

**EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD  
EN EL TRATADO DE LISBOA**

**M<sup>a</sup> Luz Martínez Alarcón**  
*Profesora Contratada-Doctora II*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO**

1. *Consideraciones generales: el principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa.*
2. *El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa:*
  - 2.1. *Sobre la dificultad para precisar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad.*
  - 2.2. *El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad: las competencias no exclusivas y la cláusula de imprevisión.*
3. *Las condiciones para la aplicación del principio de subsidiariedad y la problemática derivada de su configuración en torno a conceptos jurídicos indeterminados.*
4. *Breve aproximación al procedimiento para la aplicación del principio de subsidiariedad: Especial referencia a la intervención de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de la alerta temprana.*

## ***1. Consideraciones generales: el principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa***

El Tratado de Lisboa, firmado el día 13 de diciembre de 2007 por los representantes de los veintisiete Estados miembros, ha modificado el Tratado de la Unión Europea (que mantiene su denominación y recoge los principios y disposiciones basilares de la Unión) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que concreta el sistema jurídico, competencial e institucional de la Unión y que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>1</sup>. Su entrada en vigor el día 1 de diciembre de 2009, tras su ratificación por todos los Estados miembros<sup>2</sup>, ha permitido superar la crisis europea que sobrevino tras el fracaso del proyecto constitucional. En efecto, las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, consistentes básicamente en modificaciones de tipo formal (se retoma la vía clásica del convencionalismo para la reforma de los tratados; desaparece todo rastro del término Constitución y de cualquier atisbo constitucional<sup>3</sup>; se sustituye la palabra “Comunidad” por la palabra “Unión”), han permitido superar las reticencias que impidieron en su día la entrada en vigor del proyecto constitucional cuando lo cierto es que existe una sustancial coincidencia material entre los dos textos. La propia Exposición de Motivos del instrumento de ratificación español del Tratado de Lisboa señala que éste “deriva de la citada Constitución Europea, que fue aprobada en referéndum por el pueblo español. De ahí que las bases, valores, objetivos, derechos, políticas e instituciones del Tratado sean sustancialmente similares a las

1. La opción de Lisboa de mantener dos textos separados, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea, no permite superar las críticas recurrentes relativas a la complejidad de los tratados. Aunque, probablemente, dicha opción no sea sino la consecuencia de querer diferenciar –al menos desde un punto de vista formal– entre el Tratado constitucional frustrado y el Tratado de Lisboa con el objeto de facilitar su proceso de ratificación y entrada en vigor; Hatje, Armin y Kindt, Anne (2008): 1761. En cualquier caso, no todas las valoraciones sobre la separación del derecho primario en dos textos (más el EURATOM) son negativas. Así, se ha afirmado que insertar en el Tratado de la Unión Europea un conjunto de principios y disposiciones esenciales podría generar progresivamente la percepción de la existencia en la Unión de un núcleo normativo que constituye “materialmente” el fundamento primario; De Baratta (2008): 28.

2. En España véase la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE n° 184, de 31 de julio).

3. Y es que ya se había advertido de que la “retórica constitucional” podría constituir un gran escollo en el proceso de integración europea; Weiler (2002): 563; Weiler y Wind (2003): 7. Sobre aquellos aspectos concretos que desvelan la renuncia de Lisboa a cualquier atisbo constitucional; Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres (2008): 22-24.

de la *non nata* Constitución”<sup>4</sup>. Y ello aunque Lisboa también haya introducido algunas modificaciones de relevancia que han vuelto a poner de relieve la existencia de concepciones diferentes entre los Estados miembros acerca del alcance del proceso de integración de la Unión Europea<sup>5</sup>.

Esta coincidencia, salvo alguna modificación de relevancia a la que haremos

4. La regulación del Proyecto de Tratado constitucional quedó en suspenso tras el fracaso del proceso de ratificación. En el año 2007, la Presidencia alemana logró reorientar el proceso de reforma de los Tratados de la Unión convocando una Conferencia Intergubernamental que abandonó definitivamente la vía constitucional para transitar de nuevo por la vía clásica de reforma (el convencionalismo). La nueva Conferencia tenía como objetivo final retomar y encauzar el proceso de reforma de los Tratados introduciendo los matices necesarios que permitieran superar la crisis provocada tras el fracaso del Proyecto de Tratado constitucional por el que se establece una Constitución para Europa. Esta Conferencia recibió el mandato de introducir en lo que finalmente sería el Tratado de Lisboa las innovaciones resultantes de la Conferencia Intergubernamental del año 2004 (también las relativas a la distribución y delimitación de las competencias de la Unión y sus Estados miembros) y el resultado final fue un texto que, como ya hemos señalado, no difiere sustancialmente del Proyecto de Tratado constitucional desde el punto de vista material (por ello, algunos autores califican de encubridor al Tratado de Lisboa).

5. Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres, aún reconociendo la identidad sustancial (en los planos estructural, institucional y competencial) entre el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa, diferencian entre dos tipos de modificaciones introducidas por Lisboa respecto del Proyecto de Tratado constitucional. Aquéllas modificaciones de mero valor “cosmético” y aquéllas otras, de fondo, producidas en el orden institucional y competencial para satisfacer las pretensiones de algunos Estados miembros. Y citan, entre estas últimas: el retraso de la entrada en vigor del sistema de votación por doble mayoría como consecuencia de una exigencia polaca; la inclusión de una Declaración que especifica que “las disposiciones referentes a la Política Exterior y Seguridad Común, incluido lo relativo al Alto Representante de la Unión para los Asuntos Exteriores, Política de Seguridad y Servicio de Acción Exterior no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales”; la inclusión de un nuevo artículo en el Tratado de la Unión Europea que hace referencia al refuerzo del papel de los Parlamentos nacionales por exigencia holandesa; y el refuerzo de los Estados a través de las normas competenciales que inclina a la Unión a una cierta deriva intergubernamental. Estos autores denuncian el refuerzo de una *Europa a la carta* a través de un conjunto de excepciones que ponen de manifiesto la existencia de concepciones muy dispares sobre el proceso de integración europea. Y sostienen que entre la posición más federalizante (o más integradora) de Alemania, Luxemburgo, Bélgica o España, y la más intergubernamental del Reino Unido, Polonia, República checa o Dinamarca, existe un abismo que posiblemente exija el recurso a mecanismos de flexibilidad tales como el de la cooperación reforzada para responder a una *Europa a diferentes velocidades* (que ya parece inevitable pero que no resulta distorsionadora como sí lo es la que denominan *Europa a la carta*). En cualquier caso, la valoración de estos autores sobre el Tratado de Lisboa es positiva a pesar de las taras formales (falta de transparencia y simplicidad) y materiales (la *Europa a la carta* a través del mecanismo de las excepciones) que detectan. Y ello porque ha permitido superar la crisis en la que estaba inmersa la Unión y porque ha mantenido, en lo sustancial, prácticamente todo lo novedoso que contenía el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que son, en definitiva, instrumentos que mejorarán la eficacia y la democracia de la Unión; Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres (2008): 25 y ss.

referencia en su momento, también se observa en la regulación relativa a la cuestión competencial y al principio de subsidiariedad (un principio fundamental de ordenación de las relaciones entre las comunidades políticas complejas en las que el poder político se encuentra situado a distintos niveles, siendo el caso de la Unión paradigmático en este sentido). Este principio se aplica en el marco de las competencias no exclusivas permitiendo a la Unión intervenir sólo cuando la consecución de un objetivo es más eficaz si se actúa en el plano comunitario que por parte de los Estados miembros (lo que tiene que ver con la concepción de una Unión pensada para conseguir objetivos que los Estados miembros, de forma independiente, o bien no pueden conseguir, o bien no pueden conseguir con el mismo grado de eficacia). Por cierto, la concurrencia de dicha premisa, precisa para la aplicación del principio, es circunstancial. El concepto de subsidiariedad se presenta así como un concepto dinámico que permite tanto la ampliación (dimensión positiva del principio) como la restricción (dimensión negativa del principio) de la intervención comunitaria dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada momento.

Recordemos que, con independencia de la consideración a ciertos antecedentes previos<sup>6</sup>, el principio de subsidiariedad se incluye como un principio central del derecho comunitario en el Tratado de la Unión Europea de 1992 (en concreto, en su artículo 3B). Su asentamiento definitivo como principio jurídico –que no político– del derecho comunitario<sup>7</sup> aparecía como una forma de contrapeso en beneficio de los Estados miembros frente al evidente incremento de los poderes de la Comunidad en nuevos ámbitos en un momento éste en el que la sustitución paulatina de la regla de la unanimidad por el *quórum* de la mayoría cualificada para la adopción de muchas decisiones en el Consejo reducía la posibilidad de que, a través del veto, los Estados pudieran evitar una decisión o acción comunitaria que consideraran peligrosa para su autonomía política. A partir de ese mo-

6. Para los detalles sobre el origen y evolución del principio de subsidiariedad fuera y dentro del marco del Derecho comunitario véase, entre otros, Ares Castro-Conde (2007): 217-230; de la Quadra-Salcedo Janini (2006): 158 y ss.; Albertí, Fossas y Cabellos (2005): 54-58; Hinojosa Martínez (2004): 793-802; Chicharro Lázaro (2001): 44 y ss.; Martínez-Carrasco Pignatelli (1999): 80-82; Areilza Carvajal (1995): 65 y ss.

7. Aunque existía un acuerdo mayoritario sobre la inclusión del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht como límite a la *vis expansiva* de la acción normativa de la Comunidad, se produjo una escisión entre dos posiciones. Para la posición *política* (la minoritaria defendida por Francia, Italia y España) la subsidiariedad debía quedar recogida en el preámbulo de los Tratados, por tanto, con un valor meramente programático. Para la posición *jurídica* (la mayoritaria defendida por la Comisión, el Parlamento Europeo, Alemania y el Reino Unido y que finalmente fue la que se plasmó en el Tratado de Maastricht) era preciso incluir una cláusula jurídica de subsidiariedad en la parte dispositiva del Tratado, más o menos general, pero que permitiera el control del Tribunal de Justicia. Sobre esta cuestión Chicharro Lázaro (2001): 76-78 y 171; Estella De Noriega (1999): 79-80.

mento, se intensifica un debate centrado básicamente en los procedimientos para la aplicación del principio<sup>8</sup>. De este modo, el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en el año 1999, no introdujo cambios sustanciales en su formulación (el nuevo artículo 5 pasaba a contener este principio manteniendo la redacción de Maastricht), aunque sí añadió al Tratado un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo n° 30<sup>9</sup>) y una Declaración sobre la misma cuestión. Las reformas institucionales de Niza (2001), que a todos parecieron insuficientes, no modificaron la normativa europea sobre el principio de subsidiariedad, si bien es cierto que la cuestión relativa al orden competencial vertical y al principio de subsidiariedad emergió como una cuestión clave para la reflexión y el debate en la Declaración relativa al futuro de la Unión<sup>10</sup> que se anexionó al Tratado de Niza. Entre otras cosas, debía abordarse “la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad” (en este sentido resultó decisiva la insistencia de los Länder alemanes, que llevaban mucho tiempo reclamando el refuerzo de la subsidiariedad como pieza clave del sistema competencial de la Unión). La Convención constitucional que siguió al Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, y que inició sus trabajos el día 27 de febrero de 2002 concluyéndolos el día 10 de julio de 2003, creó un Grupo de Trabajo específico (el número I) para el estudio de este principio y su concreta configuración en el futuro texto constitucional, aunque también se discutió sobre esta cuestión en otros grupos como el número V (relativo al análisis de las competencias de la Unión). Finalmente, el informe del Grupo I propuso un procedimiento de aplicación y control de este principio que se mantuvo básicamente hasta su incorporación como Protocolo anexo al Proyecto de tratado constitucional. En él que se optaba por someter la aplicación de la subsidiariedad a un novedoso control previo de naturaleza política que se encomendaba a los Parlamentos nacionales y a un control judicial a posteriori que continuaría residenciado en el Tribunal de Justicia.

