

Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea

ARACELI MANGAS MARTÍN *

1. EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS COMO PRINCIPIO DELIMITADOR PROPIO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

El sistema de delimitación competencial de la UE ha sido siempre (ahora y en el futuro) el sistema tradicional en todas las organizaciones internacionales: los Estados miembros se desprenden de parte del ejercicio de poderes soberanos y nutren de funciones y competencias a la Organización internacional. Así se hizo en los Tratados fundacionales de 1951 y 1957, y en las sucesivas reformas, incluidas las de Maastricht, Ámsterdam o Niza.

El término «Constitución» para Europa no debe despistarnos sobre la verdadera naturaleza de la Unión Europea y su Tratado. Como dijo el Consejo Constitucional francés en su Decisión de 19 de noviembre de 2004, el uso del término «Constitución» no cambia la naturaleza de Organización internacional y Tratado de este nuevo instrumento que refunde y mejora los anteriores.

* Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad de Salamanca.

Una Organización internacional, como es el caso de la Unión Europea, no dispone de competencias propias. Sus competencias proceden de los Estados miembros; ni la Convención que elaboró el borrador en su primera parte (60 artículos) ni la Conferencia Intergubernamental que aprobó los 448 artículos del Tratado son un poder constituyente popular.

El origen de este texto no es la soberanía popular, aunque los Tratados y el Derecho que generan tengan legitimidad democrática dada por las ratificaciones parlamentarias y la participación del Parlamento Europeo. No dispone la UE de poderes originarios sino de atribución por los Estados que son el verdadero constituyente de la Unión. Así ha sido siempre y así será pues el Tratado constitucional exige expresamente la permanencia de los Estados soberanos (art. I-5) y la protege y le reconoce el derecho a permanecer como Estado soberano e independiente y a defenderse frente a cualquier ataque interno o externo a su soberanía.

Ningún precepto del Tratado constitucional proclama la plenitud de la soberanía de la Unión, como haría cualquier constitución nacional. Obviamente no estamos ni ante un Estado ni ante una Constitución al estilo de las nacionales. El Tratado creador de la Organización Internacional del Trabajo también llevaba el nombre de «Constitución» con el

valor convenido, como en la Unión Europea, de las normas fundamentales de la organización. También con frecuencia la doctrina iusinternacionalista se refiere a la Carta de la ONU como Constitución. Y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, desde los años sesenta y con diversas formulaciones judiciales posteriores en los ochenta y noventa, utilizó sin rubor el término de «Carta Constitucional» para referirse al Derecho primario de la Unión, a los Tratados.

Tampoco se puede establecer parecido con una constitución nacional en materia de separación de poderes; o cuando se constata que la UE no tiene competencias para legislar en materia de Derechos humanos, aunque incorpore la Carta de Derechos Fundamentales como parte II, salvo casos muy específicos en los que se incluya una base jurídica, ya sea en la parte I o en la III.

Otros elementos que nos recuerdan de forma constante, a pesar del nominalismo y la megalomanía constitucionalista, que estamos ante una Organización internacional, única, la más avanzada, son, por ejemplo,

- las normas de ingreso (¿qué Constitución deja abierta la puerta para el ingreso de nuevos Estados?) y de retirada (¿qué Constitución permite la secesión unilateral de los territorios?),
- o las relativas a la exigencia de la unanimidad para determinadas leyes en el Consejo de Ministros o en el Consejo Europeo o además de lo anterior la exigencia de ratificación parlamentaria nacional unánime para algunas leyes europeas (¿se imaginan una Constitución que exija la unanimidad de la población o del Parlamento nacional para la aprobación de leyes?),
- las normas sobre revisión del Tratado constitucional (¿alguna Constitución exige la unanimidad del poder constituyente para su revisión?),
- las normas de sucesión de la actual Unión Europea en la refundada Unión son características de una Organización internacional,
- las normas sobre sanciones en caso de violación grave y sistemática de los derechos humanos y el Estado de Derecho,
- o las normas sobre legitimación activa de los demandantes privilegiados en el proceso de nulidad,
- o las normas del Derecho material en la parte III, ¿son propias de una Constitución?,

todo ello, y otros muchos argumentos delatan en conjunto que seguimos estando ante una Organización internacional singular, única, que estamos ante un sujeto de derecho internacional de carácter no estatal. Por no hablar, además, de que en este Tratado, que ha hecho una concesión nominalista («Constitución»), se sigue la senda del ascenso intergubernamentalista de los Tratados de Amsterdam y Niza, como lo muestran de forma palmaria el ascenso del Consejo Europeo como institución formal, con un Presidente que se singulariza, y un Ministro de Asuntos Exteriores que rompe la independencia y colegialidad de la Comisión.

Este Tratado constitucional rezuma estatalidad más que ningún otro, para compensar la concesión dirigida a atraer al gran público y a los medios de información. Pero su esencia y naturaleza sigue siendo una obra del Derecho Internacional: la Unión Europea es un campo espectacular de experimentación en las relaciones internacionales.

Como vamos a ver, el debate sobre el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros poco o nada tiene que ver con el debate federal o las opciones constitucionales internas al uso. La única alternativa era la del Derecho Internacional.

La delimitación de competencias era uno de los temas «estrella» seleccionados por la Declaración núm. 23 del Tratado de Niza

para abordar en la programada reforma de 2004. Y sin duda atrajo casi más que ningún otro el debate político y jurídico. Era un debate entre quienes propugnaban una devolución o renacionalización de competencias a favor de los Estados miembros y los que defendían un incremento de las competencias de la UE; entre quienes deseaban una lista o catálogo preciso de competencias y los que defendían un enfoque abierto.

El debate resultó inútil pues la Convención propuso mantener el principio tradicional de atribución de competencias y el concepto de competencia expresa y concreta vigente en esta materia desde 1951 y la Conferencia Intergubernamental confirmó esa opción. En efecto, la UE no tiene competencias originarias o propias; son los Estados miembros quienes atribuyen a la Unión competencias para que ésta alcance los objetivos asignados a la Unión (art. I-1). Los Estados renuncian a determinadas competencias concretas y trasladan la competencia a las Instituciones de la UE. La UE actuará sólo dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados en el Tratado constitucional (art. I- 11.2).

Por otra parte, todas las competencias no atribuidas a la UE en el Tratado corresponden a los EEMM (poderes centrales o de las regiones). Todo lo que no está regulado en los Tratados permanece bajo plena soberanía nacional.

Se confirma la interpretación que había hecho el Tribunal de Justicia y la doctrina comunitarista en las pasadas décadas de que la UE se basa en la atribución de competencias que hacen los Estados, según los esquemas clásicos del Derecho de las Organizaciones Internacionales. Así pues, el *principio de atribución de competencia* es el principio que delimita la competencia comunitaria respecto de las competencias de los Estados miembros; no hay alternativa en una Organización internacional. La UE no es un Estado y por tanto no puede tener competencias generales; como Organización internacional su competencia

es *funcional*, es decir, para hacer cosas concretas y se limita a esos ámbitos atribuidos.

Es importante subrayar que el hecho de que se denomine Constitución europea, para atraer a la ciudadanía, no altera el origen de las competencias. Hay que reiterar una vez más que las Instituciones no tienen «competencias conferidas o definidas o atribuidas por la Constitución», sino *en* la Constitución dejando bien sentado que son los *Estados miembros*, y no la propia Constitución, quienes confieren las competencias. Lo que llevó a la adaptación de la Carta de Derechos Fundamentales, elaborada por la primera Convención, eliminando expresiones confusas sobre el origen de las competencias para evitar cualquier malentendido o equívoco.

Las competencias siguen siendo casuísticas. Las competencias de la UE no son títulos competenciales abstractos (como sí sucede en la Constitución española respecto de las competencias estatales y autonómicas) sino una categorización genérica que precisa de una concreta *base jurídica*. Las competencias de la UE serán las que se le atribuyen expresamente en concretas bases jurídicas, son competencias específicas, expresas.

Lo que sí es novedoso en el Tratado constitucional es que se especifiquen las categorías de competencias: exclusivas, compartidas (propia mente paralelas o concurrentes y sin una lista exhaustiva), de apoyo, coordinación y complemento (Título III de la Parte *Primera*). Es también muy positivo desde el punto de vista de la transparencia y el afán didáctico del Tratado, el hecho de que describa qué entiende por cada uno de esos conceptos (competencia exclusiva, etc.) y las consecuencias desde el punto de vista del alcance de la competencia que tiene cada categoría (art. I-12) y establece los ámbitos (no materias) que se incluyen en cada categoría (art. I-13-15). Esos conceptos no aparecían en los Tratados anteriores, si bien eran términos utilizados por la doctrina científica y por el Tribunal de Justicia en sus sentencias. Aun-

que el Tratado establece tres grandes categorías de competencias, enuncia otras de tanta importancia que no ha querido subsumir a ninguna.

Se trata de la importante política de coordinación económica y de empleo: por su trascendencia política no figura entre los renglones de las competencias compartidas, entre las que tampoco encaja plenamente aunque se pueda clasificar entre ellas, si bien los instrumentos puestos en manos de la UE para *coordinar* las políticas económicas y de empleo de los EEMM serán «orientaciones generales» e iniciativas en sentido amplio.

Igual sucede con la Política Exterior y de Seguridad Común: es una política inclasificable entre la división clásica de exclusivas, compartidas, etc. y por ello se menciona aparte en el Tratado. Con carácter general, cada Estado miembro sigue siendo soberano de su política exterior, es decir de la definición de los intereses propios en los foros políticos internacionales y en las relaciones políticas o diplomáticas clásicas o en la protección de su seguridad y defensa. Ahora bien, hay ámbitos y problemas internacionales que afectan a intereses comunes y a los valores que compartimos y donde podremos ser más fuertes e influyentes en las relaciones internacionales si damos una respuesta común. Recuérdese la penosa y frustrante división de los Estados europeos ante la invasión de Iraq y, por tanto, lo mucho que queda por hacer a la UE en materia de política exterior. Definir los principios y orientaciones generales de política exterior, seguridad y defensa, así como las estrategias que permitan una voz y una acción única es un ámbito propio de la UE (art. I-16).

1.1. Competencias exclusivas de la UE¹

Competencias *exclusivas*, significa que la UE tiene plena capacidad legislativa,

¹ Para más detalle véase mi obra *La Constitución Europea*, editada por Iustel, Madrid, 2005, pp. 73-93.

- en materia de unión aduanera;
- normas sobre competencia «leal» entre empresas, necesarias para el funcionamiento del mercado interior, es decir, la prohibición de prácticas restrictivas y situaciones de abuso de posición dominante en operaciones de dimensión comunitaria;
- política comercial común; también es una antigua competencia pero el Tratado no matiza aquí sobre la evolución sufrida por el comercio internacional y la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia. La competencia es exclusiva para el comercio de mercancías, pero la competencia interna sobre el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (hoy muchísimo más importantes que el de mercancías) es compartida;
- la política de gestión y conservación de recursos pesqueros, lo que venía sucediendo desde los años ochenta;
- política monetaria (emisión de billetes y moneda, fijación del tipo de interés) de los Estados miembros cuya moneda es el euro –de momento, 12 Estados–.

