

*Marcelino Oreja Aguirre*

Excmo. Sr.  
D. Francisco Rubio  
Alfar, 32  
Aravaca  
28023 Madrid

Madrid, 23 de septiembre de 1993

Querido Francisco,

Como recordarás por la conversación que tuvimos en su día, es propósito de la Universidad Complutense publicar el Curso completo sobre la Constitución Europea celebrado en la Universidad de Verano de El Escorial.

Dado que no pudiste en su día facilitar el texto de tu intervención, hemos extraído el mismo de las cintas. Te lo envío con el ruego de que nos lo devuelvas, con las correcciones necesarias.

Si estimas que el texto es correcto házmelo saber para que podamos proceder a su inmediata publicación.

Muy agradecido, te envía un fuerte abrazo,

*M Oreja*

## **EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ( Francisco Rubio Llorente . Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid )**

La Comisión, en la Comunicación de 27 de Octubre de 1992 afirma que el principio de subsidiariedad está en el germen de los Tratados comunitarios; que se ha venido utilizando desde hace cuarenta años; y que es un principio simple que se limita a expresar que los Entes superiores deben ejercer las competencias que no pueden ejercer los inferiores.

Cabe decir que el principio de subsidiariedad no es un principio estructural de organización de poder sino un principio de expresión de la libertad: los límites a la libertad deben ser los imprescindibles para conseguir los fines comunes. Los ámbitos de decisión deben mantenerse lo más cerca posible del ciudadano. No es un principio históricamente frecuente. El principio de igualdad apoya que sean los Entes superiores los que asuman el máximo de competencias. Ha sido un principio aplicado muy parcialmente en la Comunidad, porque ha jugado el de la competencia de atribución.

### **Antecedentes del principio**

Etimológicamente el principio de subsidiariedad procede de la palabra *subsidium* que nos refiere al soldado que se encontraba en la segunda fila como elemento auxiliar de tropa. Este principio aparece formulado en la encíclica *Quadragesimo Anno*. También se recoge en la encíclica *Pacem in Terris*. De este texto de la *Pacem in Terris* resulta difícil extraer un principio de subsidiariedad como principio de organización jurídico-política. Casi me atrevería a decir que el principio de subsidiariedad en esta fórmula supone la plasmación católica de la idea liberal, entendida en su vertiente política y no en sentido económico. En las estructuras constitucionales del presente se suele señalar la plasmación que tiene este principio en la Doctrina y en la Constitución alemanas. Así, se dice que la constitución alemana está estructurada en torno a este principio, y

concretamente se invoca el artículo 72.1 como expresión del mismo. En su apartado primero dice que "en la esfera de la legislación concurrente, los Países tienen la atribución de legislar en tanto y en la medida en que la Federación no haga uso de sus facultades legislativas". En su apartado segundo se subraya que "en esta esfera, la Federación tiene la facultad de legislar en la medida en que exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque:

1. sea una materia que no pueda ser regulada eficazmente por la legislación de los Estados, o porque

2. la legislación de una materia por la legislación del País pueda lesionar los intereses de los demás Países o del conjunto, o porque

3. la garantía de la unidad jurídica y económica, en particular el mantenimiento de la uniformidad de las condiciones de vida por encima del territorio de un País, lo exijan así".

En el ámbito de la Comunidad Europea hay muchas declaraciones y formulaciones de este principio. La primera es el Informe sobre la Unión Europea elevado por la Comisión al Consejo el 26 de Junio de 1975. Allí se afirma que de acuerdo con el principio de subsidiariedad la Unión sólo asumirá responsabilidades en aquellas materias en que los Estados Miembros no sean capaces de actuar con eficacia. Pero la aplicación práctica de este principio queda restringida por el hecho de que hay que dar a la Unión una competencia suficiente para asegurar su cohesión, es decir, es una afirmación del principio de la Unión dubitativa. De otra parte en este informe se habla de un Tratado sobre la Unión Europea concebida como una Entidad nueva, y la referencia al principio de subsidiariedad no se entiende como a un principio que haya de gobernar el ejercicio de competencias de la Unión, sino como un principio con arreglo al cual hay que hacer la delimitación competencial entre la Unión y los Estados miembros.