Ahora bien, y aún teniendo en cuenta la coincidencia sustancial de la regulación del orden competencial y el principio de subsidiariedad existente entre el Proyec-

8. Con razón se ha afirmado que el principio de subsidiaridad ha sido fatigosamente procedimentalizado a través de sucesivas intervenciones; De Pasquale (2008): 64.

9. Este Protocolo recogía esencialmente la Declaración de Birmingham, las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo del 11 y 12 de diciembre de 1992 y el Acuerdo interinstitucional de 20 de octubre 1993. Una enumeración de los hechos más relevantes en torno a la aplicación del principio de subsidiariedad hasta el Tratado de Ámsterdam véase en Barea Mateo y Murillo García (2000): 17-20.

10. Declaración del Consejo Europeo de Niza n° 23 (2001/C 80/01).

to por el que se establece una Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa, lo cierto es que la modificación de la materia se ha producido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La reforma, en este ámbito, busca aclarar el reparto competencial que ha de regular las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros y ello incide indirectamente en nuestro objeto de análisis en la medida en que por esta vía se puede contribuir a clarificar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Además, Lisboa modifica el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, entre otras cosas, reforzando la participación de los Parlamentos de los Estados miembros en el procedimiento para su aplicación a través del mecanismo de la alerta rápida o alerta temprana (*early warning system*). Esto es, las modificaciones introducidas por Lisboa en este aspecto, por un lado, afectan a su alcance precisando su ámbito de aplicación (a través de la modificación del orden competencial vertical) y, por otro, afectan a su procedimiento de aplicación (destacando aquí la intervención de los Parlamentos nacionales). Se ha dicho que a través de lo primero se busca ganar en seguridad jurídica y que a través de lo segundo se pretende ganar en democracia; todo ello con los objetivos finales de garantizar la eficacia y legitimidad que siempre deben acompañar a las decisiones políticas de la Unión. Pero lo cierto es que el principal motivo de estas reformas responde al temor de ciertos Estados miembros que ven peligrar su identidad nacional como consecuencia del ininterrumpido incremento de los poderes de la Unión desde su creación y de su pérdida de influencia en la misma como consecuencia de la generalización de la regla de la mayoría cualificada para adoptar decisiones en el Consejo.

En concreto, el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea (tras la reforma de Lisboa) regula el principio de subsidiariedad estableciendo que “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”<sup>11</sup>. Es decir, este precepto:

11. Este precepto reproduce literalmente lo que se establecía en el artículo I-11, apartado 3º, del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. A su vez, este precepto regulaba el principio de subsidiariedad de forma muy similar a como ya lo hiciera el artículo 5 del Tratado con-

i) determina el ámbito de aplicación del principio; ii) precisa las condiciones que deben concurrir para que pueda aplicarse; y iii) realiza una remisión al Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que es el que regula el procedimiento para la aplicación del principio destacando el papel de los Parlamentos nacionales como instituciones que controlarán la legalidad de su aplicación. Pero vayamos por partes.

## ***2. El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa***

### **2.1. Sobre la dificultad para precisar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad**

El primer interrogante que plantea el principio de subsidiariedad es el relativo a su ámbito de aplicación, máxime en un contexto como el europeo en el que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no ha existido concreción normativa alguna acerca de los tipos de competencias y sus ámbitos. Una situación ésta, por otra parte, que tiene que ver con el modelo predominantemente<sup>12</sup> funcional de atribución competencial vigente entre la Unión y los Estados miembros, en virtud del cual las competencias no se distribuyen *ratione materiae* (algo propio de los sistemas estatales federales o compuestos<sup>13</sup>) sino en atención a la consecución de los objetivos comunitarios previstos en los Tratados. Los objetivos, no las materias, han sido el instrumento que ha habilitado la actuación de la Unión, y su definición en términos muy generales ha complicado la determinación del alcance de aquéllas competencias de la Unión definidas en función de dichos objetivos<sup>14</sup>. Ello ha permitido una ampliación de los poderes de la misma realmente considerable incidiendo de forma decisiva en la profundización del proceso de

stituvo de la Comunidad Europea. Dicha semejanza advierte del continuismo en las regulaciones en cuanto a la naturaleza y contenido del principio de subsidiariedad; Hinojosa Martínez (2004): 802-803.

12. Aunque con predominio funcional, el sistema competencial de la Unión podría ser considerado un sistema mixto (pues es posible encontrar referencias a las competencias *ratione materiae*, fundamentalmente como consecuencia de las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos). Analizando el hoy superado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el profesor De la Quadra-Salcedo distinguía entre un elenco de competencias atribuidas materialmente y un elenco de potestades atribuidas funcionalmente; De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 67-69. Igualmente, analizando el proceso de concreción que ha ido experimentando el modelo competencial de la Unión véase Albertí Rovira (2003): 90.

13. Son ya varios los estudios que contrastan el modelo competencial de la Unión con el propio de los sistemas estatales federales. Por ejemplo: Von Bogdandy y Bast (2002); Martín Y Pérez De Nancloares (1997); Sánchez Ruiz (1997).

14. De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 106.



integración europea sin necesidad de recurrir a una reforma de los tratados siempre compleja (pues una configuración funcional –en función de los objetivos– del principio de atribución de las competencias siempre presume la utilización de una interpretación finalista y, en consecuencia, extensiva, de la acción de la Unión<sup>15</sup>).

Pues bien, en este contexto de indeterminación resultaba realmente complicado discernir cuándo la Unión actuaba en el marco de una competencia exclusiva o cuándo se trataba de una competencia exclusiva de los Estados miembros para, de esta forma, identificar el resto de competencias –no exclusivas de la Unión ni de los Estados miembros– respecto de las cuales la intervención comunitaria precisaba aparecer justificada a la luz del principio de subsidiariedad.

Precisamente, el protagonismo que alcanza la cuestión competencial en el debate europeo del siglo XXI se explica como consecuencia de los recelos de ciertos entes estatales e infraestatales (recordemos el papel desempeñado por los Länder alemanes en este punto), celosos de sus competencias y de su identidad nacional, respecto de dicho sistema de atribución competencial funcional que consideraban excesivamente abierto y flexible. En este momento se solicita, no por primera vez<sup>16</sup> pero sí con especial insistencia, una reforma del orden competencial cerrando el sistema de tal forma que la ampliación de los poderes de la Unión no se pudiese prolongar *sine die* a costa de los ámbitos de autonomía política nacionales, es decir, a costa de una limitación o supresión de la capacidad regulatoria de los Estados miembros (aunque también se arguyen otro tipo de motivos, en todo caso accesorios respecto del principal motivo mencionado que provoca la discusión, como el relativo a la necesidad de precisar el orden competencial comunitario con el objeto de resolver la cuestión sobre quién, la Unión o los Estados miembros, tiene lo que se ha venido a llamar “competencia de la competencia” (Kompetenz-Kompetenz); es decir, quién tiene la competencia jurídica para actuar en según en qué casos)<sup>17</sup>.

15. Aunque la distribución competencial funcional también limita la actuación de la Unión, lo cierto es que en todo caso lo hace en menor medida que un principio de atribución de las competencias *ratione materiae*. En cualquier caso, y a modo de ejemplo entre los muchos autores que valoran de forma positiva la opción europea por un sistema competencial abierto y flexible que ha permitido y puede seguir permitiendo avanzar en el proceso de integración europea véase, siguiendo a su vez las tesis del profesor Constantinesco, a Martín y Pérez de Nanclares (2002): 359.

16. Durante la discusión del Tratado de Maastricht se insertaron formalmente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad pero se desoyó la propuesta sobre la posibilidad de precisar, clarificar y cerrar de algún modo el marco competencial. Se mantuvo, por tanto, el sistema en virtud del cual los objetivos de los Tratados constituían el parámetro de referencia de la distribución competencial. Al respecto véase De Pasquale (2008): 60-61. El Tratado de Ámsterdam tampoco contenía ninguna novedad en este sentido. Sobre esta cuestión en Ámsterdam véase Chicharro Lázaro (2001): 96 y ss.

17. Incidiendo en este tema y poniendo de manifiesto cómo el grado de opacidad del sistema compe-



Sin embargo, ni la regulación del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ni la del propio Tratado de Lisboa en vigor (que reproduce en gran medida lo ya dispuesto en el proyecto constitucional frustrado en esta materia), han contenido el finalismo característico del proceso de integración europea de forma remarcable<sup>18</sup>. Eso sí, sin provocar una modificación sustancial del diseño competencial vigente, en tanto en cuanto sigue siendo un modelo de atribución competencial fundamentalmente funcional<sup>19</sup>, lo cierto es que Lisboa, como ya hiciera el Proyecto de Tratado constitucional, ha conseguido aportar mayor claridad al mismo clarificando a la vez, aunque sólo en cierta medida, la cuestión relativa al ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. De este modo, coincidimos con el profesor Martín y Pérez de Nanclares cuando afirma que así se ha conseguido conjugar de forma más equilibrada los elementos de transparencia y flexibilidad (y consiguiente dinamismo) que han caracterizado y deben seguir caracterizando el sistema competencial de la Unión en sus relaciones con los Estados miembros<sup>20</sup>.

tencial comunitario provocaba una confusión de las responsabilidades de la Comunidad y de los Estados miembros impidiendo a los ciudadanos conocer qué tareas correspondían a cada cual, véase Albertí Rovira (2003): 91-94. No obstante ello, tampoco este autor se mostraba partidario de abandonar el modelo competencial finalista de la Comunidad que consideraba debía seguir vigente, aunque conciliándolo con una mayor delimitación de las responsabilidades.

18. Aunque la nueva regulación contiene algunos intentos –si bien muy nimios– en este sentido. Especialmente nos podemos referir al nuevo tenor literal del artículo 4.6 del Tratado de la Unión Europea (tras la reforma de Lisboa) cuando establece que “La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, *de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados*”, previéndose, posteriormente, un catálogo que recoge los tipos de competencias y sus ámbitos. *Cursiva añadida*. Sobre los pasos que dio el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en orden a contener el finalismo característico del proceso de integración europea véase López Castillo (2004): 437-439.

19. En este sentido, igualmente, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 181-194 (respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, que también resulta aplicable para el caso del Tratado de Lisboa debido a la coincidencia sustancial entre los dos textos). Tras analizar varias propuestas de modificación radical del sistema de distribución de competencias contenido en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (propuesta de la coalición CDU/CSU alemana; propuesta del Parlamento Europeo, y, en especial, la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales; propuesta del Comité de la Regiones; -todas estas propuestas plantean limitar, alguna de ellas incluso suprimir, la distribución competencial funcional en Europa-), este autor pone de manifiesto que la Convención europea que preparó el Proyecto de Tratado constitucional pronto renunció a modificar los fundamentos del sistema en vigor. Eso sí, sin tocar su sustancia, lo aclaró. La misma conclusión mantienen Díez-Hochleitner y Martín y Pérez De Nanclares en España, y Von Bogdandy en Alemania.

20. Véase, sobre este tema, Martín y Pérez De Nanclares (2008): 274-275; Martín y Pérez De Nanclares (2005): 284-285; Martín y Pérez De Nanclares (2002). 344-345. Este autor destacaba en el año 2002 el claro predominio del elemento de la flexibilidad a costa de una excesiva complejidad y opacidad. Analizando más tarde el Proyecto de Tratado constitucional, concluía que éste había sido capaz de conjugar los tres elementos (flexibilidad, dinamismo y transparencia) de forma equilibrada.