En la medida en que esa plena capacidad no se ejerza por la UE, los EEMM la pueden ejercer. La ejecución administrativa siempre descansará en los Estados miembros (regiones o poderes centrales). En definitiva, los Estados no han quedado privados de toda competencia en esos ámbitos.

1.2. Competencias compartidas de la UE

Competencias *compartidas* significa que la UE y sus Estados miembros son titulares de las competencias y concurren ambos a regularlas.

El Tratado constitucional dice que las competencias compartidas son las que *no son*

exclusivas ni de apoyo o coordinación. Lo que no es decir mucho de forma didáctica, pero el buen entendedor debe deducir que estos preceptos (art. I-12 a 15) no son títulos competenciales sino preceptos que categorizan en abstracto las competencias y que el título es la concreta base jurídica prevista en la Parte III relativa a las políticas.

No parece que estuvieron muy acertados en la Convención ni en la CIG al hablar de competencias compartidas pues con esa definición es bastante claro que estamos ante competencias *concurrentes*. Los dos concurren a regular, pero cuando lo hace la UE desplaza la competencia nacional y «ocupa el terreno». Si de verdad fueran competencias compartidas podrían ejercer conjuntamente las competencias (lo que sucede en algunos casos, como la política de cooperación al desarrollo o la de I+D).

La utilización de la competencia por la Unión priva, al menos parcialmente, de la competencia a los Estados miembros. Ahora bien, no les priva totalmente de competencia, pues en estos ámbitos la intervención comunitaria está regida por el principio de subsidiariedad, además del principio de proporcionalidad (ver más adelante, epígrafes 5.1 y 5.2).

También parece más correcto que se debió decir que si la Unión ejerce la competencia, los EEMM respetarán las obligaciones establecidas, como realmente sucede en la práctica en el ámbito de las competencias compartidas y no decir que impide la acción normativa interna si la Unión ha ejercido la suya y sólo en la medida en que no lo haya hecho. Algo complicado.

A título de ejemplo el Tratado enumera algunas:

- el mercado interior,
- la política agrícola y de pesca (salvo la gestión y conservación de recursos pesqueros),

- la política social, como hasta ahora, con los límites concretos establecidos en la Parte III (bases jurídicas);
- la política de cohesión económica, social y territorial,
- la protección de los consumidores,
- investigación y desarrollo,
- medio ambiente y los transportes;
- el espacio de libertad, seguridad y justicia (visados, asilo e inmigración),
- los transportes,
- las redes transeuropeas,
- la energía,
- los aspectos comunes de seguridad de la política de salud pública.

Salvo las nuevas competencias en materia de cooperación judicial penal y policial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, todas las demás competencias compartidas ya están asignadas a la UE por los tratados vigentes en innumerables bases jurídicas. Poco nuevo. La utilización de la competencia por la UE priva, al menos parcialmente, de la competencia a los Estados miembros. Ahora bien, no les priva totalmente de competencia pues en estos ámbitos la intervención comunitaria está regida por el principio de subsidiariedad, además del principio de proporcionalidad. Estos dos principios tampoco experimentan cambios respecto de su formulación actual en el Derecho Comunitario vigente. Será su control la gran novedad, como veremos más adelante.

1.3. Competencias de apoyo, coordinación y complemento

La acción comunitaria es complementaria de la de los Estados miembros y de fomento de la cooperación. Queda excluida expresa-

mente la competencia de armonización legislativa. Entran en esta categoría:

- políticas de educación, formación profesional y juventud,
- cultura,
- industria,
- protección civil,
- la protección y mejora de la salud humana,
- cooperación administrativa.

Esta delimitación de competencias entre los Estados miembros y la UE no varía por el hecho de que algunos EEMM estén estructurados en regiones con competencias legislativas. Todos los Estados atribuyen la misma competencia y ésta puede proceder de los poderes centrales o regionales.

1.4. La cláusula de flexibilidad o de imprevisión

Cuando se fundaron las Comunidades Europeas en los años cincuenta, ya entonces los tres Tratados fundacionales previeron que aunque el sistema comunitario se basaba (y se sigue basándose en la futura Constitución) en atribuciones de competencias concretas y expresas de los Estados y para objetivos especificados, un sistema así de rígido, siendo una buena opción para controlar la cesión del ejercicio de soberanía, podría no ser práctico ante nuevos problemas que exigieran una respuesta en tiempo razonable, aunque no se tuviera competencia suficiente o ninguna competencia, pero al menos el objetivo a alcanzar se le hubiera asignado a las Comunidades. Había pues una cláusula de flexibilidad que permitía aprobar normas a la UE en situaciones imprevistas en las que carecía de competencia en los Tratados pero el objetivo entraba dentro de los asignados. Como era una extensión de la competencia más allá de lo atribuido se exigía unanimidad del Conse-

jo, pero sin control decisivo del Parlamento europeo ni de los nacionales sobre la atribución que ellos autorizaron en el ingreso a la UE.

La a veces abusiva utilización de esta cláusula, como base jurídica para ir extendiendo como mancha de aceite la competencia comunitaria, dio lugar a críticas de algunos Estados, tribunales nacionales y de las regiones alemanas. Incluso antes de la Convención hubo propuestas para su supresión. Pero ni la Convención ni la CIG estimaron prudente eliminarla pues había sido muy útil en el pasado, por ejemplo, para iniciar una política de protección de los consumidores o del medio ambiente o una política regional, competencias que los Tratados fundacionales no otorgaban a las Comunidades europeas pero que a partir de los años setenta se hicieron imprescindibles para lograr «un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada» (objetivos previstos en el Tratado).

Esta cláusula de flexibilidad o posibilidad de extender la competencia se confirma en el art. I-18. La novedad estriba en que se exigirá no la mera consulta del PE, como hasta ahora, sino su previa aprobación. También se abre al control de los Parlamentos nacionales pues deben ser avisados por la Comisión de estas propuestas para que comprueben que no violan el principio de subsidiariedad, es decir que la UE no extenderá su competencia normativa más de lo necesario para resolver de forma eficaz un problema de alcance europeo.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU CONTROL

El principio de subsidiariedad significa que la Unión tiene que justificar que es *necesario* actuar en el nivel comunitario, que es más *eficaz* y que estamos ante un problema *supranacional*. Es decir, debe regular lo imprescindible y ante problemas que tras-

cienden a las autoridades internas (municipales, regionales y nacionales).

El Tratado constitucional, al definir la subsidiariedad en el art. I-11.3, menciona expresamente esos tres criterios que deberían preceder a la acción europea. Esta sería un último recurso normativo. Cuando la Unión y los Estados miembros compartan un determinado ámbito, según lo establecido caso por caso en el Tratado, antes que las «Instituciones de Bruselas», deben legislar las autoridades más próximas a la ciudadanía y al problema mismo, por ejemplo las autoridades locales, o en su caso las regionales y nacionales. Pero si el problema desborda a esos tres niveles de poder interno, si es un problema común a varios Estados miembros y se necesita una acción normativa transnacional eficaz, entonces las Instituciones europeas deben actuar.

Este principio está pensado, pues, fundamentalmente para actuar en el campo de las competencias no exclusivas (es decir, en las compartidas y en las de coordinación, fomento y apoyo) y así lo dice expresamente el Tratado constitucional (confirmando lo establecido en el Tratado de Maastricht desde 1992). La UE tiene la obligación jurídica de ejercer con plenitud las competencias exclusivas que se le reconocen, si bien la administración nacional, regional o local no está excluida en estos casos e intervendrá en los niveles más próximos a los ciudadanos en la ejecución de la acción comunitaria.

La subsidiariedad es, pues, un principio que rige el *modo* de ejercicio de la competencia, así lo establece el art. 11.1 de la Parte I; no sirve para delimitar o atribuir competencias, sino que persigue racionalizar ese ámbito difuso y demasiado elástico de la competencia comunitaria compartida. Nos dice hasta dónde debe llegar la UE cuando aprueba normas.

Para saber si la Unión actúa de conformidad con este principio y no se excede legislan-

do e invadiendo competencias internas (locales, regionales y estatales) debemos examinar la norma comunitaria conforme a tres criterios cumulativos: la dimensión comunitaria del problema, la necesidad de actuar y la mayor eficacia de la respuesta.

Si las Instituciones europeas adoptan un acto en ámbitos de competencia compartida que no respeta cualquiera de los tres criterios aludidos se podrá pedir su anulación al Tribunal de Justicia de la UE; así los EEMM (Gobiernos, y Parlamentos nacionales) y las regiones a través del Comité de las Regiones se pueden defender frente a incursiones ilegítimas de la Unión. También los particulares afectados directamente por una norma u acto comunitario, si estimamos que la acción comunitaria no respeta los criterios de la subsidiariedad también podemos pedir al Tribunal de Justicia su anulación. El respeto al principio de subsidiariedad integra la legalidad de las normas y actos comunitarios y es susceptible de control ante el Tribunal de Justicia.

Este principio es tan importante que los Tratados vigentes, así como el futuro Tratado constitucional, no se limitan a definirlo en un precepto (art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea vigente y art. 11 del nuevo Tratado constitucional) sino que, además, lo desarrollan en un Protocolo. El Protocolo para la aplicación del principio de subsidiariedad, anexo al Tratado constitucional, prevé que los Parlamentos nacionales (y regionales) puedan controlar su respeto por las instituciones comunitarias.

Ya hay ese Protocolo en el Derecho en vigor, pero el nuevo que se anexa al Tratado constitucional aporta como novedad el mecanismo de *alerta temprana* o control de la subsidiariedad de carácter *político y preventivo* de los Parlamentos nacionales. La Comisión debe notificarles todas las propuestas legislativas, advirtiendo en su caso si su base jurídica es la cláusula de flexibilidad. Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos

(uno para cada Cámara si es bicameral, como son las Cortes españolas); si un tercio de los votos de los Parlamentos estima que la propuesta es contraria al principio de subsidiariedad, entonces la Comisión debe reconsiderarla.

También, una vez adoptado el acto legislativo permite que los Parlamentos nacionales, de acuerdo con la legislación interna y por medio de los Gobiernos nacionales, presenten un recurso de nulidad ante el Tribunal de la Unión (control jurisdiccional y con posterioridad a la aprobación del acto).

Aunque el principio de subsidiariedad y su control apenas figuraban en uno de los epígrafes de la Declaración 23, aneja al Tratado de Niza, que ha marcado el debate sobre el futuro de la UE, el mencionado principio se ha abordado en la Convención que preparó el proyecto de Tratado constitucional desde dos perspectivas: la delimitación de competencias y la participación de los Parlamentos nacionales en la construcción europea.