La expresión más paladina del principio de subsidiariedad se encuentra en el proyecto Spinelli, proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de Febrero de 1984. El párrafo último del preámbulo dice que

"deseando confiar a las instituciones comunes de acuerdo con el principio de subsidiariedad,únicamente aquellas competencias necesarias para desempeñar correctamente unas funciones,que puedan desarrollarse de modo más favorable..."El artículo 12 del mismo texto dice que "cuando el presente tratado atribuya una competencia a la Unión,las Instituciones de ésta serán las únicas competentes en la materia.Las autoridades nacionales sólo pueden intervenir si la Ley de la Unión lo prevé.Las regulaciones nacionales seguirán en vigor en tanto que la Unión no haya legislado."En el segundo párrafo se dice que "Cuando el presente Tratado atribuya una competencia concurrente con las de la Unión, la acción de los Estados Miembros se ejercerá allí donde la Unión no haya actuado.La Unión sólo intervendrá para realizar aquellas funciones que puedan ser emprendidas en común de manera más eficaz que por los Estados Miembros separadamente.En particular aquellas cuya realización exija la acción de la Unión dado que sus efectos trascienden las fronteras nacionales".Así se distingue entre las competencias concurrentes y las competencias exclusivas.Estas no significan la desposesión material de los Estados Miembros.La legislación nacional seguirá siendo válida en tanto que la Unión no legisle por su cuenta.El principio de subsidiariedad se aplica sobre todo en relación con las competencias concurrentes.La Unión sólo intervendrá en aquellas materias en que por su dimensión o sus efectos ,las consecuencias de la medida superen las fronteras nacionales.Aparece ya esta distinción entre competencias exclusivas y competencias concurrentes que aparecerá de nuevo más tarde.El proyecto Spinelli sí dice cuáles son las competencias exclusivas y cuáles las concurrentes.En concreto, los artículos 47-55 enumeran qué ámbitos son de competencia exclusiva y cuáles lo son de competencias concurrentes.El Acta Unica Europea de 1986 alude al principio de subsidiariedad,que se recoge en el artículo 130R)del Tratado (relativo al Medio Ambiente )tal y como ha sido añadido por el artículo 25 del AUE.

El Parlamento europeo en la resolución de 12 de Junio de 1990 reitera que está implícito en el Tratado y que está salvaguardado porque la Comisión sólo puede actuar en aquellas materias que hayan sido atribuidas específicamente por los tratados.,es decir, hay una equiparación entre el principio de subsidiariedad y el de competencia de

atribución, y está garantizado además por la exigencia de unanimidad del artículo 235. Es interesante esta afirmación porque explica muchas cosas, entre otras, que la ampliación de las competencias comunitarias es un resultado del "compromiso de Luxemburgo". El Parlamento Europeo es consciente de la importancia de este principio, pero con algunas dudas. El reparto de competencias deberá tener en cuenta tanto el estado actual como la evolución inevitable. La imprecisión terminológica denuncia una imprecisión conceptual. ¿Son las competencias, tareas o ámbitos de actividad la misma cosa? En el mismo párrafo se dice que hay que tener en cuenta la situación actual como la evolución inevitable. Resulta curioso observar un sistema de delimitación competencial que cambia en el tiempo. El Parlamento Europeo considera que la transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad agravaría el déficit democrático si las facultades que se restan a los parlamentos nacionales no son asumidas por dicho Parlamento. Manifiestan que la Conferencia Intergubernamental que prepara Maastricht debería prever no sólo la delimitación conceptual sino también el alcance de la acción común en las áreas de competencias concurrentes. Hay otra declaración trascendental del Parlamento Europeo, antes de Maastricht, de 21 de Noviembre de 1990, porque en ella se pide a la Conferencia Intergubernamental la inclusión de un artículo, concretamente el artículo 3 bis) del T.C.E.E., el artículo 3 bis) del TCECA y 2 bis) del TCEEA, un texto donde se diga que si la competencia no se otorgara de manera exclusiva a la Comunidad, ésta actuará para poner en práctica su acción en la medida en que sea necesaria para la consecución de unos objetivos, porque los efectos rebasen la frontera de los Estados Miembros o puedan realizarse de manera más efectiva a nivel comunitario que mediante la acción separada de los Estados. Pide asimismo la inclusión de un artículo 172 b) en el T.C.E.E. y su equivalente en los otros dos Tratados de las Comunidades, estableciendo el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad. Incluso se prevé un procedimiento rápido que permita suspender el acto comunitario impugnado. En esta resolución se encuentra el origen de la redacción definitiva del Tratado de Maastricht. En este Tratado el principio de subsidiariedad figura en el Título II, en el artículo B in fine, que aparece también en el artículo 3 B) del nuevo T.C.E.E. En razón de lo que dice

