén justificadas y proporcionadas al objetivo que se pretenda. Desde hace tiempo, la Comunidad Europea ha adoptado varias propuestas sobre reducción y simplificación de la legislación. Así, por ejemplo, el «Programa de Bruselas» para la simplificación y refundición, presentado por la Comisión en el Consejo Europeo celebrado en esa ciudad en diciembre de 1993⁷. Al año siguiente, la Comisión instituyó el denominado «grupo Molitor» para la simplificación legislativa y administrativa, compuesto por un grupo de «expertos independientes», encargado de examinar el impacto de la legislación «comunitaria y estatal» en el empleo y la competitividad⁸. Parte de su trabajo se ha desarrollado, por

ejemplo, en materia de política agraria común. El conocido como «Informe Molitor»⁹ no vincula a la Comisión, pero ha marcado algunas pautas en la postura adoptada por ésta en sus iniciativas legislativas. La primera de ellas es reducir su número. La segunda, apostar por la simplificación normativa y, «ilegado el caso», por la desreglamentación. Aparte de normas sobre máquinas, higiene de los alimentos, política social y empleo, PYME y otras materias menores como la biotecnología o la contratación pública, el informe opina sobre la influencia negativa que un exceso de regulación acarrearía para la política ambiental.

Se palpa en la UE una especie de «horror legis», en la creencia de que «demasiadas leyes matan la ley». A mi juicio, este prejuicio sobre la legislación comunitaria, y sobre el Derecho en general como herramienta para conseguir el bien general, carece de fundamento. Las leyes no son malas en sí mismas, ni siquiera la abundancia de normas. Lo perjudicial es la ley superflua, la acumulación de leyes repetitivas en niveles normativos diferentes (UE, estados, regiones, entidades locales) y, para evitarlas, el criterio de reducción de cargas al mínimo no es objetivo, ya que existen cargas jurídicas muy necesarias y no necesariamente reducidas. En mi opinión, el principio de subsidiariedad no aboga por la imposición de las menores cargas posibles, sino por la imposición de las cargas adecuadas y justas al nivel correspondiente (lo que exige, antes de nada, una coordinación y una inhibición normativa del órgano legiferante que considere que la escala de actuación propicia es otra) conforme a una motivación que deberá hacerse, caso por caso, en atención a las circunstancias jurídicas y casísticas previamente analizadas¹⁰. Si con el «miedo al Derecho» se persigue una situación ideal de desreglamentación máxima, no se estaría plasmando el principio de subsidiariedad en el ámbito comunitario, sino el de descentralización máxima¹¹.

obligación de la UE de mantener un diálogo abierto y constante con los ciudadanos y sus asociaciones representativas, y de consultarlos antes de emprender cualquier acción comunitaria.