## **2.2. El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad: las competencias no exclusivas y la cláusula de imprevisión**

El principio de atribución continúa funcionando como criterio de delimitación competencial y en virtud del mismo las competencias de la Unión son sólo aquellas que los Estados miembros le atribuyen en los Tratados para alcanzar sus objetivos comunes<sup>21</sup>. Así pues y según este principio, todo acto jurídico de la Comunidad necesita de una norma de autorización que se desprenda directamente de los Tratados o que se pueda extraer de ellos (cualquier otra fuente de legitimación jurídico-positiva está excluida)<sup>22</sup>. O, lo que es lo mismo, el ámbito de actuación de la Unión no es ilimitado, sino que debe quedar contenido en los límites señalados en los Tratados.

Ahora bien, la habilitación para actuar puede ser fruto de una referencia expresa en el Tratado, en virtud de la cual la acción de la Unión se inscribe directa e inequívocamente en el cuadro de competencias que define el Tratado (aunque, por una parte, no siempre resulte sencillo discernir cuándo se produce dicha situación directa e inequívoca y, por otra, la competencia de la Unión se pueda desprender de forma implícita de una concreta base jurídica aplicando la teoría de los poderes implícitos desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)<sup>23</sup>, o ser la consecuencia de la aplicación de la

Y recordemos la coincidencia sustancial existente entre el Tratado de Lisboa y el Proyecto de Tratado constitucional en este punto.

21. Tras la reforma de Lisboa, el artículo 5.1 del Tratado de la Unión Europea establece que el principio de atribución rige la delimitación de las competencias de la Unión. El artículo 3.6 del mismo texto establece que “La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”. Ahora bien, y aunque implícitamente se podría desprender, de estas previsiones, que la Unión no puede extender su actuación más allá del marco de competencias atribuidas por los Estados a través de los Tratados, sin embargo, y siguiendo la recomendación de la Conferencia intergubernamental celebrada en el año 2007 sobre la necesidad de que se explicitara esta cuestión, finalmente, el artículo 4.1 del Tratado de la Unión Europea establece que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Lo mismo se explicita en la *Declaración n.º 18 relativa a la delimitación de competencias* aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa.

22. Grabitz y Hilf (2008): 4.

23. La figura jurídica de la competencia implícita ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia (originariamente, en la STJCE de 31 de marzo de 1971. Asunto AETR, C-22/70, Rec. 1971). Hablamos de una competencia implícita de la Unión cuando un título competencial puede ser razonablemente utilizado para extender la acción de la Unión a ámbitos que no están expresamente comprendidos en su tenor literal, o cuando la alternativa de una competencia para los Estados miembros no puede tomarse en consideración debido a la naturaleza de las cosas (especialmente en el ámbito de la autoorganización de los órganos). En cualquier caso, el reconocimiento de poderes implícitos no supone una excepción al principio de atribución, pues las competencias tácitas tienen su cimentación normativa en las disposiciones de los Tratados, de las cuales se pueden deducir y con cuya ayuda se puede averiguar cuál es el órgano competente y el procedimiento jurídico aplicable; Grabitz y Hilf (2008): 5.

cláusula de imprevisión del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permitiría la intervención de la Unión en los supuestos de laguna normativa competencial<sup>24</sup>.

Desde el primer punto de vista, los artículos 2 a 6 de la Parte primera (Principios), Título I (Categorías y ámbitos competenciales de la Unión) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regulan las categorías y ámbitos competenciales de la Unión (distinguiendo tres tipos de competencias y sus ámbitos que se corresponden, en gran medida, con la sistemática del Proyecto de Tratado constitucional frustrado). Ahora bien, resulta discutible que podamos hablar exactamente de un catálogo de competencias para referirnos a esta nueva regulación competencial pues, en efecto, y tal y como veremos más adelante, el contenido y alcance de la competencia se descubre sólo a partir de lo dispuesto en las bases jurídicas relativas a los diversos ámbitos de actuación comunitaria dispersas en los tratados<sup>25</sup>.

El Tratado de Lisboa distingue, por cierto no de una forma novedosa<sup>26</sup>, entre competencias exclusivas de la Unión, competencias compartidas de la Unión con los Estados miembros, y acciones de apoyo, coordinación o complemento de la Unión respecto de los Estados miembros<sup>27</sup>.

24. Las competencias implícitas traen causa, en todo caso, de bases jurídicas específicas previstas en los Tratados, las cuales determinan el procedimiento decisorio aplicable para esa competencia (por ello no son una excepción al principio de atribución). La cláusula de imprevisión (antes prevista en el artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y ahora en el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) es una cláusula de atribución residual de competencias que opera con carácter subsidiario respecto de las demás bases jurídicas, supliendo las lagunas normativas existentes al respecto. Esta cláusula no debe confundirse con el principio de los poderes implícitos pues sólo se puede recurrir a la misma cuando ninguna otra base jurídica atribuya, de manera expresa o implícita, competencia a la Unión para actuar; Diez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 437-438.

25. Esto ya lo afirmó el profesor López Castillo respecto del Proyecto de Tratado constitucional, que inspira el orden competencial de Lisboa; López Castillo (2004): 443.

26. Sobre la caracterización (tipos de competencias y sus ámbitos) realizada por la doctrina y por la jurisprudencia del ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea (no explicitada en los Tratados pero que se consideraba contenida implícitamente en los mismos) véase, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 121 y ss. Desde este punto de vista, resulta posible afirmar que, en lo relativo a la distribución competencial, el Tratado de Lisboa (como ya hiciera el Proyecto por el que se establece una Constitución para Europa) se ha limitado a mantener el *status quo* que ya había sido establecido doctrinal y jurisprudencialmente.

27. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también alude de forma separada a la coordinación en determinados ámbitos. En concreto, impone a los Estados miembros coordinar (utiliza el imperativo “coordinarán”) sus políticas económicas en el seno de la Unión (con este fin el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas. Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados cuya moneda es el euro). Además, se obliga a la Unión a tomar medidas (“tomará me-

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea, que prevé la operatividad del principio de subsidiariedad en los ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Unión, dicho principio no se aplicará en el marco de las competencias exclusivas de la Unión, ni tampoco, aunque no se diga, en el marco de las competencias exclusivas de los Estados miembros (pues aquí, sencillamente, queda descartada cualquier intervención de la Unión que es la que en todo caso convierte en operativo el principio de subsidiariedad). Según el artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las competencias exclusivas de la Unión, que se presentan como un catálogo cerrado o enumeración tasada, existen en los siguientes ámbitos: la unión aduanera; el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior<sup>28</sup>; la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común. Además, la Unión también dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencias interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Por otra parte, la determinación de las competencias exclusivas de los Estados miembros resulta mucho más compleja pues el Tratado de Lisboa no ha incorporado ningún listado sobre este tipo de competencias (que sin duda existen, no sólo expresa o implícitamente recogidas en los tratados<sup>29</sup>, sino también como consecuencia del principio vigente en virtud del cual son competencias estatales aquéllas competencias que el Derecho comunitario no ha atribuido de forma expresa o implícita a la Unión)<sup>30</sup>.

Excluido el campo de las competencias exclusivas (de la Unión o de los Estados miembros), el principio de subsidiariedad actúa en el ámbito de las

didias”) para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas. Finalmente, se faculta a la Unión (“podrá tomar”) para tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros.

28. Si bien este sector individualiza más una finalidad a perseguir que un ámbito específico de regulación; De Pasquale (2008): 63.

29. Así, por ejemplo, el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, tras la reforma de Lisboa, dispone que “En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Cierta sector doctrinal ha afirmado que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no ha asumido un catálogo de competencias que incluya también una lista de las atribuciones de los Estados miembros porque ello hubiera implicado una degradación de los Estados a unidades subestatales de la Unión; Morales Antoniazzi (2010): en prensa.

30. Aunque hay que tener en cuenta que los poderes reservados a los Estados pueden pasar con el transcurso del tiempo al ámbito comunitario (vía revisión de los Tratados o vía cláusula de imprevisión); Chicharro Lázaro (2001): 136.

competencias compartidas y en el de las competencias complementarias (en ambos casos la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes para los Estados). Y, en la medida en que la regla general es la existencia de una competencia compartida<sup>31</sup>, el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad es bastante amplio (aunque, como hemos visto, no ilimitado).

En el marco de las compartidas, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya y ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. Es cierto que estas dos últimas especificaciones parecen construir la competencia estatal de forma residual respecto de la competencia comunitaria. Sin embargo, y teniendo en cuenta que deben ser interpretadas en el global del sistema, lo cierto es que deberíamos entender que la intervención de la Unión sólo aparecería legitimada cuando prevé que su acción resulta más eficaz; por tanto, respetando el principio de subsidiariedad<sup>32</sup>. Pero cuando se da esta circunstancia, lo cierto es que el ejercicio efectivo de la competencia por parte de la Unión desplaza progresivamente el ejercicio por parte de los Estados miembros de su propia competencia. Es lo que se conoce como el fenómeno de la *preemption* u ocupación del campo, que puede llegar a ser completa convirtiendo la competencia en materialmente exclusiva<sup>33</sup>.

31. Weber (2008): 12.

32. Estas especificaciones parecen insinuar que las instituciones comunitarias son *ab origine* más idóneas para regular un sector concurrente, sin deber probarlo, y que los Estados lo son sólo en subordinación. Sin embargo, y atendiendo al principio de subsidiariedad, lo cierto es que la Unión Europea debe autolegitimar su actividad y demostrar que produce ventajas evidentes respecto de la de los Estados miembros. Parece lógico que el principio de subsidiariedad se utilice por la Unión para escrutar con extrema atención la oportunidad de su intervención, así como el alcance y contenido de la acción determinada. Y allí donde tal acción no resulte indispensable, la Unión debe abstenerse de intervenir dejando a los Estados la libertad para disciplinar los sectores con sus propios instrumentos; De Pasquale (2008): 63-64.

33. Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 68. Ahora bien, podría ocurrir que la Unión sólo realizara un desarrollo normativo parcial del ámbito competencial compartido. Es decir, podríamos encontrar diferentes situaciones al respecto: a) que la Unión no haya dictado legislación sobre la materia (en cuyo caso los Estados pueden elaborar, mantener o modificar la suya, eso sí, respetando los Tratados y los principios generales del Derecho comunitario); b) que la Unión elabore normas sólo sobre un determinado sector o sectores de la competencia compartida (en cuyo caso, los Estados pueden crear, mantener o modificar su legislación al respecto, aunque en este caso respetando no sólo los Tratados y los principios generales del Derecho comunitario, sino también la normativa adoptada por la Unión); c) que la Unión regule una competencia compartida completa (en este supuesto las disposiciones nacionales dejan de tener efecto; se produce el fenómeno de la *preemption*). En cualquier caso, el principio de subsidiariedad debe tomarse en cuenta siempre que la Unión decida intervenir en el marco de una competencia compartida, tanto si lo hace por primera vez como si pretende intensificar una intervención ya iniciada; Chicharro Lázaro (2001): 140-142.

Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán en los siguientes ámbitos principales (catálogo ejemplificativo, no cerrado, susceptible de ser integrado o modificado a la luz de nuevas y diversas exigencias): el mercado interior; la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; la energía; el espacio de libertad, seguridad y justicia; los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado. Por otro lado, en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya. Además, en los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya<sup>34</sup>.