este artículo y de lo que dice el artículo L puede sostenerse que el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad sólo sería posible respecto de la eficacia de este principio dentro del marco de la Comunidad Europea ,y si acaso en lo que se Refiere a la Política exterior y de seguridad común,pero no en materia de Justicia e Interior donde sólo se prevé la acción concertada pero no una posición común como en la PESC.El principio de subsidiariedad junto con el "Paquete Delors" se convierte en el tema central de las discusiones comunitarias.Se va a celebrar a partir de este momento un diálogo continuo entre el Parlamento y el Consejo En el Consejo de Lisboa de Junio de 1992,después del referendum danés,se aprueba una importante declaración donde se recuerda el importante papel que el principio de subsidiariedad ha jugado en la elaboración del Tratado de Maastricht tanto por la inclusión del mismo como nueva norma básica jurídicamente vinculante como por la introducción por vez primera de una delimitación clara de los tipos de acciones que pueden llevarse a cabo dentro de las nuevas áreas de competencias que el Tratado asigna a la Unión.Invita al Consejo y a la Comisión a trabajar con urgencia sobre las vías prácticas para aplicar el principio,sobre lo que la Comisión informará al Consejo en Edimburgo.Resulta paradójico la urgencia con que se requiere al Consejo si el principio ya venía siendo aplicado durante cuarenta años.Después tiene lugar la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de Julio de 1992 que trasluce desconfianza; donde se pide que "en adelante el principio de subsidiariedad se aplique correctamente en la legislación y la acción comunitaria de conformidad con la declaración del Parlamento Europeo de 1984" ,y añade, "...no acepta que una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad tenga por objeto obstaculizar las competencias atribuidas a las instituciones europeas por los Tratados y la puesta en práctica de las políticas comunes,en particular en materia social y medio ambiental.Aquí se aprecia una cierta ambigüedad del principio de subsidiariedad que siempre ha estado latente.Cuando Delors asume la idea del principio de subsidiariedad a partir de 1988 se produce una coincidencia en el entusiasmo por este principio tanto por el señor Delors como por la señora Thatcher .Como es evidente la imagen que tienen de la Comisión no es coincidente.Y se explica quizá por la existencia de un malentendido.Sería un ejemplo

de lo que Carl Schmidt llamaba los "compromisos espúreos", en los que el acuerdo se logra mediante una fórmula verbal que puede ser entendida de manera diferente y aun opuesta por las partes. Esta desconfianza del Parlamento Europeo se puede explicar por las consecuencias que algunos sectores están sacando del principio. Hay una nueva declaración del Parlamento Europeo de 14 de Octubre de 1992, en vísperas del Consejo de Birmingham. Lo más importante es resaltar el hecho de que el Parlamento Europeo señala que es imprescindible la convocatoria de una Conferencia Interinstitucional encargada de proponer las medidas para la realización rápida de este principio que comprometa a las instituciones y que abarque el contenido de este concepto como los procedimientos de aplicación del mismo; y de prever la obligación de la Comisión de transmitir anualmente al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de dicho principio, que será objeto de un debate anual en el Parlamento Europeo. Ya en el Consejo de Lisboa la Comisión había asumido la obligación de justificar en un considerando en todas sus propuestas el cumplimiento de este principio. Consecuencia de este compromiso la Comisión así lo hace en la Exposición de Motivos de todos sus actos.

En Birmingham el Consejo reitera la idea de que las decisiones deben adoptarse lo más cerca posible del ciudadano y de que corresponde a cada Estado Miembro decidir como deben ejercerse nacionalmente sus poderes; La Comisión sólo puede actuar cuando los Estados Miembros la han facultado para ello en los Tratados, y la aplicación de este principio de subsidiariedad-cercanía es esencial si la Comunidad quiere desarrollarse con el apoyo de los ciudadanos.

Esta declaración da lugar a la del Parlamento Europeo de 28 de Octubre de 1992, en la que se congratula de que el Consejo participe de la idea de convocar una conferencia interinstitucional. En lo demás esta declaración es muy crítica frente al Consejo de Birmingham. Finalmente en el Consejo de Edimburgo las partes 5ª y 6ª de la declaración se remiten a los anexos 1 y 2 que tratan del principio de subsidiariedad

señalando, que no se puede hablar de una competencia concurrente sino de una competencia mixta, y afirman que se trata de un principio de naturaleza dinámica. que debe aplicarse en relación con los objetivos del Tratado. Las acciones que deben sustraerse de los Estados Miembros y dejarse en manos de la Comisión son función de las decisiones que cada vez vaya tomando la Comunidad.