- 7 Este programa, ya ultimado, ha revisado sectores enteros de legislación comunitaria, como, por ejemplo, en el ámbito de la calidad del aire o de aguas (con el plan de acción para la protección de las aguas subterráneas), o con la adopción del Libro Verde sobre los principios generales del Derecho alimentario.
- 8 Parecida experiencia fue realizada por el proyecto piloto SLIM (acrónimo nada inocente: Simplificación en el Ámbito del Mercado Interior), cuya misión era simplificar la legislación de intercambios intracomunitarios, materiales de construcción, reconocimiento mutuo de títulos y diplomas y plantas ornamentales. Actualmente nos encontramos en su Cuarta Fase [COM(2000) 56, final, DOCE de 04.02.2000], dirigida al derecho de sociedades, sustancias peligrosas y envasado previo de productos). Las experiencias de este proyecto y las conclusiones del «Informe Molitor» han sido recogidas en parte en la Resolución del Consejo de 8 de julio de 1996, sobre la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior (DOCE C 224, de 1.8.1996, pgs. 5-6). A pesar de ello, el Consejo advierte de que la simplificación no debe suponer la erosión del acervo comunitario, que deberá respetar, entre otras, las exigencias de protección del medio ambiente (5^o considerando).
- 9 O Informe del Grupo de Expertos Independientes sobre la Simplificación Legislativa y Administrativa. Resumen y Propuestas (COM(95) 288, final, DOCE de 21.06.1995).
- 10 A mi juicio, los criterios legislativos de la Comisión a la hora de decidir iniciar o no un procedimiento legislativo (instigado o no por los países miembros o por el Parlamento y/o el Consejo) si deben estar guiados por el principio de subsidiariedad, pero sólo en lo que hace a la decisión en sí de actuar o no legislativamente a escala comunitaria o de dejar dicha iniciativa a las administraciones estatales o regionales. No obstante ello, el nivel o profundidad de las cargas administrativas y/o financieras que sería deseable establecer a nivel comunitario no es una consecuencia del principio de subsidiariedad, como parece querer decirse en la Constitución, sino del de proporcionalidad, que implica un balance entre el costo económico y administrativo para la Hacienda y los ciudadanos, respectivamente, y los beneficios que dichas medidas tendrían para el interés general. Obsérvese, incluso, que el juicio de proporcionalidad llevado a su extremo lleva insito el juicio de subsidiariedad, en la medida en que cuando la Comisión considere que ninguna medida comunitaria supera el balance coste-beneficio, se abstendrá de tomar la iniciativa legislativa a nivel comunitario. De este último puede tomarse como ejemplo la previsión contenida en el art. III-233.3, c) CE, cuando se establece como consideración a tener en cuenta por la UE a la hora de adoptar sus políticas ambientales «las ventajas y las cargas que pueda resultar de la acción o de la falta de acción» de la Unión Europea en la materia.
- 11 Una consecuencia deseable de esta inicial arimadversión al Derecho, a las normas, ha sido establecida en el Grupo IX de trabajo de la Convención, cuando, en sus conclusiones, aboga por la «necesidad de recurrir con mayor frecuencia a métodos de «autorregulación» por los propios sectores implicados, o de «coregulación» mediante colaboración entre dichos sectores y las autoridades públicas, respetando siempre la legislación, con el fin de agilizar el proceso de decisión en determinados desarrollo de las normas, o incluso como paso previo

No obstante ello, el Protocolo de la CE ignora algunos avances logrados en el Protocolo de 1997, que hubiera sido preciso mantener. Entre ellos:

- la consideración de la subsidiariedad como un principio dinámico, cambiante según las circunstancias históricas o según la coyuntura concreta del ejercicio de una misma competencia, de manera que está sometido a una constante expansión-refracción según las circunstancias lo exijan;

- la aclaración de los criterios que podían servir a la Comisión para realizar su juicio sobre la necesidad de intervenir legislativamente en una materia compartida. A saber: cuando el asunto tenga implicaciones transnacionales que no pudieran ser reguladas satisfactoriamente por los Estados, cuando la abstención legislativa comunitaria pudiera contravenir algún principio del Tratado, tales como la corrección de las distorsiones de la libre competencia o de la cohesión económica y social, o perjudicaran los intereses de los Estados, y cuando la actuación comunitaria proporcionara claros beneficios en relación con su escala o sus efectos, en comparación con una hipotética actuación estatal; los criterios ahora son más amplios a favor de la UE, ya que se aboga, en el art. I-11 CE, por una actuación de la UE cuando, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, los objetivos de la acción pretendida puedan alcanzarse mejor a nivel de la Unión;

- la gradación de la preferencia de las fuentes, en aras de un mejor cumplimiento del principio de subsidiariedad: se preferían así, literalmente, las directivas a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas. No obstante la omisión literal de esta sucesión, ya hemos visto que la propia Constitución aboga por el establecimiento de un procedimiento común a las instituciones comunitarias para concretar a qué fuente del Derecho derivado, de las 6 recogidas en la Constitución, reconducir las medidas jurídicas a adoptar inominadas que ordene la parte III de la misma, citando expresamente el principio de proporcionalidad como criterio guía en dicho procedimiento (art. I-38.1 CE). Es evidente que, aunque nada se diga al respecto, el pronunciamiento del Protocolo de 1997 regiría aquí plenamente, pareciendo lógico el empleo de una ley-marco en lugar de una ley, y

de ambas mejor que un reglamento delegado, de mayor concreción y detalle que aquellas;

- la precisión de que, incluso en el caso en que el juicio sobre subsidiariedad diera como resultado la necesidad de actuación de la UE, ésta deberá dejar un «margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional, de forma compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del Tratado... ofreciendo a los Estados, cuando sea posible, «varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos»¹².