La actuación de la Unión también debe ser subsidiaria en el marco de las acciones de apoyo, coordinación y complemento<sup>35</sup>, pues también en estos ámbitos su intervención debe producirse sólo cuando los Estados miembros no pueden funcionar eficazmente. Eso sí, en el marco de las competencias complementarias (cuyos ámbitos serán la protección y mejora de la salud humana; la industria; la cultura, el turismo; la educación; la formación profesional; la juventud y el deporte; la protección civil; la cooperación administrativa), la actuación de la Unión no está llamada

34. Estos párrafos 3 y 4 del artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recogen unas competencias concurrentes *sui generis* pues aparentemente están más próximas a la complementariedad que a una concurrencia competencial de régimen ordinario. Esto ya se afirmó por López Castillo (2004): 450, en su estudio sobre el Proyecto de Tratado constitucional que pretendía regular las competencias complementarias de la misma forma que hoy lo hace el Tratado de Lisboa. En concreto, afirmaba que “Según es notorio, en los ámbitos de “la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio (y) la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria” la competencia de que disponga la Unión para “definir y realizar programas” y para “llevar a cabo una política común” se ha de ejercitar “sin que” ello impida a los Estados miembros ejercer la suya. Y esto recuerda a la actuación complementaria”.

35. Cuando se diferencia entre “apoyar, coordinar o complementar” se alude a un método y un grado diverso de penetración de la normativa comunitaria en los ordenamientos nacionales. Teniendo en cuenta la praxis hasta hoy desarrollada, se podría decir que el “apoyo” tiene por objeto la realización de un cuadro normativo más favorable y un ambiente económico-financiero más ventajoso, a través de la financiación de intervenciones estructurales; la “coordinación” debe determinar los elementos comunes sobre los cuales se van a elaborar las políticas nacionales; y la acción de “complemento” se refiere a una intervención, también de naturaleza financiera, dirigida a perfeccionar y a dar complemento a un programa y/o proyecto ya en fase de realización; De Pasquale (2008): 64-65.

a sustituir a la de los Estados miembros (que sí resulta posible en el caso de las compartidas), sino a apoyarla o complementarla<sup>36</sup>, sin privar por tanto a los Estados miembros de su capacidad competencial en estos ámbitos ni limitar sus competencias (si bien es cierto que esto último resulta discutible al menos respecto de las acciones complementarias de coordinación). Es decir, mientras que en el supuesto de las competencias compartidas la acción de los Estados queda excluida, es sustituida por la acción de la Unión una vez que ésta decide actuar, ello no sucede, en línea de principio, en el caso de las complementarias.

Pues bien, esta nueva regulación del orden competencial clarifica en alguna medida<sup>37</sup> la determinación del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Introducir la definición de los tipos de competencias y un listado de sus ámbitos abunda de forma positiva en la exigencia de transparencia del orden competencial en general, y más específicamente, en la determinación del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, se siguen planteando incógnitas en orden a la clarificación de dicho ámbito de aplicación.

Está claro que de su ámbito de aplicación se excluyen los ámbitos propios de las competencias exclusivas. Ahora bien, esta claridad se trueca en confusión cuando se considera, por ejemplo, la dificultad que en ciertas ocasiones encontraremos para catalogar una intervención como establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (competencia exclusiva) o, más en general, como mercado interior (competencia concurrente que exige el respeto de la nota de subsidiariedad)<sup>38</sup>; o la dificultad para situar determinadas acciones en el marco de las competencias concurrentes (que precisan la aplicación del principio de subsidiariedad y que pueden desembocar en una ocupación completa del campo material) o de las complementarias (que aunque también precisan la aplicación de la subsidiariedad no pueden sin embargo conducir a una ocupación completa del campo material); o la dificultad para concretar las competencias exclusivas

36. Martín y Pérez De Nanclares (2002): 356-357; Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 68; Chicharro Lázaro (2001): 138.

37. Y es que la certeza y claridad (y consiguientemente transparencia) en materia competencial comunitaria es un objetivo gradual y, por ello, cualquier análisis sobre el tema no puede pretender responder en términos absolutos a la cuestión de si el Tratado de Lisboa aporta o no transparencia al orden competencial comunitario sino, antes bien, y tomando como referencia para la comparación la situación precedente, si el Tratado mejora en alguna medida, en algún grado, los niveles de transparencia en esta materia.

38. Ya se advirtió en su día que resulta realmente complicado “que se puedan separar de forma radical los distintos dominios de competencia con vista a asegurar el objetivo primordial de la Comunidad que es la realización de un mercado interior”; Chicharro Lázaro (2001): 128.



de los Estados miembros desde el momento en que Lisboa ha renunciado a catalogar las mismas, las cuales, sencillamente, excluyen cualquier intervención de la Unión.

Además, también en detrimento de la claridad, el Tratado de Lisboa ha diseñado un “catálogo” competencial –y sus ámbitos– que debe completarse con lo dispuesto en el artículo 2.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pues, en efecto, el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito (es decir, en las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Y teniendo en cuenta este precepto, parece posible afirmar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea realiza una distinción de las competencias meramente indicativa en el sentido de que su alcance y condiciones de ejercicio sólo se pueden aprehender en función de lo dispuesto en las distintas bases jurídicas los Tratados que se refieran a cada ámbito (cosa que ya sucedía antes de la reforma)<sup>39</sup>. Por otra parte, el desarrollo de la teoría de los poderes implícitos permite plantear la intervención de la Unión en ámbitos no definidos expresamente por los Tratados (por tanto, indeterminados) pero que se pueden extraer de las distintas bases jurídicas previstas en los Tratados. En unos casos (probablemente los menos), quedará clara cuál es la base jurídica que habilita la intervención de la Unión y, por tanto, resultará más o menos sencillo determinar el tipo de competencia (exclusiva, compartida o complementaria) de que se trata. Pero probablemente exista un número más numeroso de supuestos en los que la intervención se pueda desprender implícitamente de varias bases jurídicas (correspondientes, quizás, a competencias de distintos tipos y que acarrear distintas consecuencias en orden a la utilización del principio de subsidiariedad)<sup>40</sup>.

Para terminar, hay que señalar que la aplicación del principio de subsidiariedad no se ciñe solamente al ámbito de las competencias no exclusivas. También

39. En este sentido véase Baratta (2008): 32.

40. Téngase en cuenta, por otra parte, que lo dicho hasta ahora se refiere a las competencias normativas de la Unión. Y es que el Tratado de Lisboa no aclara el papel que podría jugar el principio de subsidiariedad con relación a las competencias ejecutivas de la Unión. Según Hinojosa Martínez, resulta posible encontrar referencias a la aplicación de la subsidiariedad en el Derecho derivado de la Unión en relación con las competencias de ejecución del Derecho comunitario. Y de ahí desprende una interpretación según la cual el Derecho comunitario, al excluir sólo las competencias exclusivas (concepto legislativo) del ámbito de aplicación de principio de subsidiariedad, estaría reconociendo la aplicabilidad del mismo no sólo al resto de las competencias normativas de la Unión sino también a la totalidad de sus competencias ejecutivas. Aunque lo más esclarecedor hubiera sido que esto se hubiera plasmado expresamente en el Derecho comunitario originario, Hinojosa Martínez (2004): 807.

se aplica cuando la actuación de la Unión es consecuencia de la utilización de la cláusula de imprevisión del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>41</sup>, una cláusula muy discutida durante el debate del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa por parte de aquellos que consideraban que la misma rebajaba el alcance del principio de atribución<sup>42</sup>. Finalmente la cláusula de imprevisión, que como ha señalado el profesor Von Bogdandy no es un hecho atípico en el reparto vertical de los ordenamientos federales, se mantiene con el objeto de garantizar el dinamismo de la Unión. En concreto, esta cláusula responde claramente al sistema tradicional de delimitación de la actuación de la Unión en función de los objetivos comunitarios<sup>43</sup> (pues

41. Este artículo reemplaza al antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea disponiendo: “1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. *La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo.* 3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización. 4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar los objetivos del ámbito de la política exterior y seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 de la Unión Europea”. *Cursiva añadida.*

42. Hasta el momento de la discusión del Proyecto de Constitución Europea, la interpretación extensiva de la cláusula de flexibilidad había permitido la adopción de diversas medidas que fueron generando una integración *ex ante* ulteriormente formalizada mediante reforma expresa de los Tratados; López Castillo (2004): 440. Más concretamente, la Unión ha adoptado, fundamentalmente a partir de la década de los setenta, cientos de actos basados en este artículo para suplir las carencias del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (por ejemplo, en materia de agricultura o aduanera) o, incluso, para iniciar su acción en nuevos ámbitos (por ejemplo, medio ambiente). Aunque lo cierto es que la atribución de competencias en estos ámbitos, a través de las sucesivas reformas introducidas con el Acta Única Europea, con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Ámsterdam, redujeron el ámbito de actuación de la cláusula. Por otro lado, esta cláusula no sólo ha servido de base para la adopción de acciones *ad intra*, sino también para la celebración de acuerdos internacionales (dimensión *ad extra* reconocida por el Tribunal de Justicia); Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 437-438. Sólo puntualmente el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación restrictiva del alcance del entonces artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, negando la competencia comunitaria para regular una materia (Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, en el que negó que la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales pudiese fundamentarse en el 308 TCE); al respecto véase De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 104.

43. Conforme a la Declaración nº 41 relativa al artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “La Conferencia declara que la referencia que hace el apartado 1 del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los objetivos de la Unión remite a los objetivos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y a los objetivos enunciados

habilita a la Unión a actuar en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar los objetivos fijados por éstos sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto)<sup>44</sup>. Si esto es así, resulta realmente difícil discutir que la cláusula de imprevisión atribuye poderes a la Unión (es más, el ámbito de aplicación de la misma se amplía considerablemente pues, mientras el antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se refería exclusivamente al “funcionamiento del mercado común”, el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere, en general y a salvo de algunas matizaciones, a todas “las políticas definidas en los Tratados”). Aunque también es cierto que dichos poderes tampoco son ilimitados en tanto en cuanto deben aparecer necesariamente conectados con la consecución de los objetivos comunitarios<sup>45</sup>.

en el apartado 5 del artículo 3 de dicho Tratado, relativo a la acción exterior, en virtud de la quinta parte del del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por consiguiente, una acción basada en el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no podrá perseguir únicamente los objetivos contemplados en el apartado 1 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. A este respecto, la Conferencia señala que, de conformidad con el apartado 1 del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, no podrán adoptarse actos legislativos en el ámbito de la política exterior y de seguridad común”.

44. Esta cláusula “tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para la que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vista a lograr alguno de los objetivos establecidos en el Tratado” (extracto del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996) o “para paliar la insuficiencia de las facultades que se le confieren, explícita o implícitamente, con vista a la realización de sus objetivos” (extractos del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996). La condición imprescindible que ha invocado la jurisprudencia para aplicar esta cláusula de flexibilidad es que no exista base jurídica alguna en el Tratado para fundamentar la medida (STJCE de 26 de marzo de 2007. C-46/86. Rec. 1987, pág. 1493).

45. Así se desprende, en mi opinión, de la Declaración n<sup>o</sup> 42 relativa al artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando dispone que “La Conferencia subraya que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que forma parte integrante de un ordenamiento institucional basado en el principio de las competencias de atribución, no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión *más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen sus las funciones* y acciones de la Unión. Este artículo no podrá en ningún caso servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto, en esencia, por sus consecuencias, modificar los Tratados sin seguir el procedimiento que éstos fijan a tal efecto”. *Cursiva añadida*. El Tribunal de Justicia ya dijo, sobre el antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que regulaba la cláusula de imprevisión, que “al ser parte integrante de un orden institucional basado en el principio de las competencias de atribución, dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad *más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad*”. *Cursiva añadida*. Y, en definitiva, “no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo” (extracto del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996).