El interés por la subsidiariedad se ligaba en dicha Declaración a la participación de las regiones como una condición relevante en algunos Estados miembros, lo que llevó a que la Convención decidiese la creación del Grupo de Trabajo (I), denominado «de Subsidiariedad»² dedicado de forma central a dar solución a esas inquietudes. Pero también se dedujo tempranamente que el control de la subsidiariedad permitiría dar satisfacción directamente a uno de los cuatro temas principales de la Declaración 23, la participación de los Parlamentos nacionales en la integración europea, tema en el que se centró el Grupo de Trabajo IV de la Convención³.

De este modo, el control de la subsidiariedad fue objeto de deliberación en los Grupos

² Ver Informe final del Grupo de Trabajo I en el documento CONV 286/02, de 23-9-2002.

³ Véase el Informe final del Grupo de Trabajo IV en el documento CONV 353/02.

de Trabajo I y IV, respectivamente, de la Convención.

El Grupo I apenas puso en tela de juicio la descripción y contenidos del principio que se hace en el Derecho en vigor (art. 5 TCE y Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad añadido por el Tratado de Ámsterdam de 1997⁴, además del Acuerdo interinstitucional sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad⁵) y centró sus reflexiones en el control del principio, tanto político como jurisdiccional, que se concretaron en un Protocolo *sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (en adelante, Protocolo núm. 2). Este Protocolo fue aceptado en sus líneas políticas por la Conferencia Intergubernamental (CIG'04), es decir, no se puso en tela de juicio el mecanismo de *alerta temprana* en sus dos secuencias —política y judicial—, pero si le incluyó numerosas modificaciones de redacción y de carácter técnico, como la definición de acto legislativo europeo para incluir el olvido de los convencionales a las iniciativas legislativas de los Estados miembros, o del PE, o las solicitudes de actos del BCE, del BEI y del Tribunal de Justicia. Los trabajos del Grupo IV también desembocaron en un Protocolo *sobre la función de los Parlamentos nacionales en la UE* (Protocolo núm. 1 anexo al Acta Final de la CIG).

En especial, el Protocolo núm. 2 es mencionado en el cuerpo central del Tratado constitucional, en la Parte Primera en los arts. I-11.3 (definición del principio de subsidiariedad y procedimiento de aplicación) y 18.2 (cláusula de flexibilidad). Podría decirse que ambos preceptos y, en buena medida, los dos

⁴ En efecto, la descripción del principio que contiene el art. I-11.3 del Tratado constitucional reitera la redacción del vigente art. 5 TCE y también su Protocolo anexo reproduce los aspectos esenciales del Protocolo vigente desde 1997.

⁵ Declaración de 25-10-1993, DO nº C329, de 6-12-1993.

Protocolos constituyen vasos comunicantes. Claro que a los fines de este trabajo interesa fundamentalmente el relativo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo núm. 2 anexo al Acta Final de la CIG). Este último es el que más ampliamente trata el novedoso mecanismo de *alerta temprana* en relación con las condiciones para el control de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El control de la subsidiariedad tiene una dimensión comunitaria o institucional y otra externa o nacional, que es la que más nos importa a efectos de este trabajo. Esta dimensión nacional del control, a su vez, abre una bifurcación secuencial: primero, un control preventivo de carácter político y, después, un control posterior de naturaleza judicial.

3. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL CONTROL PREVENTIVO DE LA SUBSIDIARIEDAD

El art. 1 del Protocolo (núm. 2) establece la obligación de todas las instituciones comunitarias de garantizar de manera permanente el cumplimiento de estos principios en el proceso decisorio. Lo que por otra parte no es novedoso pues esta forma de actuar viene ya obligada con todo detalle por el vigente Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, añadido al Tratado de Ámsterdam (apartado II Procedimientos).

De entrada, la justificación del respeto a estos principios afecta a toda propuesta de acto legislativo europeo. Esto significa que ya no solo la Comisión –que conserva en lo esencial su derecho de iniciativa legislativa– sino también, cuando la iniciativa normativa corresponda, por estar prevista por el Tratado constitucional, a un grupo de Estados miembros, o al Parlamento Europeo, a la petición del Tribunal de Justicia o del BEI o a las recomendaciones del BCE, y tal iniciativa esté destinada a la adopción de un acto legis-

lativo, todas las Instituciones mencionadas deberán motivar sus propuestas, iniciativas, peticiones o recomendaciones a la luz de tales principios.

Esto no es nuevo. La Comisión es la primera institución que desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993 viene decidiendo sobre la necesidad y el alcance de la intervención de la Comunidad y, por consiguiente, la primera que debe confrontar su acción a la luz de los principios de atribución de competencia, proporcionalidad y subsidiariedad: debe decidir si tiene competencia; si en ese ámbito de competencia compartida, la acción comunitaria es necesaria por la dimensión transnacional del problema y su solución, y si será más eficaz y, en su caso, debe decidir sobre la intensidad de la intervención, es decir, la adecuación de los medios a los objetivos perseguidos (art. 5 TCE). La Comisión viene justificando en la exposición de motivos de cada disposición la pertinencia de su iniciativa con respecto al principio de subsidiariedad y se compromete también a hacer un control global del respeto a dicho principio en todas sus actividades (*Acuerdo interinstitucional de 1993*). Además, la Comisión se comprometió a actuar con más severidad a la hora de rechazar las enmiendas del Consejo y del Parlamento Europeo que sean contrarias al principio de proporcionalidad o compliquen inútilmente la aplicación de las normas. También se ha comprometido la Comisión a analizar las consecuencias financieras o administrativas de sus propuestas y realizar una evaluación de su impacto social, económico y medio ambiental, aludiendo en la exposición de motivos de los actos jurídicos a la influencia que los análisis de impacto hayan ejercido en su propuesta. Esta actuación no se verá alterada por el Tratado constitucional y su Protocolo.

Pero el nuevo Protocolo núm. 2 quiere ser todavía más exigente con la Comisión o quienes inicien un procedimiento legislativo al requerirles mayor precisión en la justificación

de la subsidiariedad⁶. El Protocolo núm. 2 exige que todo proyecto de acto legislativo incluya una ficha con todos los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los mencionados principios, su impacto financiero, y en el caso de una ley marco europea –actual directiva– sus efectos en la normativa interna, nacional y regional, de los Estados (art. 5).

Posteriormente, –y como sucede en la actualidad, de conformidad con el Protocolo de Amsterdam– la Comisión, en su caso el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, el Parlamento Europeo⁷ y el Consejo de Ministros⁸, cada Institución en el papel

⁶ El Protocolo vigente *sobre la aplicación del principio de subsidiariedad* le requiere con carácter general que justifique el respeto a dicho principio en cada propuesta normativa, que aluda al mismo en la exposición de motivos y que en caso de modificación, si afecta al ámbito de intervención comunitaria, justifique dicha modificación respecto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. También en dicho *Protocolo*, los Estados miembros sugirieron que «en igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas. Siempre que se pueda se optará por medidas no vinculantes, como las recomendaciones». En los casos que proceda se inclinará por el uso de códigos de conducta voluntarios; si lo permiten los Tratados, la intervención comunitaria «dará preferencia al fomento de la cooperación entre Estados miembros, a la coordinación de las medidas nacionales o a completarlas, complementarlas o apoyarlas».

⁷ También el Parlamento Europeo está obligado a examinar si la propuesta respeta el principio de subsidiariedad, dado que dicho principio integra la legalidad de todo acto comunitario desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, art. 5 TCE y Reglamento interno del PE. Antes de entrar en el examen específico de una propuesta, cada comisión parlamentaria examina la propuesta a la luz del principio de subsidiariedad y de sus repercusiones financieras. Igualmente, al proponer enmiendas que modifiquen el ámbito de intervención comunitario, deberá justificar el respeto al principio de subsidiariedad –además del de proporcionalidad–. Si el Parlamento Europeo estima que la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad pedirá a la Comisión que introduzca las modificaciones necesarias.

⁸ También en los Tratados vigentes y en su Reglamento interno se prevé que los grupos de trabajo, el Coreper y el Consejo, con la ayuda del Servicio Jurídico del Consejo, deben examinar si el acto que están deba-

que asume (propuesta, consultas, codecisión) en el proceso de toma de decisiones, deberá analizar, por tanto, en todos los actos, sean de competencia compartida o exclusiva, si la acción comunitaria debe ser con el alcance e intensidad propuesto por la Comisión (*examen a la luz del principio de subsidiariedad*) y, en todo caso, que las cargas que imponga, tanto financieras como administrativas, sean reducidas al mínimo y proporcionadas al objetivo que pretenda (*examen a la luz del principio de proporcionalidad*). En los actos de competencia compartida, deberán comprobar si realmente es necesaria la acción de la Comunidad, de modo que los objetivos de la propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente mediante la acción de los Estados miembros. Cada Institución y órgano auxiliar deberá verificar que la futura norma asegurará un margen tan amplio como sea posible a la acción de los Estados miembros, permitiéndoles varias formas alternativas de ejecución y, siempre que sea posible, que las normas comunitarias sean normas mínimas.

4. LA DIMENSIÓN NACIONAL DEL CONTROL PREVENTIVO: LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES (Y REGIONALES) MEDIANTE EL MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA

Ya desde sus primeras sesiones el Grupo I llegó al acuerdo de que la aplicación con éxito del principio debería realizarse primariamente en la esfera política, más que en la judicial.

La novedad posiblemente más importante y trascendente del Título III (*De las competencias de la Unión*) sea el audaz sistema o mecanismo de *alerta temprana* que permite por primera vez en la historia de la integración participar a los Parlamentos nacionales

tiendo respeta el principio de subsidiariedad y si las modificaciones previstas se ajustan a dicho artículo; en sus informes respectivos se describirá el modo en que se ha aplicado dicho art. 5 TCE.

en el proceso decisorio mediante un control previo a la entrada en vigor del acto legislativo y de naturaleza política, como corresponde a un principio de indiscutible naturaleza política como lo es el de subsidiariedad. Posteriormente, también asocia a los Parlamentos nacionales en un control *a posteriori* del principio mediante la ampliación de las condiciones de recurso ante el TJCE.

Los motivos que inspiraron estos mecanismos tuvieron cierto consenso entre los convencionales debido, en primer lugar, a que las prerrogativas legislativas se han visto afectadas y minadas por la atribución a la UE de competencias que son reserva de ley y, en segundo lugar, para tratar de obtener un compromiso democrático de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración⁹. La marginación de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración ha sido creciente y claramente percibida con los años en la misma medida pues en que, por un lado, aumentaban los poderes del Parlamento Europeo y la votación por mayoría cualificada, y, por otro, disminuía la influencia de los Parlamentos nacionales sobre los Gobiernos. El mecanismo de *alerta temprana* va a compensar esa carencia de influencia individual sobre el Gobierno respectivo mediante un mecanismo de participación colectiva.