2. Los avances y carencias de la nueva regulación en la Constitución Europea

El principio de subsidiariedad aparece siempre unido al de proporcionalidad en el Protocolo actual y en el de la Constitución Europea. No se trata de un tándem casual, sino de dos fases consecutivas previas al ejercicio de las competencias comunitarias. La aplicación de ambos principios a la realidad exige la realización de un «juicio intelectual» que, en lo tocante a la subsidiariedad, supone la apreciación, por las instituciones con iniciativa legislativa «sobre todo la Comisión», de la necesidad o no de intervención en una competencia compartida, teniendo en cuenta la mejor manera de satisfacer los intereses generales en relación con los objetivos planteados. Para decidirse, la Comisión puede realizar consultas para determinar si las medidas legislativas tienen implicaciones estatales, regionales o locales, y si éstas son de una entidad lo suficientemente importante como para no actuar o para actuar de una manera menos incisiva. Una vez decidida a actuar tras esta primera fase, motivando su decisión, a los órganos con iniciativa legislativa les queda decidir qué tamaño, qué profundidad, qué grado de exhaustividad y detalle habrá de tener el acto jurídico a adoptar, en relación con la importancia o alcance de los objetivos que se intentan conseguir. Se trata, pues, de dos premisas que conforman la voluntad o no de actuar y la medida de dicha actuación, si bien, mientras que la subsidiariedad juega solamente en el ejercicio de competencias compartidas, la proporcionalidad lo hace también en las competencias exclusivas, por razones obvias.

La llamada a la proporcionalidad como principal elemento decisorio del tipo de acto a adoptar por las institucio-

a la aprobación de un acto legislativo, partiendo, así, de un proyecto consensuado entre la Comisión y los sectores implicados en la regulación de ámbitos» Cf. CONVENCION EUROPEA, SECRETARIA, *Informe Final del Grupo IX «Simplificación»*, Bruselas, 29 de noviembre de 2002 (o2.12) CONV 424/02, WG IX 13. Obsérvese que no se trata ahora de deslegalizar, sino de celebrar acuerdos o convenios «secundum legem», esto es, en aplicación o su sector de actividad. La UE tiene ya un amplio bagaje en la negociación de acuerdos voluntarios («voluntary agreements») en el ámbito medioambiental, muchos de los cuales han sido la base normativa de posteriores directivas o reglamentos, o incluso de su desarrollo. Estos acuerdos tienen base jurídica en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente (COM(96) 561, final, DOCE de 27.11.1996) y han sido o fomentados (por ejemplo, la Resolución 88/C/285/01 del Consejo, relativa a la limitación de clorofluorocarbonos y de halones, que fue seguida por sendas recomendaciones de la Comisión sobre la industria de los aerosoles, la industria de la espuma de plástico y la industria de la refrigeración) o reconocidos (verbigracia, la firma de la Carta sobre productos químicos) por la Comisión. También han llegado a compromisos voluntarios la asociación de productores de policloruro de vinilo (PVC) europeos (ECVM), en 1995 y 1998, para la reducción de plásticos CVM y PVC. Además, los fabricantes de PVC, los productores de aditivos para PVC y transformadores de PVC (representados por las asociaciones europeas ECVM, ECFI, ES'PA y EuPC) firmaron, en marzo de 2000, un compromiso voluntario sobre gestión integrada del ciclo de vida de ese producto. Para un estudio más profundo de los acuerdos voluntarios o acuerdos ambientales, puede verse SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *Los acuerdos administrativos para la protección ambiental*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