En principio, por tanto, es un precepto con el que se pretende introducir flexibilidad en el sistema competencial. Ahora bien, no se trata de un cheque en blanco a favor de la intervención Unión y en detrimento de las competencias de los Estados porque su aplicabilidad exige su sujeción a ciertos límites, unos de naturaleza material y otros de naturaleza procedimental.

Entre los de naturaleza material, el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las medidas adoptadas con base en el mismo no podrán consistir en la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización (algo ya asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes de su explicitación en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Además, el precepto tampoco podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea.

Entre los de naturaleza procedimental, se prevé una utilización en todo caso subsidiaria de la cláusula de imprevisión y, además, se requiere la unanimidad del Consejo para su operatividad (en todo caso, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo)<sup>46</sup>. En cuanto a esto último, la aplicación de la regla de la unanimidad en la Europa de los veintisiete puede frenar la fungibilidad del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para introducir cierta flexibilidad en el sistema competencial europeo limitando una posible ampliación de las competencias de la Unión por esta vía (y ello a pesar de la ampliación de su ámbito de aplicación)<sup>47</sup>.

46. La nueva regulación de la cláusula de imprevisión destaca por la considerable ampliación de su ámbito de aplicación y por una intervención más decisiva del Parlamento Europeo en el procedimiento. Frente a la mera consulta previa requerida por el artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige su aprobación.

47. En parecidos términos, refiriéndose al Proyecto de Tratado Constitucional, véase López Castillo (2004): 440-443. Este autor dudaba de la fungibilidad de un instrumento que, en el marco de un colegio tan numeroso, tenderá a ser vista más como una cláusula de cierre (que una vez más, añadido, refuerza la posición de los Estados miembros desde el punto de vista competencial).

### ***3. Las condiciones para la aplicación del principio de subsidiariedad y la problemática derivada de su configuración en torno a conceptos jurídicos indeterminados***

El carácter subsidiario de la acción de la Unión en el marco de las competencias no exclusivas o de la cláusula de imprevisión respecto de la acción de los Estados miembros implica que ésta sólo será posible cuando, y en la medida en que<sup>48</sup>, concurren las dos siguientes condiciones: 1<sup>a</sup>) Que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional o local (prueba de necesidad)<sup>49</sup>. 2<sup>a</sup>) Que la intervención comunitaria resulte más eficiente para alcanzar dichos objetivos debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida (prueba de valor añadido o de eficacia comparada)<sup>50</sup>. Desde este último punto de vista, la acción de la Unión parece más eficaz que la de los Estados miembros a la hora de disciplinar un ámbito transfronterizo o que presenta aspectos transnacionales (“dimensión”). Del mismo modo, los “efectos” pretendidos (por ejemplo, eliminar las disparidades existentes en un determinado sector) pueden conducir a pensar en una mayor eficacia de la intervención de la Unión<sup>51</sup>. En todo caso, la Unión debe aportar las razones que a

48. Es decir, la acción de la Unión “debe adecuarse a la dimensión de la carencia de los Estados”; “una carencia parcial de los Estados no permite que la Comunidad se atribuya la competencia del conjunto para la realización de un objetivo en cuestión”; Chicharro Lázaro (2001): 147.

49. En cualquier caso, y antes de reemplazar a los Estados miembros, es preciso que la Comunidad intente una labor de coordinación y apoyo a las políticas nacionales para intervenir sólo en caso de que éstas no den resultados; Chicharro Lázaro (2001): 143-144. Cuando la capacidad de una comunidad para actuar resulta inadecuada, sus competencias no se transferirán instantáneamente a un nivel más alto pues, primero, éste debe adoptarlas medidas apropiadas para componer la capacidad de actuación de los grupos inferiores interviniendo sólo si ello no resulta posible; citando a Constantinesco véase Martínez-Carrasco Pignatelli (1999): 83-84.

50. Sólo se recurrirá al test de la eficacia comparativa para comprobar si la Unión puede realizar mejor los objetivos previstos cuando se haya superado el test de necesidad. En cualquier caso, la exigencia de este doble test resulta discutible si se tiene en cuenta que una comparación de los costes y beneficios que provocaría la acción en el nivel nacional y en el europeo permitiría resolver la cuestión en un solo paso. Sobre el tema, se ha señalado que fue la persistencia de los Estados miembros, que pretendían limitar la ampliación de los poderes de la Unión por esta vía, la que provocó la inclusión de un test de necesidad como paso previa la realización del test de la eficacia; Chicharro Lázaro (2001): 146-147.

51. Atendiendo a los efectos se ha dicho que, aunque no sea lo habitual, no parece posible descartar que la intervención subsidiaria de la Unión afecte sólo a un Estado miembro; véase De Pasquale (2008): 64-65. Por su parte, Chicharro Lázaro afirmaba en su momento que sería posible una intervención subsidiaria de la Comunidad sólo de respecto de aquél o aquellos Estados incapaces de conseguir el objetivo u objetivos pretendidos de forma suficiente. La regla de principio será, por tanto, una intervención comunitaria para paliar la incapacidad de la acción estatal allí donde ésta se produzca, sin invadir el terreno de actuación estatal cuando ésta sea suficiente. Ahora bien, lo cierto es que si la incapacidad se predica respecto de muchos Estados, entonces la Comunidad podría decidir una intervención general que afectara a todos los Estados miembros; Chicharro Lázaro (2001): 145. La posibilidad de intervenir

su juicio justifican la mayor eficacia de la intervención comunitaria, razones éstas que se sustentarán en indicadores cualitativos y, *cuando sea posible, cuantitativos*<sup>52</sup>.

Ahora bien, y a pesar de la intención que se observa en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por conseguir objetivar de alguna forma (se habla de indicadores cuantitativos) las razones en virtud de las cuales se considera que un objetivo puede alcanzarse mejor a nivel europeo que a nivel estatal, lo cierto es que la decisión sobre si un objetivo no puede ser alcanzado *de manera suficiente* por los Estados miembros y sobre si la acción de la Unión permite su consecución de forma *más eficaz*, son decisiones “que dejan un amplio margen de maniobra al intérprete y que implican valoraciones esencialmente políticas más que jurídicas”<sup>53</sup>; valoraciones pues que, *a priori*, corresponde adoptar a las instituciones políticas europeas<sup>54</sup>.

En este contexto, el problema no es tanto el relativo a la justiciabilidad el principio (ya superado) sino el relativo a los límites del control judicial sobre el respeto a las condiciones de fondo para su aplicación<sup>55</sup>. Y es que si la apreciación de la concurrencia de estos requisitos es una cuestión que los Estados miembros, a través de los tratados, han querido dejar a la voluntad del legislador europeo, lo cierto es que el Tribunal de Justicia, que es a quien corresponde la fiscalización jurisdiccional del respeto del principio de subsidiariedad, difícilmente puede revisar una decisión de fondo que *a priori* corresponde tomar a las instituciones políticas europeas. Salvo en aquellos casos de arbitrariedad manifiesta en la apreciación de la concurrencia de estos requisitos (y es que debe evitar un mero control de oportunidad política que le resulta ajeno)<sup>56</sup>. Ésta ha sido precisamente la línea en la que se ha movido

sobre uno o varios Estados y no sobre todos no sólo se desprende de la noción misma de subsidiariedad sino que resulta avalada también por el principio de proporcionalidad (se menciona el medio ambiente, donde el estándar global de protección es muy diferente entre los diversos países y permite que la acción comunitaria se proyecte sólo sobre alguno de ellos); Barnés Vázquez (2003).

52. Cursiva añadida. Véase, al respecto, el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea y 5 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

53. Destacando el amplio margen de maniobra que estos conceptos jurídicos indeterminados dejan al intérprete véase Albertí, Fossas y Cabellos (2005); Chicharro Lázaro (2001): 148 y 175. Afirmando que la decisión sobre el nivel óptimo de gobierno para adoptar una decisión no puede objetivarse véase Hinojosa Martínez (2004): 826.

54. Piris, juriconsulto y Director General del Servicio Jurídico del Consejo recordó en una intervención ante el Grupo Subsidiariedad de la Convención Europea que la subsidiariedad constituye un principio fundamentalmente político, de carácter subjetivo, que exige un juicio de valor que entra dentro del poder de apreciación de las instituciones.

55. Sander (2006): 537; Hinojosa Martínez (2004): 908; Chicharro Lázaro (2001): 175.

56. Siguiendo a HESSE véase, en este mismo sentido, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 37. En la misma dirección Hinojosa Martínez (2004): 908; Chicharro Lázaro (2001): 187; Rodríguez Iglesias

el Tribunal de Justicia, el cual se ha mostrado muy cauto cuando se ha tenido que pronunciar sobre el tema (que no ha sido en excesivas ocasiones)<sup>57</sup> actuando con una gran deferencia respecto de la actuación del legislador comunitario.

Inicialmente, su actividad se mantuvo –de una manera excesivamente restrictiva– en las lindes de las exigencias formales de la motivación aceptando acríticamente los argumentos aportados por el legislador comunitario<sup>58</sup>. Es decir, el Tribunal de Justicia se limitó inicialmente a constatar la existencia de una justificación en la norma que preveía la intervención comunitaria (admitiendo incluso la justificación implícita)<sup>59</sup> sin entrar a considerar los aspectos materiales o sustanciales del asunto, es decir, los aspectos relativos a la efectiva concurrencia de los requisitos que habrían justificado la regulación de la materia por parte de la Unión.

(1993): 218-219. Aunque la opinión mayoritaria, compartida por esta autora, es que salvo en casos excepcionales de clara arbitrariedad el Tribunal de Justicia no puede sustituir la decisión del legislador europeo, lo cierto es que también podemos encontrar a algún autor crítico o reticente con la prudencia con la que ha venido actuando el Tribunal de Justicia en este punto (muy contundente al respecto SANDER (2006): 27 y ss.; más moderados Estella De Noriega (2000): 166-173; De Areilza Carvajal (1995): 87-88 y 92).

57. Además, se ha puesto de manifiesto que, paradójicamente, aquellos Estados miembros (Alemania y Reino Unido) que defendieron en su día la introducción del principio de subsidiariedad como cláusula jurídica susceptible de provocar un control por parte del Tribunal de Justicia, y de los que se podía esperar que explotaran este argumento en sede judicial, cuando lo han esgrimido, lo han hecho con poca convicción y utilizando exclusivamente la noción procedimental de la subsidiariedad. Este autor distingue entre la “subsidiariedad procedimental” o *procedural subsidiarity* (que implica un mero control de los aspectos formales de la decisión, no un control sustantivo o de oportunidad de la medida) y la “subsidiariedad material” o *material subsidiarity* (que, por el contrario, supone responder a la pregunta de si la Comunidad debe o no actuar en un determinado supuesto); Estella De Noriega (1999): 81 y ss.

58. *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association* y otros contra *Bosman* y otros (C-415/93, de 15 de diciembre de 1995); la Comisión contra Bélgica (C-11/95, de 10 de septiembre de 1996); el Reino Unido contra el Consejo en la sentencia sobre la Directiva de ordenación de los horarios laborales (C-84/94, de 12 de noviembre de 1996); Alemania contra el Parlamento y el Consejo en la sentencia sobre la Directiva de protección de los inversores ante entidades de crédito (C-233/94, de 13 de mayo de 1997).

59. Decisiones del Tribunal que reconocen la legitimidad de la motivación implícita sobre este punto son: Sentencia de 10.12.2002, *British American Tobacco* (C-491/01, Rec. p. I-11453), aps. 181-183; sentencia de 9.10.2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, Rec. p. I-7079), aps. 32-33; auto de 20.10.2000, *Johann Vogler* (C-242/99, Rec. p. I-9083), aps. 21-23; sentencia de 19.11.1998, *Reino Unido c. Consejo* (C-150/94, Rec. p. I-1735), ap. 37. Ahora bien, y como ya señaló en su día Hinojosa Martínez respecto del Protocolo anejo al frustrado Proyecto de Tratado constitucional, lo cierto es que la regulación el nuevo Protocolo n° 2 anejo al Tratado de Lisboa parece exigir la motivación explícita si se tienen en cuenta los requisitos procedimentales de obligado cumplimiento que establece para el legislador europeo. Así se refuerza la exigencia de motivación que ahora parece que debe ser expresa tal y como ha venido exigiendo cierto sector doctrinal; Von Bogdandy y Bast (2008): 58; Sander (2006): 569.