El mecanismo de *alerta temprana* es también lógicamente la novedad más importante en la que se centrará la participación de los Parlamentos nacionales, e indirectamente de las regiones, en la construcción europea.

4.1. El control preventivo de carácter político

4.1.1. La consulta a los Parlamentos nacionales

Para que ese mecanismo se active en sede nacional es preciso que los Parlamentos

nacionales tengan asegurada una información a tiempo de toda la actividad prelegislativa de la UE.

Por ello, el art. 2 del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales y el art. 4 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo núm. 2) precisan de forma coincidente que la Comisión remitirá *todas* sus propuestas legislativas comunitarias, así como sus propuestas modificadas, a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al «legislador» de la Unión (Consejo y Parlamento Europeo), en concreto a cada Cámara parlamentaria nacional. Por su parte, también el Parlamento Europeo y el Consejo deberán remitir a los Parlamentos nacionales sus iniciativas legislativas así como, respectivamente, sus resoluciones legislativas y posiciones comunes; el Consejo, además, notificará las iniciativas de los Estados miembros y las peticiones o recomendaciones del Tribunal de Justicia, BEI y BCE.

Del análisis del Protocolo núm. 2 se deduce que el alcance del envío de proyecto a los Parlamentos nacionales es bastante amplio¹⁰ (si bien el mecanismo de *alerta temprana* es susceptible de ser activado solo en proyectos relativos a ámbitos de competencia compartida) y comprende en todo caso, «todas» las propuestas legislativas, significa que se debe notificar a los Parlamentos nacionales independientemente de si se trata de proyectos de actos que afecten a competencias exclusivas o compartidas y de su incidencia regional o local;

– solo debe notificarle proyectos de actos *legislativos*: lo que significa que las propuestas normativas de actos *no* legislativos en los que se pudiera haber quebrado el principio de subsidiariedad no pueden ser objeto del con-

⁹ CONV 353/02.

¹⁰ Como muestra de la comunicación fluida es que los órdenes del día y los resultados de las sesiones del Consejo se comunicarán a los Parlamentos nacionales simultáneamente que a los Gobiernos.

trol político de los Parlamentos nacionales, ni del control jurisdiccional posterior y, lo que es más grave, del Comité de las Regiones;

— además, la Institución remitente (en este caso, la Comisión) deberá indicarles si la propuesta legislativa tiene como base jurídica el art. 16 (actual art. 308 TCE)¹¹, conocida como cláusula de imprevisión o de flexibilidad que habilita con unas condiciones estrictas a las Instituciones en caso de insuficiente competencia en los Tratados. En efecto, es importante —dada la desidia y, a veces, la falta de preparación de los parlamentarios nacionales— que la Comisión esté obligada a llamar la atención de los Parlamentos nacionales (y, por tanto, de las regiones) cada vez que utiliza como base de su competencia la cláusula de flexibilidad que permite completar la insuficiente competencia comunitaria y

¹¹ Desde hace tiempo vengo defendiendo que los Parlamentos nacionales no han debido estar al margen de la extensión de las competencias por la vía del art. 308 TCE y que debieran ser consultados previamente sobre las propuestas formuladas con esa base jurídica (en «La Conferencia intergubernamental: el ser o no ser de la Unión Europea en el siglo XXI», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1996, pp. 277-278). En otro trabajo posterior decía «...absolutamente al margen están los Parlamentos nacionales, que ven cómo para extender la competencia comunitaria, que no fue previamente habilitada por los Parlamentos nacionales, se les ignora» («La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», en *Noticias de la UE*, nº 218, marzo 2003, p. 86)

El art. 18 del Tratado constitucional prevé, por fin, la participación de los Parlamentos nacionales y remite al sistema de *alerta temprana* regulado en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Además de este importante progreso, el Consejo también deberá informar a los Parlamentos nacionales del uso de las pasarelas previstas para pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada y del procedimiento legislativo especial al común pudiéndose oponer cualquier Parlamento nacional (art. IV.444.3). Es muy diferente al mecanismo de *alerta temprana* y se basa aquel en la competencia de autorización por parte de los Parlamentos nacionales al Tratado constitucional. Esas pasarelas son revisiones simplificadas cuyo control no deben perder los Parlamentos nacionales al suponer un cambio del Tratado original al que prestan la autorización.

que los Parlamentos nacionales puedan utilizar el mecanismo de *alerta temprana* para controlar estas extensiones de la competencia comunitaria.

El envío de todos esos proyectos de actos legislativos deberá hacerse en el caso de Parlamentos bicamerales a cada una de las Cámaras. Las Instituciones no tienen que enviarlos a las regiones (salvo en la fase de elaboración de las propuestas por la Comisión, en las que ésta deberá proceder a «amplias consultas» y tendrá en cuenta cuando proceda la dimensión regional o local, art. 2 del Protocolo núm. 2)

4.1.2. *El procedimiento interno en los Parlamentos nacionales*

A partir de la transmisión de la propuesta legislativa por la institución remitente (Comisión o Consejo), los Parlamentos nacionales, o toda cámara de estos Parlamentos disponen de seis semanas para emitir sus dictámenes en el caso de que estimen que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad o expresen sus temores en cuanto a su posible transgresión.

Por su parte, el Consejo no podrá debatir un proyecto de acto legislativo hasta que no hayan transcurrido seis semanas desde su envío, salvo casos excepcionales de urgencia¹². Se garantiza así que los Parlamentos nacionales (y, en su caso, regionales) no van a estudiar un proyecto que ya pueda haber sido alterado en la infraestructura del Consejo (comités, Coreper y Consejo mismo). En defi-

¹² Esta condición se regula en el art. 4 del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales. En realidad el plazo es mayor, salvo casos de urgencia, pues establece que un proyecto de acto legislativo no se podrá incluir en el orden del día del Consejo hasta pasadas seis semanas de su envío a los Parlamentos nacionales, y la adopción de una posición por el Consejo será al menos diez días después de su inclusión en el orden del día.

nitiva, no habrá estudio en paralelo ni solapamiento; la toma de posiciones será sucesiva en el tiempo y la infraestructura del Consejo, cuando comience a debatir un proyecto, tendrá ya, si los hubiere, los dictámenes de los Parlamentos nacionales.

Si esta prevención es más que correcta, necesaria para dar la oportunidad a la Comisión de incorporar la posición de las Cámaras parlamentarias, contrasta con la ausencia de una prevención semejante en relación con el Parlamento Europeo. Este puede llegar a adoptar su posición (de apoyo o de enmiendas del acto legislativo) sin conocer la posición de los Parlamentos nacionales. Ahora bien, dado que los Parlamentos nacionales recibirán el proyecto de acto legislativo al tiempo que el Parlamento Europeo y el Consejo, junto con el ajustado plazo de seis semanas para los Parlamentos nacionales para pronunciarse, es más que previsible y probable que cuando comience la primera lectura en el Parlamento Europeo éste ya conozca la postura de los Parlamentos nacionales sobre el respeto al principio de subsidiariedad. Pero no queda garantizada la posibilidad, si bien es cierto que lo importante es que la Comisión pueda hacerla suya antes de que el Consejo haya decidido en primera lectura (o el Consejo la haga suya directamente, votando por unanimidad los veinticinco Estados al tratarse de una enmienda a la propuesta de la Comisión).

Por otra parte, es decisión de cada Parlamento nacional consultar a los *Parlamentos regionales* que posean competencias legislativas dentro de ese mismo plazo.

Son seis semanas para su estudio y debate desde la perspectiva del ejercicio que hace la UE de las competencias que son compartidas; si estiman que el proyecto europeo va más allá de la competencia comunitaria, entonces la o las cámaras parlamentarias redactarán y enviarán un *dictamen*. Ese mismo itinerario y en ese mismo plazo deberán recorrer los Parlamentos regionales, si fueran consultados.

Obviamente estas innovaciones exigirán en cada país regular ese procedimiento. Cada Cámara tendrá que reformar, por ejemplo, su Reglamento interno para fijar el itinerario y plazos internos, así como decidir si se consulta y cómo a los Parlamentos regionales. Es cierto que el Tratado no obliga a esa consulta, pero también dice que cuando proceda y no sería congruente en un Estado fundado en Comunidades Autónomas eludir tal consulta. Dicho de otro modo, procede la consulta si las regiones tienen competencias legislativas. Es bien obvio que en España tienen reconocidas esas competencias legislativas todas las CCAA.

Además, habrá que decidir en esa reforma del Reglamento interno (o, eventualmente, en una ley que regulara la totalidad de los efectos que provoca el control de la subsidiariedad) los *efectos* que las posiciones de los Parlamentos regionales tengan sobre la del Parlamento nacional: si condiciona a las dos Cámaras o sólo a la Cámara Alta (Senado) una mayoría de dictámenes regionales adversos, o si se ponderan esos dictámenes, o si ambas Cámaras mantienen una apreciación discrecional.... En esta fase nacional hay un cierto espacio para regular la descentralización de los procedimientos de análisis de los proyectos comunitarios y de emisión, en su caso, de los dictámenes.

Como dice Pérez Medina, en esa fase sobre todo se requiere mucha *celeridad* en la actuación de los Parlamentos nacionales y regionales, que cuentan con un plazo muy limitado, de seis semanas, sobre todo si se han de tener en cuenta las opiniones de los Parlamentos regionales, que aún habrán de intervenir con mayor diligencia, para incorporar su posición en el Dictamen definitivo a enviar a la Institución remitente¹³.

¹³ J. M^a PÉREZ MEDINA, «Tratamiento de la cuestión regional en el Proyecto de Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, 2004-4, www.iustel.com

Si el Parlamento monocameral o cualquiera de las Cámaras en los bicamerales estima *correcto* el uso del ejercicio de las competencias por la UE, *no deben emitir ni enviar dictamen alguno*; en este caso no debe entenderse que se ha producido una *autorización*.

Por el contrario, en el caso de que se emita dictamen o dictamen del Parlamento nacional por entender que hay un incumplimiento no es tampoco una *desautorización o veto*.

4.1.3. *Activación del mecanismo de alerta temprana: el dictamen de los Parlamentos nacionales*

Si una Cámara parlamentaria estima que el proyecto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad y, por tanto, la medida normativa no responde a un criterio de necesidad, a un problema transnacional o no da una solución común más eficaz, entonces puede emitir un dictamen.

