COLECCIÓN
ESCUELA
DIPLOMÁTICA

# Nº 9

# La constitucionalización del proceso de integración europea

ESCUELA DIPLOMÁTICA
ESPAÑA

© Coedición de la Escuela Diplomática, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Boletín Oficial del Estado

ISSN: 1576-2432
NIPO (Boletín Oficial del Estado): 007-05-059-2
NIPO (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación): 501-05-014-4
Depósito Legal: M. 14811/2003
Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# El control del principio de subsidiariedad

***Araceli Mangas Martín***
*Catedrática de Derecho Internacional Público*
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La dimensión institucional del control preventivo de la subsidiariedad.–3. La dimensión nacional del control preventivo: la participación de los Parlamentos nacionales (y regionales) mediante el mecanismo de *alerta temprana*. 3.1 El control preventivo de carácter político. 3.1.1 La consulta a los Parlamentos nacionales. 3.1.2 El procedimiento interno en los Parlamentos nacionales. 3.1.3 Activación del mecanismo de *alerta temprana:* el dictamen de los Parlamentos nacionales. 3.1.4 Efecto del dictamen para la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo. 3.1.5 Los efectos indirectos de los dictámenes de los Parlamentos nacionales.–4. Las regiones y el mecanismo de *alerta temprana*.–5. El control *ex post* de carácter jurisdiccional. 5.1 La dimensión institucional: control jurisdiccional activado por el Comité de las Regiones. 5.2 La dimensión nacional del control jurisdiccional y la participación de los Parlamentos nacionales. 5.3 ¿La decisión de una Cámara parlamentaria obliga al Gobierno?–6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

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»[1], 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 principa-

1. Ver Informe final del Grupo de Trabajo I en el documento CONV 286/02, de 23 de septiembre de 2002.

les 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 Convención [2].

De este modo, el control de la subsidiariedad fue objeto de deliberación en los Grupos 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 1997 [3], además del Acuerdo interinstitucional sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad [4]) 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 sí 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 artículos 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 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 tempra-*

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

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

4. Declaración de 25 de octubre de 1993, *DO* núm. C329, de 6 de diciembre de 1993.

*na* 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.

## 2. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL CONTROL PREVENTIVO DE LA SUBSIDIARIEDAD

El artículo 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 sólo 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 legislativo, 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 subsidiariedad [5]. 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 Ámsterdam–, la Comisión, en su caso el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, el Parlamento Europeo [6] y el Consejo de

---

5. 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».

6. 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, artículo 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

Ministros [7], cada Institución en el papel 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 deberán 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.

## 3. 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 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

---

que la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad, pedirá a la Comisión que introduzca las modificaciones necesarias.

7. 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 debatiendo 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 artículo 5 TCE.

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 integración [8]. 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.

### 3.1 El control preventivo de carácter político

#### 3.1.1 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 artículo 2 del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales y el artículo 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

8. CONV 353/02.

posiciones comunes; el Consejo, además, 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 amplio [9] (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;

– sólo 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 control 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 artículo 16 (actual art. 308 TCE) [10], 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

---

9. 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.

10. 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 artículo 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*, núm. 218, marzo 2003, p. 86).
El artículo 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.

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 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).

### 3.1.2 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 trasgresión.

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 urgencia [11]. 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 definitiva, 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

11. Esta condición se regula en el artículo 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.

Europeo. Éste 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 CC.AA.

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 remitente [12].

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*.

### 3.1.3 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 ello es que en los escasos litigios en los que se ha invocado la violación del principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia se

12. J. M.ª Pérez Medina, «Tratamiento de la cuestión regional en el Proyecto de Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, mayo 2004, www.iustel.com.

ha limitado a comprobar que el preámbulo de la norma impugnada justificaba de algún modo el acto en cuestión y con afirmaciones generales [13].

La respuesta a esta pregunta ¿respeta 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 qué 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, sólo 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 TJCE [14]. ¿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 nacionales se limiten al aspecto casi inaprensible de la subsidiariedad, pero aunque se sobrepasen esos límites formales, los efectos internos pueden ser positivos y demostrarán 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

---

13. TJCE, sentencias de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo*, as. C-377/98, de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, C-491/01, fund. 180-182; de 22 de mayo de 2003, *Comisión c. Alemania*, C-103/01, fund. 47.

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

consenso en torno al proceso de construcción europea [15]. 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. El Protocolo les garantiza un voto individual a cada Cámara parlamentaria.