12 Más allá incluso, cabría pensar si no sería también deseable que esto fuera la norma, igualmente, en el ejercicio de competencias exclusivas de la Comunidad, ya que el espíritu modulador de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad atiende a la naturaleza de la actuación (puesto que se pone en relación con la mayor cercanía posible al ciudadano de la intervención administrativa) y no a la medida o escala de la intervención considerada como un fin en sí misma.

nes de la UE no debe ser considerada como un criterio hermenéutico para la interpretación del precepto constitucional de que se trate, sino de un criterio rector del juicio previo a la decisión, que aquellas deben hacer, y en el que se habrán de valorar, entre otras cosas, la intensidad de las competencias implicadas, el modo de afectación que supone para las administraciones intracomunitarias, la escala ideal de actuación, e, incluso, la normativa previamente adoptada en la misma materia. El principio de proporcionalidad, como indica el art. 1-11 CE, implica una elección de la fuente en la que el contenido y la forma de la acción no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución. Es decir, se aboga por la elección del medio menos lesivo posible para las competencias nacionales y regionales, lo que parece llamar, sobre todo, a una opción entre la ley y la ley marco.

El Protocolo constitucional sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad exige a la Comisión la remisión de todas sus propuestas legislativas a los parlamentos nacionales, quienes podrán dictaminar sobre ellas. De esta manera, por primera vez, el juicio previo de subsidiariedad y proporcionalidad deja de ser ya puramente intelectual o personal, haciéndose biunívoco y basado en una dialéctica de opiniones con los parlamentos de los Estados miembros¹³. Para que los parlamentos nacionales reciban toda la información posible, la Constitución obliga ahora a la Comisión a que acompañe su «proyecto legislativo» de una serie de informes parecidos a los que la Ley del Gobierno demanda en España para presentar un proyecto de ley en el Parlamento. A saber, el proyecto se acompañará de una «ficha» de impacto pormenorizada en la que se concrete el juicio sobre la subsidiariedad justificándose la adopción de una medida comunitaria, en este caso, con indicadores cualitativos y cuantitativos, como también requería el Protocolo de 1997 y la proporcionalidad, en la que se establezca el posible impacto financiero de la medida y los resultados de las consultas realizadas con carácter previo a los ciudadanos y asociaciones (como exige el art. 1-46 CE); cuando se trate de una ley-marco, además, deberá la Comisión haber determinado cuáles son los efectos potenciales sobre la normativa que habrán de desarrollar los Estados miembros, incluida la legislación regional en los Estados compuestos.

Entra ahora en funcionamiento el elemento más novedoso introducido por la Constitución en materia de subsidiariedad: la posibilidad de que los parlamentos nacionales puedan controlar judicialmente las iniciativas legislativas de la Comisión que no respetasen dicho principio. Para ello, la CE deja a cada uno de ellos un plazo de seis semanas, en el que poder emitir el dictamen motivado y enviarlo a los presidentes del Parlamento Europeo, al Consejo de Ministros y al de la Comisión, justificando por qué la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad. A mi juicio hubiera sido deseable que el dictamen pudiera modificarse o ser

emitido de nuevo en cada una de las tres lecturas (o, al menos, en la última) del procedimiento legislativo. Con ello se conseguiría que los parlamentos nacionales pudieran emitir su opinión sobre posibles violaciones del principio de subsidiariedad que se produjeran como consecuencia de enmiendas aprobadas por alguna de las dos cámaras legislativas (Parlamento y Consejo) a lo largo del «iter legislativo». Sin embargo, tal y como ha quedado redactada en el Protocolo constitucional, bastaría con que la Comisión no incluyera las partes polémicas en su propuesta para que después, durante el procedimiento legislativo, con su asesoramiento, por ejemplo, durante el trámite del Comité de Conciliación, aquellas fueran incluidas sibilinamente e impidiendo el control estatal, en claro fraude de ley.