El objeto del dictamen se centrará en el respeto del principio de subsidiariedad y no en otros aspectos formales o materiales o de contenido de la propuesta. Su análisis se limita a la perspectiva del ejercicio que hace la Unión de las competencias que no son exclusivas. La tarea que tendrán las Cámaras no va a ser fácil dado que los criterios que informan dicho principio son muy difíciles de precisar o de objetivar; intervienen muchos aspectos técnicos y de oportunidad y las perspectivas pueden variar de un país a otro: ¿cómo probar que la medida en cuestión podría adoptarse mejor internamente o en el ámbito europeo?. Buena prueba de ellos es que en los escasos litigios en los que se ha invocado la violación del principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia se ha limitado a comprobar que el preámbulo de la norma impugnada justificaba de algún modo el acto en cuestión y con afirmaciones generales¹⁴.

¹⁴ TJCE, sentencias de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo*, as. C-377/98. 10-12-2002,

La respuesta a esta pregunta ¿respeto el principio de subsidiariedad?, depende en sí misma de un concepto indeterminado que no precisa los criterios a emplear.

Es interesante recordar también que el dictamen negativo debe ser *motivado*: lo que significa que se deberá argumentar con precisión en que medida el problema-solución de la propuesta legislativa no debe ser asumido por la UE, ni es un problema transnacional ni la UE es más eficaz. El Parlamento, las Cámaras, no pueden emitir un dictamen negativo simplemente porque no comparten el contenido normativo o por motivos jurídicos propios de la nulidad del acto (violación de normas superiores, incompetencia, formas sustanciales o desviación de poderes). La motivación, formalmente, solo se puede centrar en el incumplimiento del principio de subsidiariedad y no de otros principios o de normas de los Tratados. Pero creo que se debe hacer una *lectura flexible* sobre el contenido del Dictamen de la Cámara, si lo hubiere.

En efecto, cabe que el Dictamen de una Cámara parlamentaria no se limite a razonar desde la perspectiva sutil de la subsidiariedad. Algún autor se ha preguntado qué sucederá si el Dictamen de un Parlamento nacional se extiende o más bien se *centra* en otros aspectos como la base jurídica, el principio de proporcionalidad, o las opciones o el contenido sustantivo de la norma; este tipo de dictámenes *ultra vires* presumiblemente terminarán en el TJCE¹⁵. ¿Cuenta ese dictamen para el tercio de dictámenes negativos que obligan al reexamen de la Comisión?

Ahora bien, siendo lo anterior correcto en términos formales, no se debe ser demasiado ingenuo. No creo que los Parlamentos nacio-

British American Tobacco e Imperial Tobacco, C-491/01, fund. 180-182; 22-5-2003, *Comisión c. Alemania*, C-103/01, fund. 47.

¹⁵ M. DOUGAN: «The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?», *European Law Review* 2003, 28, p. 767.

nales se limiten al aspecto casi inaprensible de la subsidiariedad, pero aunque se sobrepasen esos límites formales los efectos internos pueden ser positivos y demostrará el interés de las Cámaras por la construcción europea. Como señala Davies el análisis más allá del supuesto punto central de la subsidiariedad permitirá generar un consenso en torno al proceso de construcción europea¹⁶. Sin duda, un debate y un interés también.

También cabe prever que en un Parlamento bicameral cada Cámara adopte posiciones distintas en el sentido de que una Cámara estime que la propuesta europea respeta el principio de subsidiariedad y la otra estime que lo incumple. Será un solo voto a unir a los restantes que lleguen. Es verdad que esta actitud puede debilitar políticamente la posición de la Cámara ante la Comisión, el Parlamento Europeo y la opinión pública y en todo caso se neutraliza cierta capacidad de influencia al haber un Informe (voto) negativo y el otro ser positivo; pero si sucediese la divergencia de opinión se puede entender debido a la diversa percepción que tienen los miembros de una Cámara Baja y una Cámara Alta, y también por las distintas mayorías que conformen cada Cámara.

El texto del Protocolo es, en mi opinión, claro en el sentido de que cada Cámara nacional emite su voto por sí misma, independientemente de la posición divergente de la otra Cámara. El artículo 7 del Protocolo precisa que cada Cámara de un sistema bicameral dispondrá de un voto. Que en la norma interna de aplicación de este procedimiento (los Reglamentos de las Cámaras) se prevea un debate previo y acercamiento de posiciones a través, por ejemplo, de la Comisión Mixta Congreso-Senado parece razonable aunque no necesario; si las divergencias persisten, cada Cámara adoptará la posición que en conciencia y en su opinión estime adecuada.

¹⁶ G. DAVIES: «The post-Laeken division of competences», *European Law Review* 2003, 28, p. 69?.

El Protocolo les garantiza un voto individual a cada Cámara parlamentaria.

4.1.4. *Efecto del dictamen para la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo*

Emitir un dictamen por parte de un Parlamento nacional sobre el respeto del principio de subsidiariedad implica ya en sí mismo un desacuerdo por parte de una Cámara parlamentaria sobre cómo se ha aplicado dicho principio. Si no hay reproche, no se debe emitir dictamen.

Cada Parlamento nacional dispone de dos votos: luego, en la UE de 25 Estados miembros, los votos parlamentarios suman un total de 50. Cuando un Parlamento monocameral emite un dictamen —expresa su desacuerdo—, ese dictamen vale dos votos. En los bicamerales cada Cámara puede expresar su opinión separadamente y si emiten un dictamen éste vale un voto por cada Cámara que lo apruebe. El hecho de que los sistemas monocamerales tengan dos votos se debe al principio de igualdad y de respeto a cada sistema constitucional nacional.

Para que se active el mecanismo de alerta en las instituciones de la UE el número de votos parlamentarios contrarios a la propuesta que se han de recibir debe ser al menos de un tercio del total¹⁷; luego, se precisan al menos 17 votos (pueden ser menos dictámenes negativos que votos pues el dictamen negativo de los monocamerales vale dos votos).

El dictamen de las Cámaras nacionales se envía a la Comisión, al PE y al Consejo (éste, si procede, se lo enviará al grupo de Estados miembros que hiciera la iniciativa, o al BCE,

¹⁷ Durante la Convención se llegó a proponer un segundo umbral de dos tercios, que de alcanzarse tendría importantes consecuencias en cuanto a la paralización del procedimiento legislativo, pero no tuvo acogida en el Praesidium; CONV 610/1/03 Rev. 1 de 16 de marzo de 2003.

BEI o al Tribunal de Justicia, si la solicitud de actos procediera de éstos). El Parlamento Europeo, el Consejo, en su caso el grupo de Estados miembros, el BEI, el BCE o el Tribunal de Justicia y, en especial, la Comisión deberán tener en cuenta los dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales sobre la conformidad con el principio de subsidiariedad: en el caso de que un tercio respecto del total de los votos atribuidos (una cuarta parte de los votos si la propuesta legislativa corresponde al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, art. III-165) estimen que no se respeta el principio de subsidiariedad, la Comisión (o el grupo de Estados miembros, el BEI, el BCE, o el Tribunal de Justicia, si el proyecto de acto tuviere su origen en ellos) deberán volver a reexaminar su proyecto.

No supone paralización ni suspensión: es una fuerte llamada de atención a la Comisión (y también al Consejo y al PE) y a los que tuvieron la iniciativa del proyecto. Como dice con gracia cierto autor, un dictamen no es una tarjeta amarilla, pero 17 pueden tener el efecto de la tarjeta roja¹⁸.

Tras su nuevo estudio la Comisión, o los que tuvieron la iniciativa del proyecto, decidirán libremente mantener, modificar o retirar el proyecto motivando su decisión: no están obligados a revisar ni a retirar su proyecto, pero al menos deberán dar las razones por las que mantienen su iniciativa o, en su caso, de la revisión o retirada de su proyecto; en definitiva, deberán explicarse cualquiera que sea su decisión.

Centrándonos en la Comisión, en todo caso, el respeto a la discrecionalidad de la Comisión en la elaboración y redacción de su propuesta –presupuesto del equilibrio institucional–, llevó a los convencionales y a la CIG a no conferir a los Parlamentos naciona-

les derecho de veto o suspensión sobre la propuesta. Haber conferido un derecho de veto a los Parlamentos nacionales hubiera supuesto reconocerles la posición central en el sistema institucional minando la dinámica institucional.

Por ello, sin reconocerles derecho de veto ni suspensión, se decidieron por insertar este procedimiento en un estadio muy temprano del procedimiento decisorio para facilitar la permeabilidad de las opiniones de los Parlamentos nacionales antes del término de la primera lectura del procedimiento legislativo. En efecto, lo que importa es que pueda ser tenido en cuenta por la propia Comisión y que ésta pueda modificar su propuesta y no complicar el procedimiento decisorio si se incluía en la fase del Consejo, en el que las sugerencias o advertencias de los Parlamentos nacionales complicarían el mismo al tener que obligar al Consejo a votar por unanimidad si quiere hacerse eco de los dictámenes parlamentarios nacionales¹⁹.

Como los dictámenes, si los hubiere, llegarían en la primera lectura, el Parlamento Europeo y el Consejo también pueden tenerlos en cuenta y en su caso hacerlos suyos si la Comisión no los hubiere incorporado, aunque para el Consejo aceptarlo (por su iniciativa o a propuesta de modificación del PE) le obliga a votar por unanimidad. Claro que si tienen que recurrir al Comité de Conciliación –si la posición de los Parlamentos nacionales hubiese sido incorporada a las enmiendas del PE y el Consejo no las aceptase todas– entonces es otra oportunidad para los dictámenes de los Parlamentos nacionales pues el Consejo vota en la fase de conciliación por mayoría cualificada.

¹⁸ P. BIRKINSHAW: «A constitution for EU? A letter from home», *EPL* 2004 vol 10-1, p. 73.

¹⁹ En este sentido J. KOKOT y A. RÜTT: «The European Convention and its draft treaty establishing a constitution for Europe: appropriate answers to the Laeken questions?», *CMLRev.* 2003, p.1335.

4.1.5. *Los efectos indirectos de los dictámenes de los Parlamentos nacionales*

Pudiera parecer que la llamada de atención o reexamen es un magro dividendo para este mecanismo de *alerta temprana*. No creo que haya que buscar tanto un efecto directo al dictamen (siempre negativo) de un Parlamento nacional. Los efectos indirectos pueden ser más importantes y prácticos.

Políticamente se puede originar una notable tensión o al menos una nueva dinámica política, por lo que es previsible que este mecanismo de *alerta temprana* ponga en manos de los Parlamentos nacionales una capacidad de influencia importante.

Como señala algún autor, gracias a este mecanismo cada propuesta legislativa de la UE será un asunto de política nacional e independientemente de la cuestión de la subsidiariedad lo que se preguntarán los Parlamentos nacionales, es si aceptan esa propuesta o no. Además, dinamizarán el control sobre los gobiernos nacionales allí donde no lo hay o funciona de forma insatisfactoria. Si el Parlamento o una Cámara emitió dictamen se agudizará el control sobre la posición del Ministro en el Consejo: ya no será tan fácil ocultarse bajo la excusa de la transacción o de la ausencia de votación o en la ambigüedad del consenso en el Consejo de Ministros²⁰. Será más difícil en esos casos el consenso en el Consejo ante la presión de los Parlamentos nacionales.