### **Ambito de Aplicación**

Antes que nada hay que distinguir entre principio de subsidiariedad y principio de proporcionalidad. Los dos principios se enumeran en párrafos distintos del artículo 3b) del Tratado de Unión Europea. El párrafo segundo se refiere al de subsidiariedad, el tercero al de proporcionalidad. Son dos principios diferentes que nada tienen que ver el uno con el otro. A partir del Consejo de Lisboa aparecen frecuentemente unidos como si la proporcionalidad fuese un aspecto de la subsidiariedad, y no principios distintos, hasta el punto de que en el informe que la Comisión presenta al Consejo en Edimburgo, la mayor parte de las medidas que tienen intención de adoptar en aplicación del principio de subsidiariedad no tienen nada que ver en relación con este principio, y son simplemente aplicación del principio de proporcionalidad, aunque en la propia declaración del Consejo aparecen delimitados ambos principios. Y también aparecen separados en el artículo 10 del proyecto de Constitución Europea, que da un paso muy importante en la clarificación conceptual de este principio, porque el principio de subsidiariedad en el Tratado de Unión Europea se aplica únicamente en el ámbito de las competencias concurrentes en tanto que el principio de proporcionalidad se aplica siempre, también en el ámbito de las competencias exclusivas. De igual modo, en el marco del Derecho Constitucional Europeo se aplica por los Tribunales constitucionales este principio sin que aparezca explicitado en ninguna de las constituciones de los Estados Miembros. Es una construcción jurisprudencial, consecuencia lógica de la relación entre categorías jurídicas que tienen su racionalidad propia, aunque frecuentemente se olvide. De cualquier modo es bueno que se consigne, aunque repito que ya se venía aplicando en todos los



ordenamientos constitucionales sin necesidad de consagración, y así lo hace también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¿Qué significa, en definitiva, el principio de subsidiariedad?

Significa lo que los franceses llaman "Economie des Moyens", es decir, que las medidas imperativas que reducen la soberanía de Estados y las libertades de los individuos han de adoptarse en lo que sean imprescindibles para conseguir el objetivo que pretenden. Si se puede lograr un objetivo mediante la cooperación, mejor que mediante directivas; si ha de tratarse de directivas, mejor que sean de mínimos que una directiva detallada; mejor mediante directivas que mediante reglamentos, etc.

El principio de subsidiariedad significa por el contrario otra cosa. Significa que la Comunidad sólo puede actuar cuando las consecuencias del objetivo no quedan aseguradas mediante la acción separada de los Estados. Se establece en Maastricht una conexión entre principio de subsidiariedad y competencias concurrentes, conexión que se rompe en el texto del Proyecto de Constitución Europea que no lo limita a las competencias concurrentes, sino que no hace distinción alguna, aplicándola a cualquier tipo de competencia. Esta desconexión no sé si es deliberada, pero en todo caso así aparece en el texto.

Para hacer aplicable el principio de subsidiariedad a las competencias concurrentes lo primero que hay que averiguar es que son competencias concurrentes. Y aquí radica el gran problema, porque los Tratados no establecen distinción alguna entre las competencias exclusivas y las competencias concurrentes. Ya he aludido al artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn donde se limita la libertad de la Unión para ejercer las competencias concurrentes aunque esos límites son tales que es difícil imaginar caso alguno en el que se pueda negar al Bund la legitimidad de la acción. En el informe de la Comisión, que es el texto donde se hace un mayor esfuerzo por dotar de sentido al principio de subsidiariedad (Informe de la Comisión presentado en Edimburgo) se señalan dos criterios distintivos de las competencias exclusivas, el criterio funcional y el material.

Según el criterio funcional, la competencia exclusiva juega siempre que haya una obligación de actuar de la Comunidad, aunque tampoco cabe afirmar que siempre que

haya una obligación de actuar por la Comunidad (por ejemplo para conseguir un mercado único) nos encontremos ante una competencia exclusiva.

Según el criterio material, hay competencia exclusiva cuando la competencia asumida por la Comunidad implica una desposesión total de las competencias de los Estados. Los dos criterios son dudosamente eficaces porque, el criterio funcional remite a todos los casos en que haya una obligación de actuar por la Comunidad, pero no en TODOS. En segundo lugar, cuando existe una obligación de actuar de la Unión, cuando una competencia está al servicio de un objetivo potencialmente tan expansivo como es la idea de mercado no cabe ponerle límites al campo. Es decir, no hay ninguna actividad del hombre que no tenga incidencia en el mercado y que no pueda ser reconducida, en consecuencia, a un elemento del mercado requerido de actuación por parte de la Comunidad.

El criterio material, el de la desposesión de los estados tampoco me parece evidente. Debe recordarse el proyecto Spinelli, donde se dice que en los ámbitos de competencia exclusiva la legislación de los Estados Miembros sigue siendo válida en tanto que la Comunidad no legisle. Por tanto, no hay desposesión. Y esto es lo que sucede en la práctica. Incluso en los casos en que la Comunidad tenía una obligación imperativa de actuar, como en materia de Transportes y no lo hacía, la legislación de los Estados ha seguido siendo válida, y así ha continuado. En el criterio material hay quizá una confusión con la idea americana de "prevention", que es una categoría que tampoco se presta mucho a establecer distinciones claras. Y por último, la Comisión afirma el carácter dinámico de la actuación comunitaria, consecuencia de lo cual los ámbitos de competencia exclusiva se van ampliando por impulso de la propia Comunidad. Para determinar la necesidad de esa actuación comunitaria la Comisión propone dos tests, el de la eficacia comparativa y el del valor añadido. A mí no me resulta inteligible el contenido de ambos. El de la eficacia comparativa subraya que la acción de la Comunidad sea más eficaz que la acción de los Estados. Pero eficaz, ¿desde qué punto de vista y para qué? ¿cuáles son los valores que se toman para medir la eficacia? Si se trata de garantizar un estándar común, ese estándar tendrá que ser comunitario,

Por otro lado ,la eficacia ¿se mide sólo en función del objetivo a alcanzar, o también se mide en referencia a otros valores?¿Hay que ponderar la eficacia técnica de la medida en relación con las carencias democráticas que el procedimiento de adopción de las medidas entraña o no?¿Hay que ponderar la eficacia técnica en relación con la limitación de la soberanía estatal que la adopción de la medida comporta?Son tests que sólo tienen sentido como ponderación de magnitudes heterogéneas,de valores distintos que son susceptibles de una ponderación política pero nunca de una ponderación judicial.El juez nunca puede decidir si es mejor o peor que una acción se adopte,aún a costa de la soberanía de los Estados Miembros o es mejor que Estos tengan más libertad de elección.Los jueces pueden actuar con valores jurídicamente mensurables.Y los tests de eficacia comparativa y del valor añadido lo hacen entre necesidades jurídicamente inconmensurables..

En consecuencia,el principio de subsidiariedad me parece que no es justiciable en el sentido riguroso del término.Sin duda,pueden arbitrarse procedimientos para que el T.J.C.E. se pronuncie sobre si se ha respetado o no el principio de subsidiariedad,pero una cosa es que a un tribunal se le den competencias para juzgar una determinada materia y otra,que tenga los instrumentos para llevar a cabo ese juicio.Y en mi opinión aquí faltan los instrumentos.Por esta razón,es decir,porque cada test obliga a operar un juicio político que puede tener la apariencia de derecho y estar redactado en fraseología forense,no es un juicio en derecho.Lo esencial en éste,es que el juicio opere con categorías jurídicas.Aquí,esta reducción a lo estrictamente jurídico es imposible.¿Cuál será el efecto de la atribución al T.J.C.E. de un control sobre la aplicación del principio de subsidiariedad?Un efecto muy claro,la centralización sin límites.Porque así ha operado ,el ejemplo que mejor conocemos que es el del Tribunal Federal alemán.A pesar de que el artículo72 tiene unos criterios muy claros sobre los casos en que la Federación puede legislar sobre la materia concurrente,el Tribunal no ha encontrado jamás que el Bund se haya excedido de los límites que la constitución le impone.La apreciación de estos límites está dentro de la apreciación del legislador,y en todo caso,la decisión de que conviene homogenizar las condiciones jurídico-políticas de los ciudadanos ,es una decisión libre

del legislador.No veo como el T.J.C.E. puede negar lo que en unos casos la unanimidad de los Estados,y en otros la mayoría requerida por la cuestión de fondo,han considerado como más eficaz si se actúa por la propia Comunidad que por los Estados..Es difícil que a este razonamiento pueda oponer el T.J.C.E. un juicio propio.El profesor Weiler habla de un criterio más útil,el principio de la razonabilidad.El T.J.C.E. puede someter el principio de subsidiariedad al test de razonabilidad,y considerar si las razones o argumentos por los cuales la Comunidad Europea ha considerado que es más eficaz su actuación,son o no más razonables.Pero este test se mueve entre el activismo judicial y el "dejar pasar", y ambos principios son igualmente graves e ineficaces para preservar la sustancia de un principio jurídico.Muchas gracias.