Otro problema se plantea respecto al control de la subsidiariedad por parte de las regiones y de las entidades locales. Para aquellas, la Constitución Europea no prevé ningún sistema de consulta, centralizándola en los parlamentos nacionales, aconsejando que éstos consulten, «cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas». Parece lógico pensar que en España debería aprobarse un real decreto o una modificación del Reglamento del Congreso para concretar en plazos y formas esta consulta; de lo contrario, mucho nos tememos que las divergencias políticas afecten a los cauces de información entre el Parlamento y las cámaras legislativas autonómicas. Por lo que concierne a las administraciones locales, la CE guarda silencio. No son pocas las competencias que en Europa en general y en España en particular ostentan las corporaciones locales, muchas de las cuales son compartidas con el Estado, las CC AA y la propia UE. Debería haberse fomentado que cada parlamento nacional, previamente a la emisión de su dictamen, estableciera un procedimiento de consulta a dichas administraciones, por medio de una entidad suficientemente representativa, como la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). No supondría mucho tiempo y podrían evitarse graves atentados al principio de autonomía local¹⁴.

La CE otorga un voto a los parlamentos unicamerales y dos a los bicamerales, de modo que cuando un tercio de los votos fueran contrarios a la propuesta legislativa por vulneración del principio de subsidiariedad (esto es, que unos 8 ó 9 Estados en la UE ampliada votaran en contra) o una cuarta parte (para iniciativas sobre cooperación policial o cooperación judicial penal) de los mismos, no obstante, lo único que pueden conseguir los Estados con sus informes negativos es obligar a la Comisión a estudiar su propuesta, pero no necesariamente a modificarla o a retirarla, justificando su postura¹⁵.

Ciertamente, es un avance enorme que los Estados tengan la posibilidad de intimar a la Comisión para que vuelva a examinar sus propuestas legislativas, si estimaran que ésta no ha respetado el principio de subsidiariedad, que no ha

13 A los que igualmente deberán remitirse las resoluciones legislativas del Parlamento Europeo y las posiciones del Consejo de Ministros. Con ello, los parlamentos nacionales pueden seguir las evoluciones de una propuesta legislativa, constatando la toma en consideración o no de sus dictámenes sobre la misma a lo largo de todo el procedimiento legislativo.

14 El débil control autonómico o local del respeto al principio de subsidiariedad de las propuestas legislativas puede paliarse, en parte, por la posibilidad que tiene el Comité de las Regiones de interponer un recurso al TJCE por dichas violaciones, si bien sólo podrá hacerlo en aquellos procedimientos en los que tenga que ser consultado obligatoriamente (política regional, medio ambiente, educación y transporte) por la Comisión, una vez hecho lo cual, supuestamente, su informe no hubiera sido escuchado adecuadamente.

15 A pesar de ello, la amenaza de un posible recurso ante el TJCE por violación del principio de subsidiariedad debería ser suficiente acicate como para hacerlo, tal y como dispone el apdo. 7º del Protocolo Constitucional. El Consejo Europeo, como órgano representativo de los Estados, también será informado anualmente de la aplicación del principio de subsidiariedad realizada por la Comisión.

sido debidamente explicado, me temo, en ninguno de los países que han rechazado la Constitución. No obstante, teniendo en cuenta que la Comisión retiene la posibilidad de mantener su propuesta y que la mayoría de las veces el juicio que realice con carácter previo al ejercicio de la competencia suele concluir en una iniciativa legislativa, por débil que sea, parece que el problema parece más bien situarse en cómo controlar el respeto del principio de proporcionalidad por parte de las normas a adoptar. Sin embargo, consciente o inconscientemente, no se ha previsto en el Protocolo ningún cauce o instrumento para ello.

Teniendo en cuenta que el principio de subsidiariedad implica, según el art. 1-11 CE, la intervención de la UE sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros a nivel central, regional o local, parece que no es necesario para que la UE decida intervenir o abstenerse de hacerlo que los Estados hubieran emanado previamente alguna legislación que pudiera darle pistas de lo bien o lo mal que satisfacen los intereses generales de la materia de la que se trate.