Sólo en momentos ya relativamente recientes<sup>60</sup>, el Tribunal de Justicia ha realizado pronunciamientos más comprometidos sobre el alcance y la aplicación del principio (más allá de la exigencia propia de motivación formal del acto normativo europeo). Ahora bien, también en este punto se ha pronunciado con autocontención y prudencia pues, en efecto, su intervención se ha limitado a comprobar, a verificar, que no se produzca un error manifiesto de apreciación sobre la concurrencia del principio o una desviación de poder<sup>61</sup>. Excepto en estos casos, el Tribunal respeta el ámbito de discrecionalidad del legislador comunitario y, desde este punto de vista, el análisis (limitado) que el Tribunal ha empezado a efectuar del alcance y aplicación del principio de subsidiariedad difícilmente producirá una variación sustancial de los resultados prácticos (como así ha sido) ni una renacionalización de ningún ámbito normativo.

Este tránsito en la valoración que el Tribunal de Justicia realiza de la aplicación del principio de subsidiariedad desde la exclusiva exigencia de una motivación formal (expresa o implícita) en la norma comunitaria a un control de naturaleza sustancial (aunque limitado) resulta, en mi opinión, positivo. Sin embargo, no parece conveniente que el Tribunal de Justicia amplíe sus pronunciamientos de fondo más allá de la constatación del error manifiesto o la desviación de poder si no se quiere distorsionar un sistema que ha atribuido a las instituciones políticas europeas la decisión sobre la concurrencia de los requisitos que permiten la actuación de la Unión en el marco de las competencias no exclusivas y de la cláusula de imprevisión<sup>62</sup>. Es cierto que ni la interpretación restrictiva del alcance

60. Holanda contra el Parlamento y el Consejo, en la sentencia sobre la Directiva de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (C-377/98, de 9 de octubre de 2001); *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco* en la sentencia sobre la Directiva de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (C-491/01, de 10 de diciembre de 2002); sentencia sobre la Directiva relativa a los equipos de protección individual (C-103-01, de 22 de mayo de 2002). Se ha dicho que en estas sentencias el Tribunal se aproxima con más detenimiento al principio de subsidiariedad pese a que lo hace sin grandes elaboraciones doctrinales y sin variaciones respecto de los casos anteriores en la conclusión adoptada. Pero al menos parece no asumir sin más las explicaciones del legislador comunitario para pasar él mismo a analizar si se ha respetado o no el principio de subsidiariedad. Y la conclusión siempre es afirmativa; Albertí Rovira (2005).

61. Aunque, y también en mi opinión, el resultado final de la decisión del Tribunal sobre el fondo del asunto limitada a apreciar arbitrariedades manifiestas o una desviación de poder no puede justificar el análisis extremadamente superficial que realiza de la norma comunitaria en litigio. Y es que quizás debiera afinar los instrumentos de justificación de sus decisiones, en definitiva, para legitimarlas y a su vez evitar aquellas opiniones doctrinales según las cuales, en materia de subsidiariedad, la argumentación que utiliza el Tribunal produce la impresión de que su decisión está tomada de antemano (en este sentido Sander (2006): 543).

62. La misma conclusión en Martín y Pérez De Nanclares (2002): 374-376, quien recuerda que la misma prudente posición del Tribunal Constitucional Federal alemán a la hora de interpretar el alcance

de las bases jurídicas que atribuyen competencias a la Unión (que en el caso de las competencias funcionales parece imposible atendiendo a su propia naturaleza jurídica), ni los principios (especialmente subsidiariedad y proporcionalidad), han limitado la vis expansiva de la actividad normativa de la Unión (susceptible a su vez de afectar a los Estados miembros restringiendo su ámbito de actuación normativa)<sup>63</sup>. Ahora bien, la limitación de estas garantías de naturaleza jurídica en orden a la contención de la actividad regulatoria comunitaria dirigida, a su vez, a garantizar las competencias y la autonomía política de los Estados miembros, no debe alarmar en exceso si se tiene en cuenta que, en el ámbito de la Unión, las garantías políticas (que se traducen básicamente en una composición de las instituciones políticas europeas con representantes estatales y en la decisiva participación de los Estados miembros en la determinación de la misma actividad normativa de la Unión) desempeñan un papel fundamental en este sentido<sup>64</sup>.

#### ***4. Breve aproximación al procedimiento para la aplicación del principio de subsidiariedad: Especial referencia a la intervención de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de la alerta temprana***

Ya hemos dicho que la inclusión del principio de subsidiariedad como un principio central del derecho comunitario en el artículo 3B del Tratado de la Unión Europea de 1992 apareció como una especie de contrapeso en beneficio de los Estados miembros frente al incremento de los poderes de la

del principio de subsidiariedad del artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn no ha merecido una crítica comparable a la cosechada por el Tribunal de Justicia.

63. Por ello se explica que las dos salvaguardas a favor de la Comunidad establecidas en los apartados 2 y 3 del ya derogado Protocolo n° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad hayan desaparecido en el nuevo Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Como se ha apuntado, aquellas salvaguardias se diseñaron pensando en situaciones en las que una tendencia euroescéptica pudiera producir una interpretación del principio de subsidiariedad contrario al proceso de integración europea. Y en la nueva regulación no ha parecido necesario mantenerlas habida cuenta la práctica producida al respecto; Hinojosa Martínez (2004): 803.

64. Ésta sería la convincente tesis de De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 31; 37-39; 43; 51-52; 137-156; 173-180. Según este autor, “las garantías jurídicas del federalismo constituyen así una red última de seguridad frente a lo que se puede considerar que son abusos clamorosos”; *ibidem*: 51. Si bien la última y extrema garantía de la autonomía política de los Estados miembros radicaría en la posibilidad estatal de abandonar la Unión. Por su parte, la profesora Biglino Campos, respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, decía que éste confiaría más en “la presencia de los Estados miembros en las Instituciones de la Unión y en la configuración plural de los procesos de toma de decisiones, que en el control estrictamente jurídico que pueda realizar el Tribunal de Justicia *a posteriori*”; Biglino Campos (2005): 204.

Comunidad en nuevos ámbitos en un momento en el que, además, los mismos Estados continuaban perdiendo influencia en el Consejo como consecuencia del reforzamiento la regla de la mayoría cualificada (que se introdujo con el Acta Única Europea y cuya aplicación, con Maastricht, se extendía a nuevos ámbitos). A partir de ese momento, cualquier tentativa de incremento o incremento propiamente dicho de los poderes de la Unión en el marco de un modelo competencial predominantemente funcional ha venido siempre acompañada de una discusión tendente a fortalecer el principio de subsidiariedad y con ello la posición de los Estados miembros. El debate sobre el futuro de la Unión que ha protagonizado estos inicios del siglo XXI, donde la cuestión competencial ha sido un tema central, no ha supuesto una excepción al respecto confirmándose de nuevo esta tendencia.

La intención de los Estados de controlar la fuerza expansiva de la Unión condicionó decisivamente la configuración definitiva que el Proyecto de Tratado constitucional dio al principio de subsidiariedad y que luego ha retomado el Tratado de Lisboa. Así, frente a ciertas soluciones discutidas durante el debate convencional del que surgió el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en torno a la posibilidad de introducir mecanismos que reforzaran el control judicial del principio (como la posibilidad de articular un control previo de subsidiariedad –antes de la entrada en vigor de la norma en cuestión– en el seno de una cámara *ad hoc* radicada en el propio Tribunal de Justicia) finalmente se optó por reforzar el control político del respeto al principio de subsidiariedad<sup>65</sup>. Y aunque en esta dirección fueron varias las propuestas<sup>66</sup>, lo cierto es que finalmente se decidió reforzar la posición de los Estados miembros garantizando la intervención de los Parlamentos nacionales durante su aplicación a través de un control de naturaleza política que operaría *ex ante* (tendría lugar antes de que se produjera la aprobación del acto legislativo correspondiente) y que presentaría eficacia suspensiva (paralizaría temporalmente el procedimiento legislativo) y un efecto devolutivo (obligaría a reconsiderar de nuevo la propuesta cuando un determinado número de Parlamentos nacionales hubiera constatado la vulneración del requisito de la subsidiariedad). Es decir, la observancia de la aplicación del principio de subsidiariedad que compete a las instituciones europeas quedaría sujeta, en virtud del mecanismo de alerta

65. Por ello se puede decir, siguiendo a Hinojosa Martínez, que no ha habido una revolución en la nueva regulación del principio de subsidiariedad ya que continúa poniendo el acento en el control de naturaleza política; Hinojosa Martínez (2004): 790.

66. Para estas propuestas véase López Castillo (2004): 452-456; Hinojosa Martínez (2004): 808-811; Linde Paniagua (2004): 170-171; Matía Portilla (2003): 213-214; Martín y Pérez De Nanclores (2002): 370-371; Delgado Iribarren García-Campero (2002): 219-220; Lutz Herrera (2002): 403-405.

temprana y de forma novedosa, a la supervisión de los Parlamentos estatales<sup>67</sup>, si bien esta fiscalización no excluía la propia que ya venían realizando las instituciones europeas (consistente en una especie de autocontrol preventivo de la observancia del principio de subsidiariedad durante la preparación de las propuestas de actos legislativos –fundamentalmente a través de las consultas que realiza la Comisión que es el órgano que tiene atribuida la iniciativa legislativa por excelencia, y que conduce a la elaboración de una ficha de subsidiariedad en la que se motiva la propuesta legislativa en relación con el respeto del principio de subsidiariedad cualquiera que sea su procedencia<sup>68</sup>– y en la fiscalización jurisdiccional definitiva del acto legislativo aprobado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El Tratado de Lisboa también diferencia entre el control interno (de las instituciones de la Unión) del respeto del principio de subsidiariedad<sup>69</sup> y el control externo que sobre lo mismo realizan los Parlamentos nacionales y que, como ha señalado la profesora Mangas Martín, presenta una bifurcación secuencial: primero, un control preventivo de carácter político (que ocupa nuestra atención) y un control posterior de naturaleza judicial<sup>70</sup>. Eso sí, Lisboa regula el mecanismo de la alerta temprana con alguna modificación de relevancia respecto de lo que ya estableciera el Proyecto de Tratado constitucional en relación a las consecuencias jurídicas derivadas de dicho control<sup>71</sup>.

67. Véanse los artículos 4 y 6-7 del Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

68. La previsión del autocontrol del respeto del principio de subsidiariedad a través de la ficha de subsidiariedad ya se recogía en el Protocolo n° 30 anexo al Tratado de Ámsterdam.