### 3.1.4 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

15. G. Davies, «The post-Laeken division of competences», *European Law Review*, 2003, 28, p. 69.

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 total [16]; 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, 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 *roja* [17].

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.

---

16. 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.

17. P. Birkinshaw, *A constitution for EU? A letter from home*, *EPL*, 2004, vol 10-1, p. 73.

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 nacionales 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 nacionales [18].

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.

### 3.1.5 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.

---

18. 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.

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 y 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 Ministros [19]. 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.

## 4. 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

19. G. Davies: *loc. cit.*, p. 696.

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 miembro [20]. Obviamente, el debate y la toma de posición, ya sea de las Cámaras nacionales como de las autonómicas, sólo 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.

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 interfieran con posibles debates institucionales nacionales» [21].

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 español [22]. 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*).

---

20. 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.

21. CONV 286/02, p. 2.

22. 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*, núm. 11, abril, 2003, p. 60.

Aun 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 sólo una minoría es elegida por los parlamentos regionales.

## 5. 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).

### 5.1 Dimensión institucional: control jurisdiccional activado por el Comité de las Regiones

El artículo III-365.3 reconoce parcialmente una antigua aspiración del CdR 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 artículo 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 artículo 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 Comisión [23].

### 5.2 La dimensión nacional del control jurisdiccional y la participación de los Parlamentos nacionales

El Protocolo, en su artículo 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 ordenamiento 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 artículo 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.

---

23. *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).

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 artículo 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 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 europeas [24]. 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 artículo 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 Justicia [25].

---

24. 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*, núm. 218, marzo 2003, p. 87.

25. El Acuerdo de 11 de diciembre de 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 sólo 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) [26].

También el Praesidium de la Convención se planteó en algún momento una reflexión complementaria sobre «la necesidad de establecer un vínculo entre la

26. 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).

puesta en marcha del mecanismo de alerta rápida y el derecho de recurrir al Tribunal» pero desechó la posibilidad de ese condicionamiento [27].

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.

### 5.3 ¿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 artículo III.365 y entre ellos no se menciona a los Parlamentos nacionales. Pero veamos cómo se llega a la redacción final de 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 nacionales [28]; 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» [29].

---

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

28. CONV 286/03, pp. 7 y 8.

29. CONV 579/03, artículo 8 de Proyecto.

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 recurso. 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 Praesidum propone quedarse con una fórmula que pretende ser equilibrada y que, aun 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» [30].

Ahora bien, si el artículo 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 artículo 230 TCE (art. III-270 en el Proyecto) y sería una gratuita repetición de la facultad que reciben los Gobiernos del artículo III-365. Con razón algunos convencionales hicieron notar que el vigente artículo 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 nacional [31].

---

30. CONV 724/03, anexo 2, pp. 147 y ss.

31. 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

Esa frase del Protocolo («transmitidos por éste... en nombre de su Parlamento nacional...») no es meramente *reiterativa* o *recordatorio* 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 poseen [32].

Algunos autores lamentan que la Convención no haya reconocido a los Parlamentos nacionales la presentación de la demanda en su propio nombre [33] 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 TJCE [34].

No creo que el artículo 8 sea una previsión meramente facultativa en el sentido de que 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 artículo 8 genera un automatismo entre la petición parla-

---

artículo 308 TCE (art. 17 del Tratado constitucional) presiona sobre aquellos Estados cuyo Gobierno hace un uso monopolístico de las vías de recurso jurisdiccional ante el TJCE para que acepten que en materia de subsidiariedad (en especial, cuando 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.

32. 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, núm. 104, p. 292.

33. J. Kokott y A. Ruth, *Loc. cit.*, p. 1335.

34. CONV 610/1/03, Rev 1, de 13 de marzo de 2003.

mentaria 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 artículo 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» [35]. 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 artículo 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 artículo 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

35. CONV 724/03, anexo 2, p. 147.

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 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 fase [36]. 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 su naturaleza política y a pesar de su justiciabilidad [37]. El Tribunal de Justicia se limita a comprobar que hay una argumentación concisa sobre el carácter de la acción legislativa [38].

---

36. M. Dougan, *loc. cit.*, p. 768.

37. 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*.

38. Véase la jurisprudencia citada en nota 13.

## 6. CONCLUSIONES

Una primera apreciación sobre el nuevo procedimiento es claramente positiva. 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.

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 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 confusión 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 europeismo del Gobierno de Rodríguez Zapatero.