También exigirá de los Parlamentos nacionales responsabilidad y cierta dedicación y coherencia con los compromisos comunitarios. No es ocasión para poner todo en tela de juicio o para desmontar el andamiaje comunitario. Deben utilizar la *alerta temprana* responsablemente pero sin sumisión ni indiferencia. En un futuro se hará más evidente

todavía la diferencia entre Parlamentos laboriosos y compenetrados (críticamente en varios casos) con la integración como son la mayoría de los Parlamentos de los EEMM y la anodina e ignorante indiferencia prodigada por la Comisión Mixta Congreso-Senado de las Cortes Generales en todas las legislaturas.

5. LAS REGIONES Y EL MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA

La participación directa de las regiones en el control de la subsidiariedad está confiada fundamentalmente a su presencia en las segundas cámaras o Senados. Es verdad que el Protocolo endosa al derecho y prácticas nacionales («cuando proceda») la participación directa de los Parlamentos regionales, pero en el caso de que éstos sean consultados no son titulares del voto, que corresponde inequívocamente a cada Cámara de los Parlamentos bicamerales. Luego, la capacidad de influencia que representa el voto dado a cada Cámara, significa que las regiones deben tener puesta toda su esperanza en el Senado, que es por definición *normalmente* la Cámara regional.

En ese entendido los convencionales articulan la participación de las regiones en el control preventivo del respeto del principio de subsidiariedad de una forma colectiva o institucional en el marco del Estado miembro²¹. Obviamente, el debate y la toma de posición, ya sea de las Cámaras nacionales como de las autonómicas, solo se debe centrar y redactar, como he señalado anteriormente, en torno al respeto del principio de subsidiariedad o conveniencia de la acción en el nivel comunitario y no en el contenido de las propuestas.

²¹ Sin perjuicio de no hurtarles un debate y posición propia a cada parlamento regional particular en la previa consulta que pueda hacer la Comisión cuando elabore su propuesta.

²⁰ G. DAVIES: *loc. cit.*, p. 696.

La clave, en el espíritu y en la letra del Protocolo, está en el dictamen de las Cámaras nacionales pues la casi totalidad de los Estados miembros tienen Parlamentos bicamerales y en todos los Estados de estructura compleja, el Senado se compone, mediante diversas modalidades, de representantes de las regiones. También es cierto que el Grupo I hizo propuestas que pudieran resultar «eficaces independientemente de la arquitectura propia de cada Estado miembro» y esforzándose en «evitar, al mismo tiempo, que interfirieran con posibles debates institucionales nacionales»²².

Pero es inevitable que en España las Comunidades Autónomas miren desoladas al Senado y vean cómo las previsiones del Protocolo de encauzar la participación colegiada de las regiones en los Estados complejos a través de la *segunda Cámara* se diluyen en un Senado amorfo y falto de legitimidad regional como el español²³. Y el mecanismo de *alerta temprana* es todo (y es mucho) lo que ofrece el Tratado constitucional a las regiones para el control preventivo del respeto al principio de subsidiariedad, por lo que es de esperar que algunas regiones españolas no se conformen dócilmente con seguir soportando un Senado que les impide ejercer un papel tan activo en materia de subsidiariedad como el que les asigna a través de las Cámaras parlamentarias el Protocolo para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad anexo al Tratado constitucional (el mecanismo de *alerta temprana*).

²² CONV 286/02, p. 2.

²³ Refiriéndose a la alerta previa, ANTONI ROIG dice que «el mejor uso de esta posibilidad por parte de las Comunidades Autónomas sólo se conseguiría con una auténtica representación regional a través del Senado. Sin ésta, será otra posibilidad de participación regional truncada por una falta de capacidad de incidencia regional en el proceso de adopción de la postura nacional» «La Convención sobre el futuro de Europa y las regiones», *BEUR*, nº 11, abril, 2003, p. 60.

Aún en el supuesto de que el Senado español remitiera a los Parlamentos autonómicos las propuestas legislativas comunitarias y esperase a tener su opinión para formarse la propia para decidir si se envía un dictamen a la Comisión o al Consejo, no parece suficiente ni influyente la participación de las regiones, salvo que el Senado se comprometiese a emitir un dictamen relativo al incumplimiento del principio de subsidiariedad si la mitad de los Parlamentos autonómicos así lo estiman. Pero este compromiso no es fácil de articular jurídicamente dada la conformación del Senado español: los senadores tienen un voto personal, son elegidos en y por las provincias, y solo una minoría es elegida por los Parlamentos regionales.

6. EL CONTROL *EX POST* DE CARÁCTER JURISDICCIONAL

El control jurisdiccional del respeto del principio de subsidiariedad es *a posteriori*, una vez adoptado el acto legislativo europeo, y tiene también dos opciones o posibilidades, una institucional y otra nacional. La que más interesa es esta última, pero al menos haremos unas consideraciones generales sobre la novedad del nuevo control jurisdiccional institucional puesto en manos del Comité de las Regiones (CdR).

6.1. Dimensión institucional: control jurisdiccional activado por el Comité de las Regiones

El art. III-365.3 reconoce parcialmente una antigua aspiración del CdR, la de gozar de legitimación activa ante el Tribunal de Justicia. Es parcial pues no le reconoce legitimación activa con carácter general (o demandante privilegiado) pero si le iguala al BCE y al Tribunal de Cuentas en la defensa de sus prerrogativas en el marco del proceso de nulidad y limitado a los proyectos de acto en que se requiera ser consultado el CdR.

Y además el art. 8 del Protocolo núm. 2 precisa que de conformidad con aquel precepto (art. III-365.3) también podrá interponer recursos el CdR por incumplimiento del principio de subsidiariedad. Son dos preceptos ligados pero de alcance distinto. Mientras que el art. III-365.3 le da el acceso –limitado– al Tribunal en defensa de sus facultades en el proceso de decisión, aquí le faculta en relación con los actos en que fue consultado a controlar el modo de ejercicio de la competencia.

Este recurso está limitado a los actos legislativos, lo que significa que las propuestas de actos de naturaleza ejecutiva en las que se pudiera quebrar ese principio no pueden ser objeto de recurso interpuesto por el CdR.

Esta novedad que aportará el Tratado constitucional es muy positiva. La intervención del CdR puede suplir la falta de actividad de los Parlamentos nacionales, e incluso en algunos casos puede actuar con mayor agilidad en la defensa de los intereses regionales. Para las regiones, según Pérez Medina, tiene la virtud de ser una segunda instancia en la que se pueda eludir el posible «freno estatal», y así puede convertirse en una forma de control de los ejecutivos nacionales, normalmente con mejor disposición a aceptar o acomodarse a las iniciativas de la Comisión²⁴.

6.2. La dimensión nacional del control jurisdiccional y la participación de los Parlamentos nacionales

El Protocolo, en su art. 8, prevé que se podrán interponer recursos de nulidad (de conformidad con el procedimiento previsto en el art. III-365 del Tratado constitucional) presentados por los Estados miembros o transmitidos por éstos de conformidad con su orde-

namiento interno en nombre de sus Cámaras parlamentarias.

Cabe anotar que esta nueva oportunidad para los Parlamentos nacionales remite de nuevo al derecho nacional en el sentido de que su instrumentación y puesta en práctica depende del derecho nacional; ese art. 8 es una *previsión* que necesita ser desarrollada en el derecho interno.

Esta nueva remisión al derecho interno, ahora en el control *ex post* del acto legislativo europeo y de naturaleza jurisdiccional, significa que los procedimientos de participación de nuevo se descentralizan y estos mecanismos exigirán unas normas y se desarrollará una dinámica política en torno a las relaciones Gobierno-Parlamentos nacionales en este punto. A ello habrá que sumar la necesidad de desarrollar internamente las relaciones Cortes-Parlamentos regionales. Será otro punto de mira para observar las transformaciones que la UE provoca en la dinámica constitucional y política de sus EEMM.

Ahora los Parlamentos nacionales e, indirectamente, dada la composición de las segundas Cámaras o Senados en *otros* EEMM que no sean España, las regiones de *otros* Estados miembros tienen la oportunidad de disponer indirectamente del control jurisdiccional para resolver la controversia en caso de incumplimiento del principio de subsidiariedad, completando así, mediante el control político previo y el posterior jurisdiccional, su participación más decisiva en los asuntos comunitarios.

España no tendrá las mismas oportunidades mientras no haya una reforma adecuada de la naturaleza del Senado confiriendo a éste la representatividad de las regiones.

Conviene hacer notar que el art. 8 del Protocolo relativo al control jurisdiccional de la subsidiariedad no menciona expresamente a los Parlamentos regionales, a diferencia del mecanismo de *alerta temprana* o político que

²⁴ *Loc. cit.*, ap. 3.3. Añade este autor que el recurso por quiebra de la subsidiariedad va a traer inevitables problemas debido a que las competencias de las regiones en cada Estado miembro es diferente (ap. 8.3).

lo abre a los Parlamentos regionales si esa es la voluntad de los Parlamentos nacionales. Claro que hay una diferencia importante entre la posición de los Parlamentos nacionales y la de los Parlamentos regionales, lo que justifica la mención expresa a la petición por los Parlamentos nacionales; sólo éstos defienden intereses generales y sólo éstos autorizan los Tratados comunitarios en los que se expresa el reparto de competencias y el modo de ejercicio por las Instituciones europeas²⁵. Pero internamente no hay obstáculo para que las regiones puedan solicitar del Estado miembro, sin esperar al Tratado constitucional, la interposición de un recurso de nulidad por todos los motivos previstos en el vigente art. 230 TCE (futuro art. III-265); baste recordar los Acuerdos en Austria o España relativos a la participación de las regiones en los procedimientos precontenciosos de la Comisión y los procedimientos ante el Tribunal de Justicia²⁶.

²⁵ En materia de control de la legalidad comunitaria (principio de subsidiariedad) en el marco del proceso de nulidad no se puede negar a los Parlamentos nacionales el rol de guardianes objetivos de los Tratados en la misma situación que los Gobiernos nacionales: un Parlamento nacional o cualquiera de sus Cámaras, al igual que las Instituciones comunitarias y los Gobiernos nacionales, defienden intereses generales y públicos, y además la atribución del ejercicio de derechos soberanos les concierne tanto o más que a los Gobiernos nacionales. Hace tiempo que venía defendiendo la opción de alguna forma de legitimación activa de los Parlamentos nacionales, «La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», en *Noticias de la UE*, nº 218, marzo 2003, p. 87.

²⁶ El Acuerdo de 11-12-1997 (BOE de 2 de abril de 1998) tiene por objeto que el Estado asuma discrecionalmente el deseo de una Comunidad Autónoma de impugnar una norma comunitaria (recurso de nulidad) o de interponer un recurso por inacción de una Institución comunitaria o un recurso contra un Estado miembro y, en general, la colaboración mutua para toda suerte de procedimientos judiciales. Este acuerdo posiblemente sea renovado y precisado en el marco de las relaciones más estrechas que el nuevo Gobierno español trata de tender con las CCAA a partir de 2004 (en especial a raíz de la Conferencia de Presidentes de las CCAA).

De nuevo, el Tratado constitucional puede ser un revulsivo para desempolvar una vieja aspiración de las regiones, el *ius standi* y ofrecerles una vía *indirecta* a través de la Cámara de representación regional (además, de la del Comité de las Regiones a la que antes me referí).

La solución en el Tratado es inteligente pues no reconoce a las regiones un *ius standi* individualizado y descontrolado que provocaría desequilibrios en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia y en los mismos sistemas constitucionales internos. Pero acepta que, dejando a salvo la formalidad de la presentación formal del recurso por el Estado miembro, se decida internamente su interposición por los Parlamentos nacionales si desean someter ante el TJCE aquella norma legislativa que estimen no respeta debidamente el principio de subsidiariedad.

Los convencionales y la CIG'04 han dejado en el tejado interno la decisión y el procedimiento sobre la interposición del recurso jurisdiccional: de conformidad con el derecho interno, una Cámara parlamentaria podrá decidir que se recurra un acto legislativo comunitario y el recurso será presentado a través del Estado (el Gobierno) que lo *transmitirá* en nombre de su Parlamento o de una Cámara del mismo ante el TJCE.

Hay que señalar que la posibilidad de interponer recurso no está condicionada a haber emitido dictamen la Cámara parlamentaria (y por tanto pudo no haberse opuesto al mismo en la fase de elaboración o no tener mayoría suficiente en aquel momento) ni con el contenido del dictamen presentado por la Cámara parlamentaria.

El Grupo I sobre Subsidiariedad recomendó en su dictamen final que solo se permitiera el recurso presentado por los Parlamentos o Cámaras que hubieran emitido un dictamen (obviamente negativo) para desencadenar el mecanismo de alerta rápida: a su entender, solo el fracaso del recurso político, daría legitimidad para el recurso judicial. Por

el contrario, el Grupo IV sobre el cometido de los Parlamentos nacionales desvinculaba la opción del control jurisdiccional de la previa de carácter político (el mecanismo de *alerta temprana*)²⁷.

También el Praesidium de la Convención se planteó en algún momento una reflexión complementaria sobre «la necesidad de establecer un vínculo entre la puesta en marcha del mecanismo de alerta rápida y el derecho de recurrir al Tribunal» pero desechó la posibilidad de ese condicionamiento²⁸.

Ninguna de esas posiciones que condicionaban la vía jurisdiccional al método político fue recogida en el texto finalmente aprobado por la Convención y también fue descartado por los propios EEMM en el seno de la CIG'04. Se debe entender, pues, que se puede acordar por una Cámara solicitar del Gobierno que presente un recurso tanto en el caso de que no se hayan tenido en cuenta los informes parlamentarios negativos y persista en la idea de que la norma de la UE viola el principio de subsidiariedad, como en el supuesto de no haber emitido dictamen por parte de esa Cámara (incluso habiendo disenso entre las dos Cámaras) o de un Parlamento monocameral.

6.3. ¿La decisión de una Cámara parlamentaria obliga al Gobierno?

Lo más importante en esta materia es preguntarse por el *valor añadido* por el Protocolo: es evidente que el Protocolo no prevé un recurso directo de un Parlamento nacional, éstos no han sido dotados directamente de legitimación activa ante el Tribunal de Justicia.

El precepto que establece quiénes son los legitimados para personarse ante el Tribunal

de Justicia y presentar un recurso de nulidad figuran en el art. III.365 y entre ellos no se menciona a los Parlamentos nacionales. Pero veamos cómo se llega a la redacción final del Protocolo para ver las consecuencias en la influencia y condicionalidad para los Gobiernos del acuerdo de las Cámaras parlamentarias.

En los Grupos I y IV, como se ha dicho, en sus respectivos informes finales proponían la legitimación activa directa para los Parlamentos nacionales²⁹; en el pleno de la Convención esa propuesta pasó por varias vicisitudes: primeramente el Praesidium rechazó la legitimación directa que proponían ambos Grupos, y se limitaba a aceptar la interposición del recurso por los Gobiernos, «a instancia si procede de sus Parlamentos nacionales y de acuerdo con sus respectivos ordenamientos constitucionales»³⁰.

De esta redacción se desprendía que era una mera solicitud y que no vinculaba a los Gobiernos ni fundaba un derecho o facultad para los Parlamentos nacionales en el propio Derecho de la UE. Esa redacción dio lugar a discusión y a una nueva redacción tratando de equilibrar las enfrentadas posturas entre quienes defendían la legitimación directa de los Parlamentos nacionales y quienes no querían modificar el estatuto exclusivo de los Gobiernos. La redacción de compromiso llevó a mantener la legitimación formal del Gobierno («interpuestos» por los EEMM) tanto si el Gobierno decide interponerlo por su propia iniciativa, como si lo interpone a instancia de los Parlamentos nacionales; luego prospera que, sin legitimación directa de los Parlamentos nacionales, pero si el parlamento nacional lo decide, el recurso será «transmitido» por el Gobierno.

La decisión la toma el Parlamento nacional y el Gobierno la ejecuta, presentando el recur-

²⁷ Documento CONV 286/02, p. 7 (Informe final del Grupo de Trabajo I). Documento CONV 353/02, apart. 25 (Informe final del Grupo de Trabajo IV).

²⁸ Documento CONV 579/03, de 27 de febrero de 2003, p. 3.

²⁹ CONV 286/03, pp. 7-8.

³⁰ CONV 579/03, art. 8 de Proyecto.

so. De su evolución y de la redacción final se deduce que es un *acto debido o ligado*. El Praesidium adoptó un texto que no experimentó variaciones en el texto final adoptado por la CGI'04. Por ello, entiendo que los Gobiernos asumen la intermediación y el propio Praesidium lo explica de forma clara: «El Praesidium propone quedarse con una fórmula que pretende ser equilibrada y que, aún concediendo a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros el derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento del principio de subsidiariedad, deja al ordenamiento jurídico de los Estados miembros determinar cómo se hace uso de ese derecho, incluso a concedérselo a cada una de las Cámaras de los Parlamentos nacionales»³¹.

Ahora bien, si el art. 8 del Protocolo dice simplemente que los EEMM podrán interponer un recurso de nulidad por incumplimiento del principio de subsidiariedad, entonces no es una habilitación distinta de la tradicional como demandantes privilegiados ya reconocida en el art. 230 TCE (art. III-270 en el Proyecto) y sería una gratuita repetición de la facultad que reciben los Gobiernos del art. III-365. Con razón algunos convencionales hicieron notar que el vigente art. 230 TCE ya autoriza a los EEMM a interponer recurso por violación del principio de subsidiariedad, incluso si así lo desean a instancia de su Parlamento nacional³².

³¹ CONV 724/03, anexo 2, pp. 147 ss.

³² Documento de 13 de marzo de 2003, CONV/610/1/03 rev 1, p. 7. Hoy nada obsta que la decisión gubernamental de interponer un recurso ante el TJCE venga motivada por una petición de las CCAA (caso de España según el Acuerdo de 1999) o de los Länder como prevé un acuerdo entre éstos y el Estado austriaco, o a petición de un Parlamento nacional.

La apertura del recurso jurisdiccional a los Parlamentos nacionales por violación del principio de subsidiariedad, en especial en caso de actos *ultra vires* fundados en la cláusula de imprevisión del art. 308 TCE (art. 17 del Tratado constitucional) presiona sobre aquellos Estados cuyo Gobierno hace un uso monopolístico de las vías del recurso jurisdiccional ante el TJCE para que acepten que en materia de subsidiariedad (en especial, cuando

Esa frase del Protocolo («transmitidos por éste...en nombre de su Parlamento nacional...») no es meramente *reiterativa* o *recordatoria* de la facultad reconocida a los EEMM de velar por el principio mencionado mediante el recurso de nulidad; es una vía *específica* de recurso reconocida a los Gobiernos y distinta de la que ya poseen³³.

Algunos autores lamentan que la Convención no haya reconocido a los Parlamentos nacionales la presentación de la demanda en su propio nombre³⁴ pues el «*desvío*» elegido a través de los EEMM no garantiza suficientemente su acceso en el caso de que el Gobierno hubiera votado a favor de la norma en el Consejo.

Es de esperar que en el desarrollo interno en España no se desnaturalice el espíritu y voluntad concordante de la Convención y de la CIG'04 y se reconozca la obligación del Gobierno de tramitar el recurso de nulidad que puedan solicitar las Cortes o cualquiera de sus Cámaras. Parece previsible que se reconozca al Parlamento español esa vía indirecta automática, ya que varios miembros de la delegación socialista en la Convención (Borrel, López Garrido y Carnero, —claro que entonces su partido estaba en la oposición—) propusieron y defendieron ardientemente durante la Convención el derecho de recurso directo de los Parlamentos y de las regiones ante el TJCE³⁵.

No creo que el art. 8 sea una previsión meramente facultativa en el sentido de que

la base jurídica es la cláusula de flexibilidad) se comparta la decisión de iniciar el recurso jurisdiccional. Ni los Parlamentos nacionales ni las regiones han tenido esa capacidad, salvo en algunos Estados miembros (Alemania y Austria) en los que los acuerdos internos han facilitado la utilización compartida.

³³ Entre otros, K. LENAERTS; J.-M. BINON; P. VAN NUFFEL: «L'Union européenne en quête d'une Constitution: bilan des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe», *Journal des Tribunaux*, diciembre 2003, nº 104, p. 292.

³⁴ J. KOKOT y A. RÜTH: *Loc. cit.*, p. 1335.

³⁵ CONV 610/1/03, Rev 1, de 13-3-2003.

un Estado pudiera negarse a la solicitud de su Parlamento nacional o establecer que tal solicitud no genere una obligación del Gobierno o incluso a estimar que ni tan siquiera tiene que permitirle tal iniciativa. En mi opinión, se trata de un acto debido, y no de una mera facultad de gobierno o acto discrecional. El art. 8 genera un automatismo entre la petición parlamentaria y la interposición por el Gobierno sin discrecionalidad por parte de éste: el Protocolo *diferencia* entre

- el recurso que interpone un Estado miembro (por sí, por su propia decisión adoptada por el Gobierno) y
- los recursos «transmitidos por éstos de conformidad con su ordenamiento jurídico» y lo hace el Gobierno «en nombre de su Parlamento nacional o de una Cámara del mismo» (cursiva añadida).

En mi opinión, del art. 8 del Protocolo se deduce una facultad fundada por el Derecho de la UE a favor de los Parlamentos nacionales. En las explicaciones de ese apartado por el Praesidium se confirma que se concede a los Parlamentos nacionales un derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia aunque «deja al ordenamiento jurídico de los Estados miembros determinar cómo se hace uso de ese derecho»³⁶. Cada Estado regulará esa facultad parlamentaria; y el Gobierno formaliza la presentación del recurso sin opción política o discrecional. La hipótesis de la «rebeldía» del Gobierno y su control jurisdiccional deberá preverse en el procedimiento interno de articulación de esta facultad parlamentaria y posiblemente la vía de control sería el conflicto negativo de competencias ante el Tribunal Constitucional español.

La vía judicial puede tener mucho interés en esos casos siempre que el Gobierno no tenga una mayoría parlamentaria absoluta, pues si el Gobierno vota a favor en el Consejo

y el Parlamento estima que la norma adoptada viola el principio de subsidiariedad, en el caso de que el Parlamento tenga conciencia de su papel y de su independencia podría estar irritado con esa actitud y controlar al Gobierno en sede judicial comunitaria.

La inclusión de ese art. 8 del Protocolo con esa redacción tiene la finalidad de *abrir* el recurso de nulidad a los Parlamentos nacionales (a cualquiera de sus Cámaras) remitiendo simultáneamente al derecho nacional para articular esa decisión de las Cámaras nacionales. La remisión al derecho nacional se refiere al procedimiento y a la necesidad de que se desarrolle en cada país de conformidad con su propio orden jurídico interno.

Ese art. 8 del Protocolo *incita* a regular internamente esa petición (por ejemplo, en el Reglamento interno de las Cámaras o en una futura ley de cooperación del Gobierno y las Cortes en los asuntos europeos). La alusión al derecho nacional, en el sentido de que la decisión del Parlamento nacional debe atenerse al derecho interno se refiere a eventuales limitaciones constitucionales o de la práctica política interna en cuanto a la disponibilidad del recurso por cada Cámara en decisión individualizada o bien si sería una decisión única y de común acuerdo; habrá que regular si el Parlamento nacional puede participar en las actuaciones ante el Tribunal de Justicia, en la redacción misma de la demanda, y de la información que deba recibir sobre el curso del procedimiento judicial. Esas opciones no las predetermina el Derecho europeo.

Como los Parlamentos nacionales no tienen ese derecho bajo su derecho nacional, la regulación de ese procedimiento mediante reglas nacionales tiene por finalidad permitirles el ejercicio de un derecho reconocido por el Derecho de la UE.

El hecho de que se condicione la vía jurisdiccional europea a su presentación por el Gobierno tiene una razón de coherencia con el procedimiento de nulidad: se abre el recurso a

³⁶ CONV 724/03, Anexo 2, pp. 147.

los Parlamentos nacionales sin necesidad de modificar los mencionados demandantes privilegiados ni resentir por ello la representatividad que tiene el Estado a través del Gobierno en el orden internacional y comunitario.

No se rompe el carácter unitario del Estado ante el Tribunal de Justicia. Sobre todo porque esa naturaleza unitaria se abandona en la fase preventiva y no hay motivo para estimar que es más crucial la judicial y que no se deba abandonar en esa fase³⁷. No se rompe en la medida en que los EEMM pueden presentar las demandas ejerciendo su derecho o en nombre de sus Parlamentos.

Los Parlamentos nacionales toman la decisión sobre la impugnación del acto legislativo europeo pero la formalización del recurso se hará por los gobiernos ante el TJ. Otra cosa es que un recurso fundado en el incumplimiento del principio de subsidiariedad tiene escasísimas opciones de prosperar, como ya he señalado antes, debido a su naturaleza política y a pesar de su justiciabilidad³⁸. El Tribunal de Justicia se limita a comprobar que hay una argumentación concisa sobre el carácter de la acción legislativa³⁹.

7. CONCLUSIONES

El prolijo debate planteado por constitucionalistas y otros «neocoms» se ha saldado con un reconocimiento de la especificidad del Derecho Comunitario tal como tradicionalmente lo había analizado la doctrina iusinter-

³⁷ M. DOUGAN: *loc. cit.*, p. 768.

³⁸ Algún autor (GARETH DAVIES, *loc. cit.*, p. 692) dice que es una mezcla de métodos débiles con fuertes; blando sería el control político pues la Comisión no se ve forzada a seguir la posición de los Parlamentos nacionales y lo fuerte sería el control jurisdiccional. Sin embargo, dado el estatuto de la dudosamente eficaz justiciabilidad del principio parece que los efectos benéficos habrá que esperarlos del control preventivo de la *alerta temprana*.

³⁹ Véase la jurisprudencia citada en nota 14.

nacionalista⁴⁰. Por tanto, todas sus fórmulas extraídas del Derecho Constitucional y sus listas para el reparto de competencias plasmadas en cientos de artículos queriendo aplicar al modelo europeo los moldes constitucionales han sido inútiles y rechazadas de plano. No hay novedad en el Tratado constitucional que mantiene como único principio de delimitación el propio del Derecho Internacional de atribución de competencias y el sistema casuístico o de bases jurídicas concretas. No se atribuyen competencias en materias sino en ámbitos específicos y caso por caso. La técnica utilizada es la del Derecho de las Organizaciones internacionales. Como señalé al principio de este trabajo, la Unión Europea es un campo espectacular de experimentación en las relaciones internacionales.

Y es que una conclusión elemental, que ya hace tiempo formulé, es que aplicar el modelo y el método constitucionalista a la original integración europea de Estados soberanos y ciudadanía puede ser tan demoleadora como la ingeniería financiera lo ha sido para la economía industrial⁴¹. Afortunadamente la Convención y la Conferencia Intergubernamental se apartaron del modelo constitucional aunque para atraer a la ciudadanía sobre su sistema jurídico-político transigieron con el término Constitución.

Por otro lado, la participación de los Parlamentos nacionales en el control del respeto al principio de subsidiariedad eleva a aquellos a la categoría de actores comunitarios y refuerza su fundamento democrático. El mecanismo ideado para participar de forma efectiva en su control es una innovación positiva y esperanzadora que colma una antigua laguna.

⁴⁰ No se pierdan la lectura de un Editorial inteligente e irónico del gran maestro de juristas BENEDETTO CONFORTI, «La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta», en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2004, pp. 1-6.

⁴¹ ARACELI MANGAS MARTÍN, «La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», en *Noticias de la UE*, núm. 218, marzo 2003, p. 81.

Aunque el mecanismo de control comprende también la opción del control jurisdiccional, el control preventivo basado en el sistema de *alerta temprana* supone el triunfo del enfoque político de la subsidiariedad. Es un principio de naturaleza fundamentalmente política y la naturaleza del control debe ser política, así como sus consecuencias.

Es más, creo que la fortaleza del sistema de control está en su fase política preventiva, pues aunque aparentemente las Instituciones receptoras del dictamen de los Parlamentos nacionales no adquieren otra obligación que la de «tomar nota», los dividendos para la integración europea se cobrarán en el interés que ahora pondrán los Parlamentos nacionales en seguir los temas europeos, incorporando la política europea a la política nacional y será un aliciente o revulsivo para estimular el control de los Parlamentos nacionales sobre la posición de los Gobiernos sobre las cuestiones concretas y también sobre los debates generales o de concepción de la UE. También planteará problemas internos la doble remisión al derecho nacional para la consulta a los Parlamentos regionales y para regular la solicitud de las Cámaras para la presentación de la demanda ante el Tribunal de Justicia.

Es posible que se vea en este mecanismo una complicación más del procedimiento decisorio, y se aprecien connotaciones negativas pues ya hay demasiados participantes en la toma de decisiones; se duda si se multiplicará la burocracia (equipos de funcionarios en la Comisión y en el Consejo encargados de mantener las relaciones con los Parlamentos nacionales) y se multiplicarán las «autoridades» que se ven envueltas en el proceso comunitario. No sabemos si se complicará mucho pero desde luego no lo retrasará dada la rigidez de los calendarios establecidos para evacuar el dictamen, en el caso de que se quiera mostrar el desacuerdo con el proyecto de acto legislativo.

Es verdad que de cara a la opinión pública, a la ciudadanía, ya hay una gran confu-

sión de responsabilidades en la toma de decisiones en la UE al ser un sistema en sí mismo bastante complejo con muchas «autoridades» participando en una decisión. En efecto, en el sistema comunitario a nadie se le puede identificar con una decisión, y se alude siempre al impersonal «Bruselas». Algunos podrían ver en la participación futura de los Parlamentos nacionales (y de los regionales) en el control de la subsidiariedad una mayor dispersión y descentralización de la responsabilidad democrática. Sin embargo, en mi opinión esa participación añade un control imprescindible y una garantía de mayor democracia.

La audaz inserción de este mecanismo de participación de los Parlamentos nacionales confirma las mutaciones que la integración europea ocasiona en nuestros Estados; tanto el control preventivo como el jurisdiccional muestran la línea de transformación de nuestros Estados al establecer unas interdependencias entre niveles de gobierno compartiendo medios o recursos y haciendo frente a una gobernanza nueva que altera los principios de estatalidad, territorialidad y soberanía a favor de un principio de cooperación entre múltiples poderes.

La UE es una máquina de producción legislativa. Los dos controles sobre el principio de subsidiariedad, el político y el judicial, tienen un gran potencial para permitir un control eficaz sobre la más importante actividad de la UE y suponen un reforzamiento muy importante de la legitimidad democrática de la UE al permitir la participación y la influencia de los Parlamentos nacionales. Pero la eficacia de estas reformas dependerá del uso que hagan de estas oportunidades los Parlamentos nacionales.

Dado el aparente entusiasmo que el Tratado Constitucional ha concitado en el nuevo Gobierno español esperemos que sea consecuente con todos los compromisos adquiridos y con el espíritu del nuevo sistema de control del respeto del principio de subsidiariedad: que en los próximos años se modifique la

Constitución española para permitir al Senado gozar del estatuto de Cámara de representación de las Comunidades Autónomas, prepare una ley de cooperación Cortes-Gobierno que se apruebe en cuanto entre en vigor la Constitución (más adelante, habrán de modificarse los Reglamentos internos de las dos Cámaras) y se regule de forma congruente esa colaboración para llevar a buen término la participación en el control. Se establezcan

canales de comunicación con los Parlamentos regionales en el control político y se regule, sin ambigüedad y por igual, el derecho de las dos Cámaras a plantear, por medio del Gobierno de la Nación, el recurso jurisdiccional ante al Tribunal de Justicia.

Confiemos en que la campaña del referéndum no agote el europeísmo del Gobierno de Rodríguez Zapatero.