69. Al que se refiere el artículo 1 del Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

70. Mangas Martín (2005): 57.

71. Dos son, fundamentalmente, las diferencias que presenta el Tratado de Lisboa respecto del Proyecto de Tratado constitucional en el ámbito del mecanismo de la alerta rápida. Una, de menor calado, consistente en la ampliación del plazo de seis a ocho semanas para la emisión de los dictámenes procedentes de los Parlamentos nacionales. Se pretende así responder a la crítica sobre la excesiva brevedad del plazo; Hinojosa Martínez (2004): 814-819. Otra, de mayor calado, es la modificación introducida por el artículo 7.3 del nuevo Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este precepto permite, en el marco del procedimiento legislativo ordinario (en el que se aplica la regla de la codecisión) y siempre y cuando los dictámenes de los Parlamentos nacionales representen al menos la mayoría simple de los votos que tienen atribuidos (se exige así un umbral más exigente de dictámenes motivados), que el legislador europeo (Parlamento y Consejo) desestimen la propuesta legislativa si la consideran incompatible con el principio de subsidiariedad (en el caso del Parlamento Europeo cuando así lo estima la mayoría de los votos emitidos y en el caso del Consejo cuando lo decide el 55% de una mayoría de sus miembros). Pues bien, cierto sector doctrinal en España considera que esta modificación quiebra el equilibrio institucional previsto en los Tratados en tanto en cuanto, afirman, la Comisión pierde el control de sus iniciativas legislativas; Martín y Pérez De Nanclares (2008): 286 y ss; Menéndez de Vigo, I., (2007): 321-341 y

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>72</sup> establece las obligaciones específicas de las instituciones comunitarias en este sentido.

La labor de la Comisión al respecto resulta especialmente relevante y es razonable que así sea si tenemos en cuenta su protagonismo en la fase de iniciativa legislativa y, además, los recursos con los que cuenta<sup>73</sup>. No sólo se encarga de elaborar un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea<sup>74</sup>, sino que debe realizar “amplias consultas” (que cuando procedan deberán tener en cuenta la dimensión regional y local de las acciones previstas) dirigidas a comprobar la pertinencia de la intervención de la Unión a la luz de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad antes de proponer cualquier acto legislativo<sup>75</sup>. No obstante ello, es posible que la Comisión no realice estas consultas en los supuestos de urgencia motivando la decisión en su propuesta.

Los proyectos de actos legislativos deben motivarse en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y, en todo caso, deben incluir una ficha con los pormenores que permitan evaluar su cumplimiento (conocida como

335. Otros autores, sin embargo, no valoran de forma negativa esta modificación. Laso Pérez (2009): 90-94, dice que el mecanismo de control “reforzado” de la “tarjeta naranja” que introduce Lisboa permite desestimar la propuesta de la Comisión siempre que se decida por una de las dos ramas del poder legislativo. Pero ello no quiebra el equilibrio institucional porque la Comisión mantiene el control de sus propuestas (las puede incluso retirar en casos extremos) y porque los Parlamentos nacionales no pueden vetar dichas propuestas (algo que sería posible con un mecanismo de “tarjeta roja”, que se discutió y rechazó durante la Convención constitucional y que sí sería incompatible con el derecho de iniciativa de la Comisión). En el sistema actual se mantiene la “tarjeta amarilla” y se incorpora la “tarjeta naranja”. Pero en ninguno de los dos casos los Parlamentos nacionales pueden vetar la propuesta legislativa europea, sólo advierten. En definitiva, este autor hace una valoración positiva del nuevo procedimiento que considera que se ha desarrollado con las suficientes cautelas como para mantener, en lo posible, una vez que políticamente se había decidido reforzar el papel de los Parlamentos nacionales, los aspectos esenciales del equilibrio institucional.

72. Artículos 2 y 5 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

73. Se ha dicho que la Comisión es la institución mejor equipada para recabar la información necesaria en orden a determinar la oportunidad de una intervención de la Unión y que por ello es lógico esperar que desempeñe un rol preeminente en la aplicación del principio de subsidiariedad. Y es que su reflexión precederá a la del resto de instituciones; Chicharro Lázaro (2001): 164.

74. Artículo 9 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

75. El artículo 3 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad señala que “...se entenderá por “proyecto de acto legislativo” las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo”.

ficha de subsidiariedad). Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

El control externo por parte de los Parlamentos nacionales obligará a revisar el papel de los Parlamentos nacionales (también de los autonómicos) en el proceso decisional de la Unión<sup>76</sup> y ha suscitado reacciones encontradas en el ámbito doctrinal. Mientras que para algunos el mecanismo de la alerta rápida estimulará a los Parlamentos nacionales indolentes a interesarse por los asuntos europeos y a controlar a los Ejecutivos en este ámbito<sup>77</sup>, para otros la valoración “positiva” del mecanismo de la alerta temprana se desprende más de lo que no hace (haber resuelto la participación de los Parlamentos nacionales en el procedimiento decisorio evitando males mayores como la creación de nuevos órganos que hubieran incrementado la complejidad institucional de la Unión) que de lo que hace<sup>78</sup>.

76. En España se ha aprobado la Ley 4/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (BOE nº 308, de 23 de diciembre). Esta norma regula el procedimiento de desarrollo del mecanismo de la alerta rápida en nuestro Estado. Tras la reforma, la Ley incrementa las competencias de la Comisión Mixta para la Unión Europea y, entre ellas, figura la relativa al control del respeto comunitario del principio de subsidiariedad. Se atribuye a la Comisión Mixta la potestad de emitir, en nombre de las Cortes Generales, los dictámenes motivados sobre la vulneración de la subsidiariedad, sin perjuicio de que los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea, en los términos que prevean los Reglamentos de las Cámaras. Además, la Ley acoge la posibilidad prevista en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de que los Parlamentos nacionales puedan consultar a los regionales con competencias legislativas.

77. Mangas Martín (2008): 340-341; Ares Castro-Conde (2007); Mangas Martín (2005): 58-59 y 65; Laso Pérez (2009): 84-85; Matía Portilla (2003): 199-204; Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): (en prensa). En cualquier caso, la eficacia de las previsiones europeas destinadas a integrar a los Parlamentos nacionales en el proceso decisional de la Unión dependerá del compromiso de cada Estado y su aparato institucional (hay que destacar la propia responsabilidad de los Parlamentos nacionales al respecto). Esta idea se puede encontrar en Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): en prensa; Matía Portilla (2008): pág. 217; Matía Portilla (2003): 145-147.

78. Hinojosa Martínez (2004): 818:

Los defensores y detractores de la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso decisonal de la Unión apuntan sus razones.

Los primeros destacan aquéllas que tienen que ver con el refuerzo de la legitimidad democrática de la Unión. Consideran que con el mecanismo de la alerta temprana, primero, los temas europeos adquirirán mayor protagonismo en las agendas de los Parlamentos estatales y subestatales llegando así más fácilmente a los ciudadanos facilitando la construcción de una opinión pública sobre asuntos europeos (acercando Europa a los ciudadanos)<sup>79</sup>, y, segundo, se reforzará el control parlamentario estatal sobre la actuación comunitaria de los Ejecutivos nacionales<sup>80</sup>. Además, afirman que esta intervención de los Parlamentos nacionales previsiblemente estimulará un mayor esfuerzo argumentativo por parte de las instituciones europeas en materia de subsidiariedad (especialmente cuando se eleven a la Unión un número considerable de dictámenes procedentes de los Parlamentos nacionales críticos con el proyecto legislativo como consecuencia de la inobservancia del principio)<sup>81</sup>.

Para los segundos, este mecanismo puede producir un choque de legitimidades entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales en los supuestos en los que exista desacuerdo sobre el respeto del principio de subsidiaridad por parte de un proyecto legislativo<sup>82</sup>. Por otra parte, interpretan la alerta temprana como una renuncia de los Estados a continuar profundizando en el proceso de integración europea, en este caso reforzando el papel del Parlamento Europeo como instrumento de control del Consejo, y se preguntan si ello no produce una cierta deslegitimación del Parlamento Europeo y si, por consiguiente, no hubiera sido mejor, por un lado, reforzar el papel de los Parlamentos nacionales como instrumentos de control de sus Gobiernos (también cuando éstos actúan en temas europeos) en el ámbito estatal o ad intra (sin vincularlos directamente, por tanto, en el proceso decisonal de la Unión), y, por otro, potenciar el papel del Parlamento Europeo como instrumento del control del

79. En este sentido véase Ares Castro-Conde (2007): 236-239; Álvarez Conde y López de Los Mozos Díaz-Madroñero (2006): 155-156. Lo que no es cierto es que ello necesariamente vaya a producir un sentimiento de autoidentificación con el sistema político de la Unión. Dependerá de la posición que finalmente adopten los Parlamentos nacionales al respecto.

80. En este sentido véase Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): (en prensa), Laso Pérez (2009): 84. Ambos textos coinciden en el desinterés de las Cortes Generales respecto del control del Gobierno en temas europeos; un control que se centra fundamentalmente en las grandes orientaciones políticas y no en el seguimiento sistemático de las propuestas legislativas.

81. Mangas Martín (2005): 64-65; Hinojosa Martínez (2004): 815.

82. Cuando el Parlamento Europeo se pronuncie en contra de las posiciones expresadas por un grupo de Parlamentos nacionales que representan a un porcentaje significativo de la población; Hinojosa Martínez (2004): 815-816.



Consejo<sup>83</sup> (recordemos que el Parlamento Europeo ha ido incrementando paulatina y considerablemente sus competencias de control sobre la Comisión mientras que el Consejo continúa funcionando tal y como fue concebido originariamente, esto es, como una institución exenta de control político en el seno de la Unión)<sup>84</sup>. Además, añaden que con esta novedad en el procedimiento de control del respeto al principio de subsidiariedad se alarga el iter legislativo comunitario y se complica, todavía más, el ya complejo funcionamiento del proceso decisional de la Unión<sup>85</sup>.

Es cierto, en efecto, que la falta de control sobre la actividad del Consejo y, en definitiva, la falta de control sobre lo que hacen los Gobiernos de los Estados miembros en la Unión a través del Consejo (también cuando éste desarrolla actividad legislativa) ha sido considerada una de las causas fundamentales del déficit democrático de la Unión<sup>86</sup>. Por una parte, y a pesar de ciertos avances producidos en materia de transparencia cuando éste desempeña funciones legislativas<sup>87</sup>, la opacidad con la que sus órganos auxiliares (grupos de trabajo y COREPER) continúan discutiendo y adoptando una parte muy importante de sus decisiones legislativas dificulta –si no impide– el control sobre su actividad<sup>88</sup>. Por otra parte, el control parlamentario

83. En este sentido véase Linde Paniagua (2004): 166-167.

84. A medida que se han ido ampliando los poderes de la Unión y que se ha ido incrementando el número de sus socios, se ido avanzando en el proceso de reforzamiento del Parlamento Europeo (control político en la elección y actuación de la Comisión; elaboración del presupuesto comunitario; procedimiento legislativo de codecisión que con Lisboa se aplica a todos los reglamentos y directivas con Lisboa (a salvo de ciertas excepciones); De Miguel Bárcena (2009): 52-54.

85. Baratta (2008): 44-45; Hinojosa Martínez (2004): 818-819.

86. El resultado es que los gobiernos toman en el Consejo decisiones que no hubieran podido tomar en el plano nacional, ajenos al control básico de cualquier orden democrático; Matía Portilla (2003): 196; Matía Portilla (2008): 132-133.

87. Se ha garantizado el acceso público a los documentos del Consejo (con excepciones); el artículo 9.2 del Reglamento interno del Consejo garantiza la publicidad de las votaciones que hoy podemos encontrar en la página web del propio Consejo (salvo en aquellas ocasiones, por cierto muy numerosas, en las que adopta sus decisiones a través de la fórmula consensual); Lisboa garantiza la publicidad de sus sesiones cuando ejerce función legislativa (aunque sin innovar demasiado respecto de lo establecido en el artículo 8.1 a), b) y c) del Reglamento interno del Consejo pues tanto éste como el Comité de Representantes Permanentes pueden restringir su publicidad con el objeto de preservar la eficacia de los trabajos legislativos). Sobre este tema véase el exhaustivo y reciente estudio de De Miguel Bárcena (2009): 161 y ss.