Es decir, el juicio de subsidiariedad (biunívoco ahora, como hemos visto) no se basa en la realidad del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino en una composición hipotética y teórica sobre la adecuación de una intervención comunitaria o estatal. Además, con base en el juicio de subsidiariedad no sólo se decide si intervenir o no, sino que se determina también la medida o alcance en que la UE debe hacerlo (como dice literalmente el apdo. 3º del artículo 1-11 CE, «sólo en la parte que los Estados no han conseguido satisfacer los objetivos de la acción pretendida por la UE»). Esto es, se concreta dicha «parte» estatalmente deficitaria, que será, por tanto, el objeto de la iniciativa legislativa comunitaria. Por el contrario, con base en el principio de proporcionalidad definido en ese mismo artículo, el objeto de la iniciativa legislativa deberá ser el mínimo para alcanzar los objetivos de la Constitución. No se entiende muy bien por qué aquí se habla de «objetivos de la Constitución» y respecto de la subsidiariedad de «objetivos de la acción pretendida» por la UE. ¿Es que se quiere dar a entender que existen objetivos legislativos de la UE diferentes o más o menos ambiciosos que los objetivos constitucionales? Eso parecería completamente absurdo. Si los hacemos equivaler, como parece lógico, subsidiariedad y proporcionalidad sólo se diferenciarían en que éste último principio va más allá del objeto de la norma a adoptar, fijándose también en su forma, es decir, si se aprueba una ley europea o una ley-marco, o un reglamento delegado, por ejemplo.¹⁶

La aparente equivalencia que la CE realiza de ambos principios —un tanto inconscientemente— nos sirve para pensar que también podrían los Estados controlar la aplicación de la proporcionalidad en las propuestas legislativas que la Comisión comunique a sus parlamentos nacionales, dictaminando sobre su discordancia con el alcance o grado de detalle de la medida propuesta, si bien no podrían opinar sobre la

corrección de la elección de la Comisión de una u otra fuente formal de entre las del art. 1-33 CE.

Considero que la referencia a la «medida» de la acción que hace el art. 1-11 CE no es una cuestión conatural al principio de subsidiariedad, cuyo examen, por definición, sólo supondrá una opción entre actuar o no (regular o no una materia determinada), quedando la concreción de dicha medida, del alcance de la norma, en el ámbito del principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de proporcionalidad queda, de alguna manera, controlada en el ámbito interno a través del informe anual que la Comisión debe rendir a los parlamentos nacionales y a los presidentes del Parlamento Europeo, Consejo Europeo y Consejo de Ministros.

III. Conclusiones

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, las decisiones deben ser tomadas básicamente al nivel o instancia política-administrativa más bajo que esté en condiciones de hacerlo más adecuadamente. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

Pues bien, la nueva regulación de este principio en la Constitución Europea (Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» y art. 1-9) tiene por misión que los parlamentos nacionales o las cámaras parlamentarias controlen su observación a través del sistema de la «alerta temprana», algo que se ha sido propuesto, incluso, como una de las funciones nuevas que habría de tener el Senado en una hipotética reforma de la Constitución Española.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Unión. La nueva regulación que se hace de él tiene implicaciones en la decisión de adoptar o no una norma comunitaria (algo en lo que parece equipararse, engañosamente, con el principio de subsidiariedad) y en la forma, contenido y alcance de la misma.

En este breve estudio hemos querido reflexionar sobre los puntos de unión y separación de ambos principios, criticando sus lagunas y separando su nueva regulación con la que se hacía en el antiguo Protocolo n° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (1997).

Desgraciadamente, muchos nos tememos que la Constitución no entrará en vigor, vistos los noes franceses y holandeses y las reticencias de otros países como Inglaterra y de muchos ciudadanos no consultados en algunos países.¹⁷ Si la Constitución es Democracia, más lo es aún la voluntad del pueblo europeo, que parece estar expresándose nítidamente por un cambio del enfoque económico, político y social de la Unión.

16 Así parece entenderse también de la letra del art. 1-38.1 CE.

17 Diez de ellos han usado ya el método de ratificación parlamentaria, el último Lituania, si bien entre ellos algunos cuentan con una ciudadanía bastante escéptica, como Italia y Alemania.