88. La falta de legitimidad democrática en la Unión se desprende no tanto de la falta de controles sobre el funcionamiento mismo del Consejo sino, sobre todo, de la debilidad de los controles sobre su aparato burocrático u órganos auxiliares que actúan conforme a los usos propios de la diplomacia tradicional y que son los que *de facto* legislan a través de los puntos A del orden del día del Consejo (aquellos que el COREPER eleva al Consejo y que éste suele aprobar sin debate; decisiones que el Consejo adopta *de iure* en su nivel ministerial pero que *de facto* se aprueban por su apartado burocrático). Se ha constatado que alrededor de un 75%-80% de la legislación producida en el Consejo es acordada de antemano por su aparato burocrático o nivel infranacional (COREPER y grupos de trabajo). El 70% de las normas estaría acordado por los grupos de trabajo; un 15%-20% por el COREPER; y sólo entre un 10%-15% sería directamente negociado por el propio Consejo; De Miguel Bárcena (2009): 139.

interno-nacional sobre la actividad europea de los Gobiernos no ha funcionado o al menos no ha funcionado igual en todos los países (aunque la regla general ha sido la debilidad de este control; también en España). Por ello se ha solicitado, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde la propia sede de las instituciones comunitarias, una mayor parlamentarización de la Unión Europea<sup>89</sup>. Finalmente se ha optado por vehicular dicha parlamentarización a través de los Parlamentos nacionales.

En mi opinión, el mecanismo de la alerta temprana puede incentivar a los Parlamentos nacionales a retomar un papel propio que en muchos casos habían abandonado, favoreciendo así un mayor conocimiento de la actividad de la Unión por parte de la opinión pública. Previsiblemente, además, el mecanismo enriquecerá la justificación de las normas comunitarias en materia de subsidiariedad. Creo que esto es evidente. Y no pienso que el procedimiento complique en exceso el proceso decisional de la Unión al punto de hacerlo ineficaz, ni que el plazo de ocho semanas con el que cuentan los Parlamentos nacionales para emitir sus dictámenes sea tan prolongado como para que pueda causar un efecto dilatorio en el procedimiento legislativo comunitario lo suficientemente severo como para justificar las objeciones formuladas en este sentido en contra de su intervención (lo cual no implica desconocer la existencia de algunos costes en este sentido).

Ahora bien, la incorporación directa de los Parlamentos nacionales como instrumentos de control del proceso decisional de la Unión a través del mecanismo de la alerta rápida (que en cualquier caso resulta congruente con la naturaleza jurídica de la Unión como organización internacional, por muy peculiar que ésta sea)<sup>90</sup> no es el fruto de una decisión neutra<sup>91</sup>. Se trata de una decisión con una clara intencionalidad política en la medida en que a través de la misma se resta protagonismo al Parlamento Europeo o, al menos, no se continúa profundizando su proceso de parlamentarización en lo que actualmente podríamos considerar su punto flaco (el control del Consejo). La opción por la intervención de los Parlamentos nacionales en el procedimiento decisional de la Unión a través del mecanismo de la alerta temprana, presumiblemente ideada con el objetivo de reforzar la legitimidad democrática de la Unión, no constituye sino una más de las muestras del viraje intergubernamental de la Unión<sup>92</sup> y de la renuncia a continuar

89. Liñán Nogueras (2003): 180; Delgado Iribarren García Campero (2002).

90. Y es que hay que reconocer la singularidad de una Unión atravesada por dos principios aparentemente antagónicos como sería los de supranacionalidad e intergubernamentalidad; Linde Paniagua (2004): 853-854. Por otro lado, sobre el proceso de constitucionalización que está viviendo la Unión, acentuado en todo caso tras Maastricht, véase De Miguel Bárcena (2009): 45-46.

91. En este sentido véase Liñán Nogueras (2003): 188.

92. Linde Paniagua (2004): 168.

avanzando en su proceso de transformación. Estamos, en definitiva, frente a dato que parece indicar que los Estados miembros han decidido que el proceso de integración de la Unión ya ha llegado todo lo lejos que podía llegar con la consiguiente negativa a avanzar hacia una necesaria estructura federal<sup>93</sup>.

## Bibliografía

Albertí Rovira, E.; Fossas, E., Cabellos, M.A. (2005): *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea*, Parlament de Catalunya, Barcelona.

Albertí Rovira, E. (2003): “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, págs. 81-110.

Aldecoa Luzarraga, F.y Guinea Llorente, M. (2007): “El proyecto de Tratado de reforma: una Constitución sin nombre”, *Revista General de Derecho Europeo*, 14, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

Álvarez Conde, E. y López de Los Mozos Díaz-Madroñero, A. (2006): “Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana”, *Revista de Derecho Político*, nº 65, págs. 149-188.

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2008): “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, coord. José Martín y Pérez de Nanclares, ed. Iustel, Madrid, págs. 205-225.

Areilza Carvajal, J.M. (1995): “El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, pásg. 53-93.

Ares Castro-Conde, C. (2007): “El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 136, pásg. 213-250.

93. Mangas Martín afirmaba, teniendo en cuenta que el Tratado de Lisboa recoge expresamente (antes ya era posible) la posibilidad de la renacionalización de las competencias (en la disposición final 48.2 del Tratado de la Unión Europea) y elimina casi completamente de su redacción toda referencia a la evolución del acervo comunitario, que se ratifica la opinión que sostuvo en su día acerca del estancamiento de la evolución en la Europa de los veintisiete; Mangas Martín (2008): 337. En concreto, la autora afirmó que “no está especialmente en peligro lo logrado ni el nivel de integración, sino su *evolución*. La consecuencia principal es que ya no habrá más profundización o avances cuantitativos. Los Estados parecen estimar que lo logrado está consolidado, que no hay peligro de conservación del acervo fundamental, que cualquier profundización afectará de forma azarosa a la soberanía estatal y que no se puede ni se debe ir más lejos. Es como si hubieran concluido que no cabe más proyecto político ni es importante ni alcanzable”; Mangas Martín (2007): 31.

Armin, H. y Kindt, A. (2008): “Der Vertrag von Lissabon –Europa endlich in guter Verfassung?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 61, págs. 1761-1768.

Baratta, R. (2008): “Le principali novità del Trattato de Lisbona”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2008, págs. 21-70.

Barea Mateo, M.T. y Murillo García, E. (2000): “Principio de subsidiariedad y déficit democrático, factores claves en el debate sobre la atribución de competencias a la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 182, págs. 9-23.

Barnés Vázquez, J. (2003): “La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, págs. 45-83.

Biglino Campos, P. (2005): “El poder de la Unión y el poder de los Estados miembros en el proyecto de Constitución: una forma distinta de entender la competencia”, en *Coloquio Ibérico: Constituicao Europeia Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra editora.

Chicharro Lázaro, A. (2001): *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra.

De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2006): *El sistema europeo de distribución de competencias*, Aranzadi, Navarra.

Delgado Iribarren García Campero, M. (2002): “La participación de los Parlamentos nacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, págs. 203-220.

De Miguel Bárcena, J. (2009): *El Consejo de la Unión Europea. Poder normativo y dimensión organizativa*, ed. Thomson Reuters, Navarra.

De Pasquale, P. (2008): “Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008-I, págs. 60-69.

Díez-Hochleitner, J. y Martínez Capdevila, C. (2001): *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid.

Dougan, M. (2008), “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts”, *Common Market Law Review*, 45, págs. 617-703.

Estella de Noriega, A. (1999): “La paradoja de la subsidiariedad: Reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B del Tratado de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 101, págs. 71-100.

Estella De Noriega, A. (2000): *El dilema de Luxemburgo - El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Madrid.

Laso Pérez, J. (2009): “Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad”, La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa, *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, ed. Marcial Pons, Madrid.

Linde Paniagua, E. (2004): “Los Parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6, págs. 161-181.

(2004): “El Consejo de Ministros de la Unión Europea”, *Comentarios a la Constitución europea*, Libro I, dirs. Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Liñán Noguera, D.J. (2003): “El Parlamento Europeo y el papel de los Parlamentos nacionales”, *El gobierno de Europa. Diseño institucional de la Unión Europea*, dir. José María Beneyto Pérez, ed. Dykinson, Madrid, págs. 177-235.

López Castillo, A. (2004): “Acerca de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, págs. 433-462.

Lutz Herrera, O. (2002): “La función de los Parlamentos nacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, págs. 395-411.

Mangas Martín, A. (2008): “Un Tratado no tan simple: El realismo mágico del funcionalismo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30.

(2007): “El incierto futuro de la Unión”, *Estudio preliminar, Tratado de la Unión Europea, tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, Tecnos, 13<sup>a</sup> ed., Madrid.

(2005): “El control de la subsidiariedad”, *La constitucionalización del proceso de integración europea, Colección Escuela Diplomática*, nº 9, Madrid, págs. 53-79.

(2005): “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, págs. 49-74.

Martínez-Carrasco Pignatelli, J.M. (1999): “El principio de subsidiariedad en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 15 (1999)177, págs. 79-89.

Martín y Pérez de Nanclares, J. y Urrea Corres, M. (2008): *Tratado de Lisboa*, ed. Marcial Pons y Real Instituto Elcano, Madrid.

Martín Y Pérez De Nanclares, J. (2008): “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, coord. José Martín y Pérez de Nanclares, Iustel, Madrid, págs. 273-294.

(2005): “La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad”, *La Constitución de la Unión Europea*, coord. Carlos Closa Montero y Natividad Fernández Sola, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 279-304.

(2004): “El nuevo sistema de competencias en el proyecto de Constitución europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 30, págs. 75-114.

(2002): “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, págs. 343-291.

(1997): *El sistema de competencias de la Unión Europea*, ed. MacGraw-Hill, Madrid.

Matía Portilla, F.J. (2008): “Democracia y representación en la Unión Europea: el lugar de los Parlamentos nacionales en el marco de la Unión Europea”, *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, ed. Ana María Carmona Contreras, ed. Thomson/Aranzadi, págs. 127-148.

(2003): “Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: Doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 110, págs. 191-220.

Méndez De Vigo, I. (2007): *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, CEU, Madrid.

Morales Antoniazzi, M. (2010): “El Tratado de Lisboa: renovación versus status quo. Reflexiones sobre el sistema competencial como rasgo federal de la Unión Europea”, *Cuadernos y Debates. ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, ed. Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi, CEPC e Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Madrid.

Pastor Palomar (2006): “El principio de subsidiariedad y su incidencia en el respeto de los derechos fundamentales por la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional XXII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 459-484.

Rodríguez Iglesias, G.C. J(1993): “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid.

Salvador Crespo, M. Y Molina Álvarez De Cienfuegos, I. (2009): “La participación de los Parlamentos nacionales en el proceso decisorial y el control político de la Unión Europea”, (en prensa).

Sánchez Ruiz, A.I. (1997): *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Bilbao.

Sander, F. (2006): “Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a substantial step towards EU Federalism?”, *Columbia Journal of European Law*, 12 (2006) 2, págs. 517-571.

Von Bogdandy, Armin (2009): “Una idea controvertida se convierte en Derecho: consideraciones acerca de la democracia europea como principio jurídico”, *Cuadernos y Debates. ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, ed. Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi, CEPC e Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Madrid.

Von Bogdandy, A. Y Bast, J. (2002): “El orden competencial vertical de la Unión Europea: Contenido y perspectivas de reforma”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, García de Enterría y Alonso García (dirs.), Madrid.

Weiler, J.H.H. (2002): “A Constitution for Europe? Some Hard Choices”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 40.

Weiler, J.H.H. Y Wind, M. (2003): “In Defence of the Status Quo: Europe’s Constitutional Sonderweg”, *European Constitutionalism beyond the State*, editores Weiler y Wind.

Ziller, J. (2007): *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna.