

La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas



**LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA EN EL
EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS**

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics

68

LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

SEMINARIOS

Barcelona, 17 de junio y 14 de septiembre de 2009

**Andreu Olesti Rayo (coord.)
Susana Beltrán García
Pedro Cervilla Martínez
Francisco Javier Donaire Villa
Enriqueta Expósito Gómez
Luis M. Hinojosa Martínez
Laura Huici Sancho
David Moya Malapeira
Marta Sobrido Prieto
Aida Torres Pérez
Héloïse Ballot-du Fayet de la Tour**



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
Institut d'Estudis Autònomic

BARCELONA
2010

La **Incidenia** del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas : seminarios : Barcelona, 17 de junio y 14 de septiembre de 2009. – (Col·lecció Institut d'Estudis Autònòmics ; 68)

Referències bibliogràfiques. – Textos en castellà, francès i català
ISBN 9788439385707

I. Olesti Rayo, Andreu, dir. II. Institut d'Estudis Autònòmics (Catalunya) III. Col·lecció: Institut d'Estudis Autònòmics (Col·lecció) ; 68

1. Tractat de Lisboa (2007) – Congressos 2. Competència (Dret) – Unió Europea – Congressos 3. Subsidiarietat (Dret comunitari) – Congressos
341.176(4-6)(061.3)

El IEA no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de este libro ni se responsabiliza de las mismas, como tampoco de los datos o documentos externos que hayan sido incorporados al texto.

Fotografia de la cuberta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI).

Detalle del escudo que corona el portal del palacio.

© 2010 **Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònòmics**

Primera edició: octubre de 2010

Tirada: 1.000 exemplars

ISBN: 978-84-393-8570-7

Depòsit legal: ???

Impressió: Addenda

SUMARIO

PRESENTACIÓN	
ANDREU OLESTI RAYO	9
LE COMITÉ DES RÉGIONS ET LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ	
PEDRO CERVILLA MARTÍNEZ Í HÉLOÏSE BALLOT-DU FAYET DE LA TOUR .	13
EL MECANISMO DE ALERTA EN EL TRATADO DE LISBOA	
MARTA SOBRIDO PRIETO	31
LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS	
LAURA HUICI SANCHO	57
LA INCLUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA REGIONAL Y LOCAL EN EL TRATADO DE LISBOA	
SUSANA BELTRÁN GARCÍA	93
EL DESARROLLO DEL MERCADO INTERIOR: LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS	
LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ	129
EL TRATADO DE LISBOA Y EL INCREMENTO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EN EL ÁMBITO DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	
FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA.....	149
LA ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	
ENRIQUETA EXPÓSITO GÓMEZ	193
LA COMPETÈNCIA AUTONÒMICA DE RECERCA EN L'ESPAI EUROPEU DE RECERCA: ALGUNES NOTES PER A LA SEVA CONTEXTUALITZACIÓ	
DAVID MOYA MALAPEIRA	245

**LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA
CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. ¿INCREMENTA LA
CARTA LOS PODERES DE LA UE PARA LA REGULACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES?**

AIDA TORRES PÉREZ 277

PRESENTACIÓN

El Tratado de Lisboa ha puesto fin a un largo debate sobre la revisión de los tratados constitutivos. Surgido como alternativa al fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Tratado de Lisboa incluye, esencialmente, las modificaciones sustantivas que se acordaron en la Conferencia Intergubernamental que finalizó con la firma del Tratado Constitucional. Para que ello fuera posible, se ha cambiado su estructura formal, y se ha evitado la referencia a cualquier elemento simbólico o identitario que pudiera inducir a pensar que se sobrepasa el marco actual del proceso de integración europeo.

Entre las transformaciones producidas por el Tratado de Lisboa, nos interesa destacar aquellas que conducen a un mayor protagonismo de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea; en concreto los mecanismos que les concedan más participación cuando las instituciones de la Unión, en ejercicio de sus competencias normativas, adopten actos legislativos o actos que tengan efectos jurídicos a terceros. Asimismo, la implementación del Tratado de Lisboa comportará incrementar los ámbitos competenciales de la Unión Europea, las esferas sobre las que pueden actuar las instituciones europeas, y se requerirá una mayor coordinación entre los diversos actores públicos respecto a la creación y la aplicación del derecho comunitario europeo.

En este contexto, se propuso al Institut d'Estudis Autònoms la celebración de dos seminarios que nos permitieran abordar determinadas cuestiones que suscitaban las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa. Un primer seminario que examinase las cuestiones relativas a la participación de las entidades subestatales en el proceso de integración europeo y un segundo seminario que analizase las relaciones de las Comunidades Autónomas con el sistema competencial de la Unión Europea.

El primer seminario, celebrado el 17 de junio de 2009, se centró en la articulación del principio de subsidiariedad que, incluido y formalizado por primera vez en el Tratado de Maastricht, se ha perfeccionado en el Tratado de Lisboa. En efecto, en el nuevo Tratado fundacional se han incluido instrumentos para facilitar la correcta aplicación del principio, se han diseñado mecanismos que permiten verificar el control de su correcta aplicación, y sobre todo se han incorporado nuevos actores que alertan sobre la adecuada aplicación de la subsidiariedad. Junto a estas novedades se produce, por primera vez en un Tratado constitutivo, un reconocimiento indirecto de la participación de las entidades subestatales en la Unión Europea y se menciona

expresamente a los parlamentos regionales como sujetos capaces de incidir en el control del principio de subsidiariedad.

Para profundizar en los detalles, en los problemas que se plantean y en sus posibles soluciones, de cada una de estas cuestiones suscitadas hemos contado con las aportaciones de especialistas en esta materia. Así, y en primer lugar, Pedro Cervilla Martínez y Héloïse Ballot-du Fayet de la Tour (Comité de las Regiones) nos analizan la participación del Comité de las Regiones, único órgano en el que se encuentran representadas directamente las entidades subestatales que incide en el proceso decisorio de la Unión Europea, en el principio de subsidiariedad; y especialmente nos ilustran con las iniciativas que desde esta instancia han surgido para acercar y facilitar la aplicación del principio de subsidiariedad a las entidades locales y regionales. Acto seguido la Dra. Marta Sobrido (Universidad A Coruña) examina el mecanismo de alerta contemplado en el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad. Este instrumento constituye un elemento fundamental en la configuración del protocolo de subsidiariedad tras el Tratado de Lisboa. En esencia, mediante este mecanismo los parlamentos nacionales de los países miembros se convierten en los actores decisivos para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad; permitiéndose que los parlamentos regionales puedan tener también una influencia determinante. Se trata de un control previo de carácter político, que se complementa con la existencia de un control posterior, de carácter jurisdiccional desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La profesora Dra. Laura Huici (Universitat de Barcelona) es quien ha elaborado la ponencia que analiza la jurisprudencia que sobre el principio de subsidiariedad ha dictado el Tribunal de Justicia comunitario. De momento, y según nos ilustra la autora de la ponencia, el análisis de la jurisprudencia comunitaria, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha llevado a una interpretación restrictiva de los límites que impone el principio de subsidiariedad a la competencia comunitaria; cabe plantearse cómo van a afectar a la futura jurisprudencia del TJUE, las modificaciones incorporadas por el Tratado de Lisboa y si va a tener influencia a la hora de aumentar la sensibilidad del órgano jurisdiccional hacia los intereses que representan los entes locales y regionales. Y precisamente la referencia explícita a los intereses regionales y locales en el Tratado de Lisboa es el objeto de la ponencia que presenta la Dra. Susana Beltrán (Universitat Autònoma de Barcelona), y que concluía el seminario. En su contribución, se esboza la importancia que tiene la mención expresa a los intereses regionales y loca-

les en el Tratado de Lisboa, se vislumbran los posibles efectos jurídicos que esta referencia pudiera implicar y se apunta la potencial relevancia que podría tener a los efectos de modular el contenido del principio de la autonomía institucional de los Estados miembros; dado que este principio ha sido interpretado, hasta el momento presente, por las instituciones comunitarias, para justificar la no intervención en la organización política y administrativa de los Estados miembros.

El segundo seminario, que complementaba al primero, se celebró el 14 de septiembre de 2009 y tenía por título «El incremento de las competencias de la Unión Europea y sus consecuencias en las competencias de las Comunidades Autónomas». La idea que se encuentra presente en la realización del seminario es la siguiente: el Tratado de Lisboa, como todas las revisiones realizadas hasta el momento, ha aportado un incremento de las competencias de la Unión Europea. Este aumento de los ámbitos materiales de influencia europeo afecta al equilibrio competencial interno estatal y genera conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Para evaluar la afectación competencial de las Comunidades Autónomas, en este segundo seminario hemos seleccionado unos ámbitos materiales específicos que nos han parecido de especial importancia y actualidad, y que consideramos representativos de las posibles tensiones competenciales entre la Unión Europea, sus miembros y las Comunidades Autónomas. Además, hemos contado con un grupo de especialistas que, para cada ámbito material seleccionado, han analizado en primer lugar, el reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros y, en segundo lugar, han detectado los posibles problemas que el incremento de las materias reguladas por la UE puede ocasionar al equilibrio competencial interno entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La primera contribución es a cargo del Dr. Luis Hinojosa (Universidad de Granada) que aborda en su ponencia, titulada «El desarrollo del mercado interior: la progresiva liberalización de los servicios», la complejidad de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/123 de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. La variedad de los instrumentos utilizados para transponerla al ordenamiento jurídico español, y los diferentes títulos competenciales que se requieren para ello, la sitúan como un ejemplo de las dificultades que supone la adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria. La segunda ponencia le corresponde al Dr. Javier Doñaire (Universidad Carlos III), que examina las consecuencias que se derivan del incremento del ámbito competencial de la Unión Europea en las materias

relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. En este supuesto nos hallamos ante el examen de una comunitarización de un conjunto de materias, las relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, que con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, eran objeto de la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros. Seguidamente, la Dra. Enriqueta Expósito (Universitat de Barcelona), examina la acción de la Unión Europea en la protección de los consumidores. Se trata de un ámbito en constante evolución y transformación, en el que, según destaca la autora, es difícil dar una respuesta competencial unívoca, dado que existen tantas respuestas competenciales como facetas de tutela en las que se pretenda intervenir. A continuación el Dr. David Moya (Universitat de Barcelona) nos presenta la competencia autonómica en el espacio de investigación europeo; nos alerta de los déficits actuales y nos propone líneas de actuación generales que permitirían una mayor participación, y una mejor integración, de las Comunidades Autónomas en el sistema español y europeo de investigación. Finalmente, la Dra. Aida Torres (Universitat Pompeu Fabra) explora en su ponencia titulada «La protección multinivel de los Derechos Fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», algunas de las consecuencias jurídicas que tiene la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales, como un instrumento que es jurídicamente vinculante, y que constriñe la acción institucional de la Unión Europea, y a los Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario europeo.

En definitiva, con la realización de estos dos seminarios se ha querido dar respuesta a ciertas incógnitas que se plantean al establecer la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de integración europeo. Se ha abordado un aspecto crucial que rige el ejercicio de las competencias de la Unión Europea, como es la articulación del principio de subsidiariedad; y se ha mostrado un conjunto de ejemplos de las cuestiones que se suscitan cuando la Unión Europea amplía su ámbito competencial. No se agotan aquí todas las posibles materias de discusión, y tiempo habrá de profundizar en éstos y otros ámbitos; de momento esta monografía colectiva aporta unas valiosas e interesantes reflexiones sobre algunos de estos temas.

ANDREU OLESTI RAYO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
(Derecho Comunitario Europeo)
Universidad de Barcelona*

LE COMITÉ DES RÉGIONS ET LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ¹

PEDRO CERVILLA MARTÍNEZ

*Directeur adjoint d'Administration et Finances
du Comité des Régions*

HÉLOÏSE BALLOT-DU FAYET DE LA TOUR²

Juriste stagiaire au Comité des Régions

SOMMAIRE : Introduction : bref rappel historique. 1. Evolutions et débats sur le Règlement Intérieur. 2. Le réseau de monitoring de la subsidiarité. 3. Les assises de la subsidiarité. 4. Deux nouvelles initiatives : «gouvernance à niveaux multiples» et «mieux légiférer». 5. Les apports du Traité de Lisbonne. Conclusion.

Le mot de subsidiarité n'est pas un terme courant. Il l'est si peu, que le dictionnaire du logiciel de traitement de texte, ayant servi à la rédaction de cet article, ne le reconnaissait pas... Cette particularité faisait l'objet d'une réflexion récente dans le journal «The Parliament».³ Il reportait que 71 dictionnaires, représentant quelques 23 langues européennes, n'incluaient pas encore ce mot.

Mais ceci n'établit pas le lien entre le principe de subsidiarité et le Comité des Régions. La gageure de cette contribution est d'essayer de donner un *sens* à la subsidiarité, c'est-à-dire de fournir des éléments portant aussi bien sur la signification que sur la direction. Direction s'entend non seulement des

1 Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du Comité des régions de l'Union européenne, qui ne pourra être tenu responsable de l'usage qui serait fait des informations divulguées.

2 Les auteurs adressent leurs remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui ont contribué directement ou indirectement à cet article. Un grand merci notamment à Isabelle Dirx et Emmanouil Dardoufas pour leur précieuse expertise et leur disponibilité.

3 <<http://www.theparliament.com/latestnews/news-article/newsarticle/eu-regions-target-dictionaries-over-subsidiarity/>>

implications du principe de subsidiarité dans le travail quotidien du Comité des Régions, mais également des perspectives ouvertes pour l'avenir.

Le principe de subsidiarité n'est pertinent que dans les domaines de compétences non-exclusives de la Communauté. Si ces compétences sont partagées, comme c'est le cas par exemple en matière de santé publique, transports, environnement, éducation et culture (domaines de consultation du Comité), alors la Communauté devra agir au niveau le plus proche du citoyen possible, et cela, tout en garantissant un niveau d'efficacité élevé. Il est donc d'usage de mesurer la législation communautaire à l'aune des principes de subsidiarité et de proportionnalité, corollaires indispensables.

Ce concept de subsidiarité, qui n'est au demeurant pas défini par les Traités, laisse croire que les régions — un terme lui aussi indéfini — des États membres peuvent exercer un certain pouvoir, leur permettant ainsi de garantir une certaine forme de souveraineté ; alors que l'Union conserve une large marge de manœuvre, si elle justifie bien son action. Le travail du Comité des Régions consiste justement à garantir un certain équilibre entre une intervention de la Communauté, jugée souvent envahissante, et une implication des entités régionales et/ou locales.

Il convient d'insister sur la fonction primordiale du Comité des Régions dans le contrôle de la subsidiarité : c'est en effet le forum privilégié des acteurs locaux et régionaux auprès de l'Union. Il doit jouer un rôle «ascendant» auprès des institutions, comme le Parlement, le Conseil et la Commission, et ainsi faire remonter l'information des régions vers Bruxelles.

Il a également un rôle «descendant» qui ne doit pas être sous-estimé. Il s'agit là de mettre à disposition des informations et d'agir auprès des citoyens. La confiance qu'ils accordent à leurs élus va d'ailleurs en priorité aux représentants locaux et non pas nationaux, encore moins européens (cf. rapport du sondage eurobaromètre 307, vague EB70.1, en date du 02/09).⁴ Le Comité des Régions est donc conforté dans sa mission d'interface. Son action a d'ailleurs prouvé son efficacité à plusieurs reprises, notamment récemment (2007), où la Commission a fourni trois exemples de législations qu'elle a retirées après avoir examiné les analyses d'impact.⁵

4 <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_fr.htm>

5 <www.eu-newgov.org/database/PUBLIC/NEWGOV-CONNEX-DissConf2008-Presentation_Ponzano.pdf>:

In 2007 for instance, the Commission stopped three planned initiatives on the basis of the impact assessments because they showed that EU action would not add sufficient value at this time:

Toutefois le danger existe pour les membres du Comité que ce pouvoir, s'il est mal ou pas utilisé, sera redirigé vers d'autres personnes, au plus tard, à l'occasion des prochains votes ou élections. Les élus locaux et régionaux doivent donc se montrer actifs et engagés auprès de leur électorat, dans la défense de leurs prérogatives.

Une solution pourrait éventuellement être un catalogue de compétences, à l'image de la Loi Fondamentale allemande, qui énoncerait ainsi clairement les domaines d'action de la Communauté et les domaines réservés aux pouvoirs décentralisés. Mais le problème inhérent d'une telle option est que tous les domaines d'action ont des répercussions, même si celles-ci sont parfois très indirectes, localement ou régionalement. En effet, toutes les règles adoptées par les institutions européennes sont implantées au niveau national et partant, local ou régional.

Introduction : bref rappel historique

Dans l'encyclique «Rerum novarum» (1891), le Pape Léon XIII a formalisé pour la première fois la doctrine sociale de l'Église catholique. Le principe de subsidiarité (évoqué aussi sous l'appellation «principe d'aide»), prévoit que c'est une erreur morale et de charité que de laisser faire par un niveau social trop élevé ce qui peut être fait par le niveau le plus bas. Il serait en effet privé de ses ressources, et par conséquent de ses intérêts, de sa motivation, voire même de sa raison d'être.

-
- On the establishment of full proportionality between capital and control rights in listed companies, as existing measures appear to contribute directly or indirectly to reducing the risk of private benefit extraction by insiders.
 - On amending the 14th Company Law Directive concerning cross-border transfer of registered offices, as it is appropriate to wait until the practical effect of the cross-border merger directive become clearer and the issue of the transfer of the registered office be clarified by the Court of Justice.
 - On the framework decision on the protection of witnesses, as the assessment is that at present Member States would be reluctant to accept binding legislation to regulate their ongoing informal cooperation.
- Furthermore, the Commission has limited its proposal on facilitating cross-border enforcement in the field of road safety, as for reasons of subsidiarity and overlap with the Council Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, to simply setting up an EU electronic data exchange network to identify the holder of the vehicle.

Transposé dans un contexte européen, le principe de subsidiarité trouve un premier ancrage dans l'Accord du Conseil européen de Maastricht, en décembre 1991. L'article 3 B est introduit par le Traité de Maastricht (signé en février 1992 et ratifié en Espagne par la loi organique 10/1992 du 28 décembre 1992), ouvrant ainsi la voie aux développements futurs. Cet article originaire existe toujours, mais, renuméroté, il se trouve actuellement repris à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne et à l'article 2⁶ du Traité instituant l'Union européenne.

Pour rappel, l'article 5 prévoit que «La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité (al. 1). Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire (al. 2). L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité (al. 3).»

En octobre 1992, le Conseil européen de Birmingham réaffirme que les décisions doivent être prises aussi près que possible des citoyens ; et en décembre 1992, le Conseil d'Edinburgh arrête des lignes directrices pour une approche globale de l'application des principes de subsidiarité et proportionnalité. Ces lignes directrices seront codifiées dans le Protocole d'application des principes de subsidiarité et proportionnalité, rédigé dans le cadre du Traité d'Amsterdam (1997) :

— La subsidiarité est un concept dynamique qui module le niveau d'action selon les circonstances et permet ainsi d'étendre l'action de la Communauté dans la limite des compétences conférées par le Traité.

— Une analyse d'impact de la législation permettant de mesurer les retombées, en termes de charges administratives, financières, environnementales, sociales, etc. doit accompagner toute nouvelle proposition.

— Selon le principe de proportionnalité, la priorité doit être donnée à

⁶ Article 2 al. 2 TUE

«Les objectifs de l'Union sont atteints conformément aux dispositions du présent traité, dans les conditions et selon les rythmes qui y sont prévus, dans le respect au principe de subsidiarité tel qu'il est défini à l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne».

une action n'excédant pas ce qui est nécessaire (forme et contenu). Il faut ainsi préférer une directive à un règlement.

— L'application du principe de subsidiarité ne préjuge pas de l'interprétation par les juges de Luxembourg des domaines de compétences de la Communauté.

Le Protocole définit deux critères de nécessité. Le premier critère porte sur les aspects transnationaux de la proposition de législation : les États membres peuvent-ils les régler eux-mêmes ? La deuxième condition tend à déterminer si l'action ramenée à un niveau national, voire même l'absence d'action est contraire au traité. S'ajoute à cela, le critère de la valeur ajoutée («avantages manifestes») de l'action communautaire.

Il va sans dire que la proportionnalité a aussi une importance toute particulière dans ce contexte — le Protocole porte d'ailleurs sur la subsidiarité et la proportionnalité.

Devant l'importance croissante de ce principe, et pour faire siennes ces préoccupations, le Comité des Régions fait apparaître une mention à la subsidiarité dans son Règlement Intérieur en 1999.

1 • Evolutions et débats sur le Règlement Intérieur

Les modifications successives du Règlement Intérieur vont dans le sens d'une prise en compte toujours plus importante de la subsidiarité.

Dans la version du Règlement Intérieur de 1999, c'est la création de l'article 51 qui en est la preuve manifeste. Le nouveau paragraphe 2 indique que «le corps de l'avis évoque chaque fois que possible le respect du principe de subsidiarité et les répercussions à attendre du point de vue de l'exécution administrative et des finances régionales et locales.» Cette mention expresse est donc la première étape dans le processus d'évolution.

En 2006 (version consolidée publiée au JO en 2007), le Règlement Intérieur du Comité est renuméroté et l'article 51 devient l'actuel article 50. Il ne subit en revanche aucune modification de fond ou de forme.

En mars 2007, pendant la Présidence allemande et à l'occasion des 50 ans des Traités de Rome, la déclaration pour l'Europe des Représentants du Comité des Régions, dite «Déclaration de Rome», fait explicitement référence à la subsidiarité. Il ne suffit alors plus de modifier le Règlement In-

térieur, il faut aussi faire la «publicité» de la subsidiarité. Elle est mise en avant à deux reprises dans le texte, permettant de conforter le CdR dans son rôle de moteur et renforcer sa visibilité dans la myriade d'institutions bruxelloises.

Cette année, 10 années donc après la toute première codification, le débat sur le Règlement Intérieur a repris, avec la mise en place d'une commission ad hoc. Sa tâche est anticipatrice car il faut «mettre à jour» les règles qui deviendront obsolètes, dès que les ratifications du Traité de Lisbonne seront terminées (en Espagne, la ratification par le vote du Parlement a déjà eu lieu le 8 octobre 2008) et que celui-ci entrera en vigueur. Les membres de la commission ad-hoc ont déjà approuvé la modification proposée visant, à la suite de la décision du Bureau de Dunkerque (CdR 229/2008 pt 8 a), à prévoir dans les avis du Comité des régions une référence explicite à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.⁷ La révision inclura également la possibilité de saisir la Cour de recours.

En l'état actuel des choses, la nouvelle formulation de l'article 50, dont la renumérotation est presque acquise, serait la suivante :

— 2 Les avis du Comité contiennent une référence explicite à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

— 3 Ces avis et rapports évoquent également chaque fois que possible les répercussions à attendre du point de vue de l'exécution administrative et des finances régionales et locales.

On comprend bien à quel point le Comité des Régions est engagé et impliqué dans la défense de la subsidiarité. A tel point qu'un réseau de monitoring a été créé.

7 Modification proposée à l'article 50 :

«1. Un avis ou un rapport du Comité expose les opinions et les recommandations du Comité sur le sujet examiné, ainsi que, le cas échéant, des propositions concrètes de modification du document débattu.

2 Les avis du Comité contiennent une référence explicite à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

3 2. Dans l'évaluation de ce dernier, le corps de l'avis Ces avis et rapports évoquent également chaque fois que possible le respect du principe de subsidiarité et les répercussions à attendre du point de vue de l'exécution administrative et des finances régionales et locales.

4 3. Le cas échéant, un exposé des motifs est élaboré sous la responsabilité du rapporteur. Il n'est pas soumis au vote. Il doit toutefois être en concordance avec le texte de l'avis qui est voté.»

2 · Le réseau de monitoring de la subsidiarité

Mis en place progressivement depuis 2004, le réseau de monitoring de la subsidiarité est une plateforme virtuelle qui vise à faciliter l'échange d'information entre les collectivités locales et/ou régionales (niveau infra-étatique) et l'UE — ce qui rappelle le «rôle ascendant» et «descendant» du Comité des Régions. En s'appuyant sur un site internet interactif, le réseau a comme fonction d'intervenir pour aider la Commission dans ses études d'impact. Il participe également aux consultations ouvertes ou ciblées :

— Si les consultations sont «ouvertes», alors les partenaires peuvent librement fournir leur analyse sur tous types de dossiers politiques ou législatifs dont est saisi le Comité.

— Pour les consultations ciblées, les sujets sont plus restreints et les partenaires s'expriment à l'invitation du rapporteur de telle ou telle opinion ; l'objectif principal est bien, là encore, la transmission effective d'information.

Le réseau réunit actuellement une centaine de participants, parmi lesquels figurent des parlements nationaux, locaux, des collectivités territoriales, des villes. Les critères, définis à la réunion extraordinaire du Bureau à Turku (point 3.2 CdR 191/2006 pt 8), permettent de lister les entités habilitées à rejoindre le réseau. L'Espagne est représentée par l'intermédiaire de 14 membres :

— Parlements régionaux : l'Assemblée législative de la Principauté des Asturies, le Parlement de Catalogne, le Parlement autonome basque, l'Assemblée d'Estrémadure ;

— Gouvernements ou exécutifs régionaux : le Gouvernement régional de la communauté autonome de Valence, le Gouvernement de la Communauté autonome du Pays basque, le Gouvernement régional de la communauté autonome de Madrid, la Junte de la communauté autonome de Galice, le Gouvernement des îles Canaries ;

— Collectivités locales : la Ville autonome de Ceuta, la Députation de Barcelone, la Ville de Madrid ;

— Associations de collectivités locales et/ou régionales : l'Association des municipalités d'Aragon, la Fédération des provinces et des communes d'Estrémadure.

Le réseau s'est constitué petit à petit sous l'impulsion du Comité des Régions (point 2.1.10 de l'avis CdR 121/2005 fin, et point 3.17 CdR 220/2004 fin, lignes directrices). L'échec du Traité constitutionnel ne devait en effet pas être considéré comme un échec en soi, du moins en ce qui concernait les principes de subsidiarité et proportionnalité. C'est pourquoi, en 2005, le Comité a initié un premier projet pilote visant à mettre en place le réseau de monitoring de la subsidiarité.

Du 31 octobre au 9 décembre 2005, a eu lieu le premier test dans la phase pilote. Ce test visait principalement à développer la méthodologie du réseau, grâce à l'implication de 21 partenaires (le Parlement régional des Asturies pour l'Espagne). Leur analyse devait s'étendre à deux sujets : d'une part le fonctionnement futur du réseau, et d'autre part l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité à deux propositions de la Commission européenne «Stratégie thématique sur la pollution atmosphérique» (COM(2005) 446 final) et «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe» (COM(2005) 447 final).

Les résultats ont montré le grand intérêt des autorités locales et régionales à participer au test, contribuant ainsi à élargir la base de consultation du Comité des Régions. L'analyse menée a abouti à la conclusion que les propositions de la Commission, dans l'ensemble, respectaient les principes de subsidiarité et proportionnalité, même si l'analyse d'impact révélait une prise en compte insuffisante des niveaux nationaux, régionaux et locaux.

En marge de ce premier test, le prototype du site du réseau a lui aussi été lancé. Actuellement en ligne, un «kit d'analyse» est mis à disposition des membres, qui comporte des documents tant sur la subsidiarité que sur la proportionnalité. On comprend bien que, même si c'est le principe de subsidiarité qui tient le haut du pavé, par référence au Règlement intérieur, celui-ci est tout à fait indissociable de la proportionnalité. A cet égard, le Protocole d'Amsterdam et la jurisprudence de la Cour de Justice sont particulièrement pertinents.

Après le succès du premier test, le Comité a lancé un deuxième test pilote pour la période du 6 octobre au 17 novembre 2006. Celui-ci portait sur la communication (COM(2006) 481) de la Commission sur «l'efficacité et équité des systèmes européens d'éducation et de formation», et la recommandation (COM(2006) 479) du Parlement européen et du Conseil «établissant le cadre européen des certifications pour l'apprentissage tout au long de la vie». La réflexion des 49 participants — pour l'Espagne : les Parlements des Asturies et de Catalogne, la Ville de Madrid et les Gouverne-

ments régionaux du Pays Basque et de Valence — était aussi focalisée sur l'amélioration du fonctionnement du réseau.

Quant aux résultats, l'analyse d'impact de la Commission s'est encore révélée insuffisante, mais les principes de subsidiarité et proportionnalité étaient globalement observés. Les conclusions ont mis à jour l'utilité et la nécessité du réseau afin de permettre d'amender les documents, soumis pour les avis du Comité.

En mars 2007, après la phase pilote, le Comité des Régions a rendu accessible le site du réseau de monitoring de la subsidiarité (CdR 86/2007 pt 6 b).

Le travail du réseau est désormais intégré aux procédures de consultation interne des commissions du Comité des Régions et trois consultations ont pu avoir lieu en 2007. La première consultation se concentrait sur «le troisième paquet énergétique relatif aux marchés de l'électricité et du gaz». La seconde portait sur les domaines de l'immigration et de l'emploi. La troisième consultation, quant à elle, concernait «l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers». Enfin, en 2008, les partenaires du réseau se sont exprimés sur le projet de lignes directrices concernant l'analyse d'impact de la Commission (publié en juin 2008).

Finalement, la conclusion de ces différentes consultations a été que l'intention était excellente, qu'il existait encore toutefois des problèmes de mise en œuvre et de suivi, notamment : une faible mobilisation des partenaires (manque de temps, de représentativité, de compétence), une procédure rigide et coûteuse (en ressources humaines et charge administrative), un fonctionnement du réseau uniquement en allemand, anglais et français.

Le Bureau du Comité a pour sa part insisté sur l'importance du principe de subsidiarité (septembre 2008, CdR 229/2008 pt 8 a) et réitère cette position régulièrement. Cette démarche de «promotion» ou «publicité» s'inscrit dans le cadre de la création de nouveaux partenariats. Depuis les 21 du premier test en phase pilote, le nombre des participants au réseau de monitoring de la subsidiarité n'a cessé de croître.

Dans le sillage du réseau de monitoring de la subsidiarité, le Comité des Régions promeut une autre manifestation, les «assises de la subsidiarité».

3 • Les assises de la subsidiarité

Les assises de la subsidiarité sont un forum politique des élus locaux, régionaux, et des représentants des institutions communautaires, pour l'appro-

fondissement de leur réflexion commune. Elles poursuivent le but de «mieux adapter la législation et les politiques européennes aux attentes des citoyens». ⁸ Les dernières assises se sont tenues le 8 mai 2009 à Milan, sous l'égide de la Région de Lombardie. Les résultats ont été particulièrement intéressants au vu des contextes économique et politique délicats. Mais tout d'abord il faut évoquer brièvement les assises plus anciennes.

Les 1^{ères} assises de la subsidiarité ont eu lieu le 27 mai 2004 à Berlin, au Bundesrat. A cette époque, les participants ont mis en exergue les apports du Traité instituant une Constitution pour l'Europe (même s'il n'est jamais entré en vigueur), c'est-à-dire le renforcement du rôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité avec le mécanisme d'alerte précoce pendant la phase pré-législative, et en phase post-législative, la possibilité pour le Comité des Régions de saisir la Cour de Justice et le contrôle juridictionnel relatif.

Les 2^{èmes} assises se sont quant à elles déroulées à Londres, le 29 novembre 2005, sous l'auspice de la Chambre des Lords. Les enjeux étaient une réflexion de fond sur la gouvernance locale (parlements nationaux et régionaux) dans la mise en œuvre du principe de subsidiarité, et dans l'implication de l'initiative mieux légiférer. Ces assises se sont par conséquent inscrites dans la droite ligne de l'avis du 12 octobre 2005 sur l'initiative mieux légiférer (CdR 121/2005 fin).

Pour en reprendre les points essentiels : le Comité des Régions s'engageait d'une part à encourager les processus de consultation et un dialogue structuré avec la Commission, d'autre part à étendre les domaines et le niveau de réflexion dans les analyses d'impact. À partir de ce moment, le réseau de monitoring a trouvé sa raison d'être et a donc pu se développer.

Par conséquent, ce n'est qu'en 2008, soit trois après Londres, que les assises de la subsidiarité se sont à nouveau retrouvées, le 24 octobre, au Sénat français. Cette 3^{ème} édition a cherché à explorer les liens entre le principe de subsidiarité et la gouvernance à niveaux multiples. Le thème d'étude était donc la coordination du travail des autorités locales, régionales, nationales et communautaires pour une Europe plus proche des citoyens (contrôle politique et juridictionnel).

8 Discours de Mme du Granrut <http://www.urban-logement.eu/IMG/pdf/Discours_de_Claude_du_Granrut.pdf>

En mai dernier, le Comité des Régions se réunissait à Milan, grâce au soutien de la Région de Lombardie. L'objectif des 4^{èmes} assises de la subsidiarité était de situer ce principe dans une approche fonctionnelle. En effet, les précédentes éditions avaient permis d'élaborer une stratégie politique du contrôle de la subsidiarité. Il fallait donc sortir de la vision purement institutionnelle et juridique.

Voici les conclusions qui ont résulté des concertations :

— Le principe de subsidiarité pourrait permettre de relever le défi de la légitimité démocratique des institutions européennes, et celui d'une meilleure prise en compte des besoins des citoyens. De même que l'action décentralisée est fondamentale, de même l'implication des autorités locales et régionales dans les processus décisionnels de l'UE, et partant du Comité des Régions, est primordiale.

— Les participants ont particulièrement insisté sur l'échange des meilleures pratiques dans l'application du principe de subsidiarité — en s'appuyant par exemple sur le réseau de monitoring —, et sur la nécessité d'une action concertée pour être moteur sur ce sujet. Certains ont présenté les projets mis en place dans leur région, dans les domaines de la santé (système en vigueur en Lombardie), de l'éducation (organisation suédoise d'écoles privées, la *Kunskapsskola*), de l'emploi des femmes (programme mis en œuvre à Chypre grâce à des fonds communautaires), de l'immigration (expérience grecque des «cités interculturelles»), des services sociaux (système anglais du «personal budget»), et de la coopération sur les droits de l'homme (expérience de la région de Vénétie).

— Ces assises ont enfin valorisé les avantages d'un partenariat renforcé entre les collectivités locales et régionales et les parlements nationaux, confortant ainsi les réformes à venir dès l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Il s'agit donc de consolider le principe de gouvernance à niveaux multiples.⁹

Cette conclusion permet de faire une transition vers la thématique de la «gouvernance à niveaux multiples» et l'initiative «mieux légiférer».

⁹ Communiqué de presse <<http://www.cor.europa.eu/pages/PressTemplate.aspx?view=detail&id=27e0f38b-15e7-4a73-88ff-bd9176a6947a>>

4 · Deux nouvelles initiatives : «gouvernance à niveaux multiples» et «mieux légiférer»

Le concept de gouvernance à niveaux multiples a été initié par le Livre Blanc de la Commission (COM(2001) 428 fin), de juillet 2001. Il correspond à une action démultipliée et complémentaire de l'Union, des États membres et des autorités régionales et locales. Le point de départ de cette notion est que le partage des compétences ne peut uniquement reposer sur un modèle pyramidale, car les objectifs démocratiques de l'Union ne seraient plus que difficilement atteignables. Les compétences doivent par conséquent être réparties, selon les possibilités d'intervention propres à chaque niveau. Un effort particulier de transversalité et de décloisonnement de l'action politique européenne est de ce fait nécessaire.

Au Comité des Régions, un débat a eu lieu pendant le premier semestre de 2009 sur une «Proposition de Livre blanc sur la gouvernance à niveaux multiples» dont les rapporteurs sont MM Van den Brande et Delebarre, Président et 1^{er} Vice-président du Comité respectivement. Le texte définitif a été adopté lors de la Session plénière du Comité, le 17 juin 2009. L'un des points particulièrement fédérateur est le rappel de la devise du Comité des Régions «construire l'Europe en partenariat». La gouvernance à niveaux multiples, correspond exactement à cela : mutualiser les forces de chaque échelon décisionnel pour mettre en œuvre une politique adaptée, légitime, transparente, ouverte, rapide et efficace.

Mais quel est le lien de la gouvernance à niveaux multiples avec le principe de subsidiarité ? Pour répondre à cette question, l'image utilisée par l'un des participants aux débats est assez caractéristique. Il y comparait le principe de subsidiarité au «squelette» des relations Union/Régions : rigide néanmoins indispensable. La gouvernance à niveaux multiples représentait quant à elle le «système nerveux, la chaire, les muscles», qui permet de réfléchir dynamiquement et s'adapter. Elle vise donc la promotion de meilleures pratiques notamment dans les domaines transversaux (pollution maritime, logements).

Pour résumer, à défaut de citer in extenso le texte de l'avis d'initiative du Comité, on pourrait retenir comme message essentiel que le «respect du principe de subsidiarité et gouvernance à multi niveaux sont indissociables: l'un a trait aux compétences des différents niveaux de pouvoir, l'autre met l'accent sur leur interaction».

Les propositions de mise en œuvre de la gouvernance à niveaux multiples sont, jusqu'à présent, souvent jugées insuffisantes, inadéquates, ou dif-

ficiles à évaluer en termes de valeur ajoutée ; mais elles représentent une avancée certaine. Il s'agit notamment de la méthode ouverte de coordination (M.O.C.), des accords tripartites (contrats et conventions) et du principe des partenariats dans la gestion des fonds structurels. La coordination du processus législatif est également indispensable dans une optique de plus grande efficacité (cf. initiative mieux légiférer).

Le Comité des Régions, pour sa part, s'engage plus spécialement dans la promotion d'une MOC territorialisée (cf. la stratégie européenne pour l'emploi dans le sillage de la stratégie de Lisbonne de 2000), le soutien des groupements européens de coopération territoriale (G.E.C.T.) et le développement d'instruments tripartites (par exemple, l'accord de 2004 entre la Lombardie, l'Italie et la Commission). Une autre piste concrète pourrait être une plateforme virtuelle de coordination, créée sur le modèle du réseau de monitoring de la subsidiarité.

En guise de conclusion, il est important de signaler que la Cellule de prospective du Comité organise des ateliers de réflexion sur le thème de la gouvernance à niveaux multiples. Ce sont des «laboratoires à expérimenter de nouveaux concepts, échanger des points de vue et développer des idées innovantes. Les ateliers réunissent des experts venus de toute l'Europe et au-delà, ayant cependant des parcours académiques différents.»¹⁰ Les thèmes de réflexion ont été, entre autres, «la gouvernance à niveaux multiples dans un monde multipolaire» ou encore «les instruments légaux et politiques de la gouvernance à niveaux multiples».

Concernant l'initiative mieux légiférer (2003), le but poursuivi par la Commission était là encore, à l'origine, d'améliorer la qualité de la nouvelle législation, et d'actualiser les règles existantes pour les rendre plus claires. L'un des outils afin de mieux légiférer et dans une perspective d'efficacité, est la décentralisation de la législation communautaire. Et celle-ci peut être atteinte grâce à une application approfondie du principe de subsidiarité et proportionnalité. Comme évoqué plus haut, la décentralisation est un facteur positif dans l'esprit des citoyens européens, dans la mesure où les autorités régionales et locales sont jugées plus dignes de confiance que les instances nationales ou les institutions européennes (cf. sondage eurobaro-

¹⁰ Les Ateliers sur le site internet du Comité : <<http://www.cor.europa.eu/pages/EventTemplate.aspx?view=folder&id=e2f5f6ca-997e-4fab-8004-838d80e86cda&sm=e2f5f6ca-997e-4fab-8004-838d80e86cda>>

mètre précité). L'une des raisons citées est qu'elles ont une approche parfois plus humaine des problèmes rencontrés.

Le «Livre blanc sur la gouvernance à niveaux multiples» comporte donc, lui aussi, des suggestions pour simplifier les procédures, améliorer la législation communautaire. Il propose notamment une implication plus grande du Comité des Régions dans la phase pré-législative, avec les analyses d'impact prises en charge dans le cadre du réseau de monitoring de la subsidiarité. Enfin, une autre piste de réflexion est évoquée : «La capacité des autorités régionales et locales d'appréhender le droit communautaire doit être confortée en vue de renforcer la sécurité juridique au sein de l'Union européenne et de faciliter la bonne transposition de la législation communautaire» (point VII, CdR 89/2009 fin).

Les derniers développements seront consacrés au Traité de Lisbonne.

5 • Les apports du Traité de Lisbonne

Sous l'impulsion de la déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne (décembre 2001), la Convention a élaboré un projet de Constitution (2004). Parallèlement, le Protocole d'Amsterdam sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité est révisé pour permettre de s'adapter non seulement au nouveau Traité, mais pour également prendre en compte l'élargissement du 1^{er} mai, à dix nouveaux États. Le Traité constitutionnel, qu'on a aussi appelé Rome II, comporte alors en annexe le Protocole n°30.

Nonobstant le sort réservé au Traité instituant la Constitution, le Protocole a été repris et se trouve désormais annexé au Traité de Lisbonne.¹¹

11 Article 3ter du Traité sur l'Union Européenne

1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.

2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.

3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

L'article 2 est particulièrement pertinent pour la mise en valeur de la dimension locale et régionale de la consultation pré-législative : «Avant de proposer un acte législatif, la Commission procède à de larges consultations. Ces consultations doivent tenir compte, le cas échéant, de la dimension régionale et locale des actions envisagées», mission que le Comité des Régions sera à même de remplir.

Le Traité de Lisbonne, sous réserve qu'il soit ratifié, et comme l'avait prévu le Traité de Rome II avant lui, crée un mécanisme dit «d'alerte précoce» : si les parlements nationaux rendent un nombre significatif d'avis défavorables sur un projet de la Commission, elle devra reconsidérer sa proposition en conséquence. A noter que le Protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne évoque très précisément ce mécanisme d'alerte précoce à son article 3. Néanmoins, c'est aux États membres qu'il reviendra de fixer dans quelle mesure les assemblées régionales ou locales jouissant un pouvoir législatif devront être consultées (article 6 du Protocole sur la subsidiarité). On peut citer l'exemple des Bundesländer en Allemagne ou des parlements régionaux en Espagne.

L'intérêt de ce nouveau mécanisme «*ex ante*» est qu'il permet de faire aboutir les conclusions tirées des réflexions aussi bien sur le réseau de monitoring de la subsidiarité et les assises, que sur la gouvernance à niveaux multiples et l'initiative mieux légiférer. Une intervention, en amont, des Parlements nationaux contribue en effet à réduire le nombre de législations inutiles ou inappropriées, à mieux impliquer l'échelon national, régional et local, favorisant ainsi une meilleure application du droit communautaire. L'expertise des partenaires du réseau de monitoring sera sans nul doute, elle aussi, d'une grande importance.

De surcroît, à l'instar du Traité Constitutionnel, le Traité de Lisbonne introduit un contrôle a posteriori. Pour citer à nouveau au Protocole sur la subsidiarité, l'article 8 reconnaît au Comité des Régions et aux parlements nationaux la possibilité de saisir la Cour d'un recours en annulation, con-

Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole.

4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.

Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

crant ainsi l'importance du respect du principe de subsidiarité. En sus de ce droit de saisine pour violation du principe de subsidiarité, le Comité des Régions disposerait d'un droit de recours en sauvegarde de ses prérogatives s'il estimait que, dans les domaines de consultations obligatoires, soit celles-ci n'ont pas eu lieu, soit les procédures n'ont pas été respectées.

Comme l'avait déjà évoqué M. Christiaan Timmermans (Président de la deuxième chambre de la Cour de Justice) en janvier 2005, le Comité des Régions sera le «gardien de la subsidiarité». L'intervention de ce juge à la réunion extraordinaire du Bureau du CdR à Luxembourg, en janvier 2005, avait déjà mis en valeur les privilèges du Comité dans le contrôle de la subsidiarité (Traité de Rome II). Il estimait cependant que le nombre de recours serait probablement limité, dans la mesure où la subsidiarité est un concept assez subjectif — pour ne pas dire politique — qui est de ce fait difficilement contrôlé par le juge. La jurisprudence de la Cour était décrite d'ailleurs comme «assez maigre à ce sujet» puisque le débat se concentre normalement sur la base juridique de l'acte, et subséquemment sur le respect de la proportionnalité.

Concernant donc la subsidiarité, ce concept assez mouvant ne se prêterait que difficilement à l'analyse juridique. Toutefois M. Timmermans ouvrirait une possible voie de réflexion avec le chevauchement des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En effet, la subsidiarité concerne aussi bien la justification de l'acte que son ampleur et intensité.

Pour finir, la commission ad-hoc de révision du Règlement Intérieur tient des discussions, tendant à l'introduction des nouveaux articles 50 ter (recours pour violation du principe de subsidiarité) et 50 quater (manquement à la consultation obligatoire du Comité). Le Comité des Régions se prépare ainsi à assumer la tâche difficile mais essentielle qui lui échoira, à savoir ester devant la Cour en cas de nécessité.

— L'article 50 ter, prévoira les modalités du recours pour violation du principe de subsidiarité, contre un acte législatif pour l'adoption duquel le Comité aurait du être consulté.

La commission du Comité des Régions, en charge de l'élaboration du projet d'avis, pourrait proposer la saisine de la Cour statuant à la majorité. Néanmoins cette majorité est encore sujette à débats : majorité simple, qualifiée, du nombre de membres, des membres présents ? De même la question d'accorder le droit d'initiative à des délégations nationales ou à un groupe de 32 membres, est toujours ouverte.

L'Assemblée plénière, sur proposition du Président ou du Bureau, pourra prendre la décision de saisir la Cour à la majorité des deux tiers des voix et après vérification du quorum de présence de plus de la moitié de ses membres. Là encore, les débats sont ouverts. Cela dit, force est de constater que les systèmes de vote devraient permettre d'éviter toutes dérives ou tentations «particularistes» d'un nombre restreint de membres, dans la défense de leurs intérêts nationaux.

— L'article 50 quater, relatif au recours en sauvegarde de ses prérogatives, fonctionnerait sur ce même modèle décisionnel.

L'action du Comité des Régions devra en tout état de cause se concentrer en priorité sur la phase pré-législative et consultative. En effet il «vaut mieux prévenir que guérir», et par conséquent, les recours ne seront que des solutions de dernier... recours : diplomatiquement le Comité remettrait en cause l'action d'autres représentants élus (Parlement), l'action des États dont les membres sont issus (Conseil), ou celle du moteur de l'intégration européenne (Commission). En outre, le contrôle a posteriori est malléable, de telle sorte qu'une action portée à Luxembourg n'aurait pas nécessairement une issue favorable, mettant ainsi le Comité des régions dans une situation délicate.

Conclusion

En conclusion seront évoquées les perspectives offertes par le concept de «subsidiarité active»; il s'agit d'une prise en compte grandissante du local de la part de l'UE. Les médias répètent à l'envi «think global, act local», et cette assertion n'a jamais été aussi vraie. Pourtant, il est pareillement nécessaire que les ressources locales fassent l'objet d'une réflexion à part entière, surtout en période de crise. Tout ne peut pas être réglé à l'échelle mondiale ou européenne, et de nombreux problèmes pourraient trouver leur solution en faisant appel à la solidarité locale.

Il convient encore d'insister sur la nécessité de définir séparément les principes de subsidiarité et de proportionnalité, dans la mesure où il faut développer certains critères auxquels doivent répondre les propositions de législation (cf. grille d'analyse du réseau de monitoring de la subsidiarité). Concernant le principe de subsidiarité, les critères de détermination relèvent une importance particulière, notamment pour les Länder allemands ou

d'autres assemblées régionales avec des prérogatives législatives importantes. Pour des autorités locales ou régionales n'ayant pas de telles prérogatives, c'est en revanche le principe de proportionnalité qui prévaudra. D'autres enfin, concentreront leurs ressources sur les analyses d'impact. Ces concepts reflètent donc parfaitement les tensions et conflits d'intérêts qui peuvent exister entre les membres du Comité, car, au demeurant, il n'y aurait qu'un intérêt limité à procéder à l'analyse exclusive de l'un ou l'autre principe.

Pour finir, il est essentiel de réitérer que le travail interinstitutionnel est fondamental, comme le prouve par exemple l'accord de coopération entre la Commission européenne et le Comité des Régions. Cet accord vise expressément le rôle privilégié du Comité dans la mise en œuvre des principes de subsidiarité et proportionnalité et encourage une plus grande pro-activité du Comité. Cette collaboration peut être rapprochée de celle qui, au sein même des États membres, lie les instances nationales et les autorités locales ou régionales.

EL MECANISMO DE ALERTA EN EL TRATADO DE LISBOA

MARTA SOBRIDO PRIETO¹

*Profesora contratada, doctora en Derecho
Internacional Público, Universidad de A Coruña*

SUMARIO: I. Introducción. II. Nuevos actores en el procedimiento legislativo comunitario. A. Intervención en el procedimiento legislativo. B. Efectos sobre el autor del proyecto legislativo y sobre el legislador comunitario. III. Recorte a la autonomía de los estados miembros. IV. Consideraciones finales.

I • Introducción

El retraso en la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,² inicialmente fijada para el 1 de enero de 2009,³ ha desajustado las previsiones relati-

1 Titular del Módulo Jean Monnet «Las Regiones en la Unión Europea». Universidad de A Coruña. marta@udc.es.

2 En estos momentos está vigente el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) y el Tratado de la Comunidad Europea de la energía atómica (TCEEA); y anejo a estos tratados una serie de protocolos, entre ellos el Protocolo n.º 9 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE (en adelante, Protocolo n.º 9) y el Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo n.º 30). En el DO C 321 E, de 29.12.2006, pp. 1-331 (el DO es de libre acceso en <http://eur-lex.europa.eu/>) puede consultarse la última versión consolidada del TUE (pp. 5-36), del TCE (pp. 37-186), y de los citados Protocolos (Protocolo n.º 9: pp. 227-228; Protocolo n.º 30: pp. 308-311). La entrada en vigor del Tratado de Lisboa supondrá la modificación del TCE, que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE), y del TUE (que, para distinguirlo de la versión actual, lo denominaremos TUE^{Lisboa}); por su parte, los actuales Protocolos n.ºs 9 y 30 pasan a ser, con modificaciones en su texto: Protocolo n.º 1 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE (en adelante, Protocolo n.º 1); y Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo n.º 2). El Tratado de Lisboa aparece publicado en el DOC 306, de 17.12.2007. La versión consolidada puede consultarse en el DOC 115, de 9.5.2008: TUE^{Lisboa} (pp. 13-45); TFUE (pp. 47-199); Protocolo n.º 1 (pp. 203-205); y Protocolo n.º 2 (pp. 206-209).

3 Art. 6.2 del Tratado de Lisboa: «El presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación...».

vas a la puesta en marcha de los nuevos mecanismos de control de la subsidiariedad, y con ello las responsabilidades de España durante el primer semestre del año 2010, en que asumirá la presidencia de la Unión Europea (en adelante, UE);⁴ es posible, incluso, que durante la presidencia española se produzca la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁵ Circunstancias que nos han llevado, al fin, a participar en los ensayos piloto sobre el control de la subsidiariedad de las iniciativas legislativas europeas que desde el año 2006⁶ se están desarrollando en el marco de la COSAC, órgano de cooperación en el que se reúnen los órganos especializados en los asuntos comunitarios y europeos de los parlamentos de la UE.⁷

-
- 4 Como advierte SOBRINO HEREDIA, a diferencia de las anteriores presidencias españolas (1989, 1995, 2002), en esta ocasión España ha de coordinarse con Bélgica y Hungría, a quienes corresponden las presidencias del segundo semestre 2010, y primer semestre 2011, respectivamente. Así viene sucediendo desde el año 2007 (art. 2.4 del Reglamento interno del Consejo), y así se recoge en el Acta final del Tratado de Lisboa. SOBRINO HEREDIA, J. M., «El Tratado de Lisboa o la capacidad de Europa para reinventarse constantemente», Editorial de la *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 20, 2009.
 - 5 El Tratado de Lisboa, firmado por los Jefes de Estado de los 27 Estados miembros el 14.12.2007, debe ser ratificado por todos los estados miembros para entrar en vigor. En estos momentos, todos los países —menos Irlanda— han aprobado el Tratado de Lisboa, aunque en algunos el Jefe de Estado todavía no lo ha ratificado (República Checa, Polonia, Alemania). Alemania, siguiendo la sentencia de su Tribunal Constitucional Federal de 30.6.2009, en la que se confirma la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución alemana pero se dispone que no debe procederse a la ratificación hasta que se hayan adoptado las medidas complementarias de la ley sobre los derechos de participación parlamentaria; legislación que debe ser debatida y votada en otoño. Información publicada en la web oficial de la UE: <<http://europa.eu>; 30.6.2009>. Para un análisis de esta sentencia, pueden consultarse los trabajos publicados en la *German Law Journal* n.º 8, 2009; de libre acceso en <<http://www.germanlawjournal.com/>>. Irlanda es el único Estado en el que se ha articulado la aprobación mediante referéndum; todos los demás han optado por el procedimiento de aprobación parlamentaria. Irlanda convocó un primer referéndum el 12.6.2008, que obtuvo un resultado negativo; y está prevista la convocatoria de un segundo referéndum para el 2.10.2009. Según se dispone en el art. 6.2 del Tratado de Lisboa, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.
 - 6 El mecanismo de alerta temprana es una novedad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (octubre 2004), recogido y reforzado en el Tratado de Lisboa (diciembre 2007). De ahí que los trabajos de la COSAC sobre el mecanismo de alerta temprana se hayan iniciado con anterioridad al Tratado de Lisboa.
 - 7 Reglamento de la COSAC, publicado en DO C 27, de 31.1.2008, pp. 6-11. <<http://www.cosac.eu/>>

El Parlamento español⁸ participa en la COSAC y en la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la UE,⁹ pero es de los pocos parlamentos nacionales que no cuenta con representación ante la UE;¹⁰ al contrario que muchos otros no tiene un procedimiento para el control del principio de subsidiariedad en el marco actual¹¹ y, hasta el momento, tampoco había participado en las experiencias (ensayos piloto)¹² y estudios (grupo de trabajo)¹³ sobre el mecanismo de alerta temprana que se han llevado a cabo en la COSAC. Sin embargo, durante los seis primeros meses del año 2010 España asumirá la presidencia de la UE y, en consecuencia, el Parlamento español pasará a ocupar un lugar destacado en la COSAC.¹⁴ Razón por la que la Comisión mixta Congreso-Senado para la UE (en adelante, Comisión mixta) ha considerado necesario¹⁵ adquirir experiencia directa en los ensayos piloto.

8 Hablamos del Parlamento español para referirnos a las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado).

9 <<http://www.ipex.eu/ipex/cms/home/pid/24444;jsessionid=7BEFD28E2A22E5536645B92C61448CA3>>.

10 Representantes de los parlamentos nacionales ante la UE. Esta práctica, iniciada en 1991 por Dinamarca, es seguida actualmente por 24 de los 27 parlamentos nacionales, que cuentan con uno o varios funcionarios de manera permanente en Bruselas. Los únicos que no cuentan con ningún representante son los parlamentos español, maltés y eslovaco, así como el *Bundesrat* alemán, el *Senatu* rumano y el *Drzavni svet* esloveno. Sobre éstas representaciones, COSAC: *Décimo primer informe semestral*, mayo 2009; *vid.* pp. 25-42. Los Informes semestrales de la COSAC pueden consultarse en inglés y/o francés en <<http://www.cosac.eu/fr/documents/biannual/>>.

11 Desde su consagración como principio jurídico en el marco del Tratado CE, en 1993, la mitad de los parlamentos nacionales (entre los que no figura el español) han establecido diferentes procedimientos para el control de la subsidiariedad; y en su mayoría con mecanismos no ocasionales sino sistemáticos. COSAC: *Tercer informe semestral de la COSAC*; mayo 2005; *vid.* pp. 77-79.

12 Estas experiencias empezaron en julio de 2006. COSAC: *Sexto informe semestral*, noviembre 2006; *vid.* pp. 7-12.

13 En mayo de 2008, la COSAC constituyó un Grupo de trabajo para la aplicación del Protocolo n.º 2. Constituido por 41 personas (representantes de los parlamentos nacionales o de sus cámaras), celebró cinco reuniones entre los meses de julio y septiembre, y presentó sus conclusiones; pueden consultarse en COSAC: *Décimo informe semestral*; noviembre 2008; *vid.* pp. 17-26.

14 Arts. 2.5 y 3 del Reglamento de la COSAC, cit. Art. 2. 5. «La Troika Presidencial de la COSAC. La Troika Presidencial de la COSAC estará integrada por la Presidencia, la Presidencia anterior, la Presidencia siguiente y el Parlamento Europeo. Cada delegación estará integrada por dos miembros del Parlamento al que represente (...)». Art. 3: «Lugar de las reuniones. Las sesiones tendrán lugar en el Estado miembro que desempeñe la Presidencia, si bien las sesiones extraordinarias, las reuniones de los Presidentes y de los Grupos de Trabajo podrán celebrarse en cualquier lugar».

15 «La Comisión Mixta para la Unión Europea entiende que resulta inexcusable antes del comienzo de la Presidencia española el 1 de enero de 2010 —que deberá organizar la COSAC,

El Parlamento español —a través de su Comisión mixta— trabaja desde hace años en el estudio del mecanismo de alerta: en la pasada legislatura constituyó un Grupo de trabajo sobre el Sistema de alerta temprana, cuyo informe final fue aprobado por unanimidad en diciembre de 2007 por el plenario de la Comisión mixta;¹⁶ y en la actual legislatura ha creado una ponencia de estudio de los efectos, para las Cortes, del Protocolo n.º 2. Pero hasta ahora no había participado en ningún ensayo. La decisión de hacerlo, tomada en marzo de este año, ha exigido la aprobación de unos criterios provisionales;¹⁷ que, además, se han recogido en una propuesta de modificación de la regulación de la Comisión mixta.¹⁸

La aplicación del principio de subsidiariedad y su control, según el nuevo marco diseñado por el Tratado de Lisboa, está ya en la agenda del Parlamento español y los parlamentos autonómicos. El interés de una Jornada sobre las Comunidades Autónomas y el principio de subsidiariedad está fuera de toda duda. Felicito al Instituto de Estudios Autonómicos por ello, y les manifiesto mi más sincero agradecimiento por haberme invitado a participar en ella.

Me corresponde hablar sobre el mecanismo de alerta en el Tratado de Lisboa, y dado que la perspectiva nacional española es tratada en profundidad por el Profesor Eduard Roig Molés (*Instrumentos de colaboración entre las comunidades autónomas y el Estado*), yo presentaré el mecanismo desde la perspectiva comunitaria europea,¹⁹ destacando el hecho de que este nuevo sistema supone la incorporación de nuevos actores al procedimiento legislativo comunitario (II) y un recorte a la autonomía de los Estados miembros (III).

en la que corresponderá analizar las experiencias realizadas— acometer estos ensayos, aun cuando haya que hacerlos con criterios provisionales». Acuerdo de la Comisión mixta para la Unión Europea, de 24.3.2009; *BOCG*, sección Cortes generales, serie A, n.º 127, de 16.4.2009, p. 2. Puede consultarse en <<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones>>.

16 Publicado en el *BOCG*, sección Cortes Generales, serie A, n.º 474, de 4.1.2008.

17 Acuerdo de la Comisión mixta para la UE, de 24.3.2009, de aprobación de los criterios para la realización de ensayos piloto relativos al control del cumplimiento del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas. Acuerdo de la Comisión mixta para la Unión Europea, de 24.3.2009; *BOCG*, sección Cortes Generales, serie A, n.º 127, de 16.4.2009, pp. 2-3.

18 Texto aprobado por la Comisión mixta para la UE para adaptar la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión mixta para la UE, al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Acuerdo de la Comisión mixta para la Unión Europea, de 24.3.2009; *BOCG*, sección Cortes Generales, serie A, n.º 127, de 16.4.2009, pp. 3-5.

19 Dado que este trabajo se centra en un mecanismo introducido por el Tratado de Lisboa, tomaremos como referencia el TUE^{Lisboa}, el TFUE y los Protocolos n.ºs 1 y 2.

II · Nuevos actores en el procedimiento legislativo comunitario

Tomando como punto de partida la distinción²⁰ entre la función legislativa²¹ y la función de ejecución normativa y administrativa, se dispone que los actos vinculantes de derecho derivado (reglamentos, directivas, decisiones)²² pueden ser adoptados mediante un procedimiento legislativo (ordinario o especial)²³ o un procedimiento no legislativo (todos los demás, incluida la delegación²⁴ y la ejecución²⁵). Pero en el primer supuesto la denominación

20 Sobre la distinción entre actos legislativos y actos no legislativos (formulada en la Constitución europea, y que el Tratado de Lisboa mantiene) puede consultarse: BERING LIISBERG, J., «The EU constitutional Treaty and its distinction between Legislative and Non-Legislative acts – Oranges into apples?»; Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law; Working paper 1/2006; libre acceso en <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>>. MANGAS MARTIN, A., «Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía», *Revista General de Derecho europeo*, n.º 18, 2009, pp. 1-32.

21 ARACELI MANGAS («Algunos aspectos...»), cit., *vid.* p. 5) señala que «La función legislativa parte de un concepto que no se describe en el Tratado y que habrá que deducir del contexto general de los Tratados comunitarios como la capacidad de decidir los elementos esenciales de un régimen jurídico en un ámbito dado, estableciendo los principios que lo rigen, los objetivos generales y los elementos esenciales que conllevan las opciones políticas fundamentales».

22 Art. 288 TFUE.

23 Art. 289 TFUE: «1. El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el artículo 294. 2. En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial. 3. Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos. 4. En los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones».

24 Art. 290 TFUE: «1. Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. (...)».

25 Art. 291 TFUE: «1. Los estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. 2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo. 3. A efectos del apartado 2, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán previamente, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las

«legislador comunitario» no alcanza a todos los que participan en el procedimiento legislativo, sino que se reserva para quienes tienen la competencia de adoptar el acto (Parlamento Europeo y Consejo).²⁶ Esto deja fuera al autor del proyecto legislativo (con carácter general, la Comisión; aunque en algunos supuestos específicos los actos podrán ser adoptados a iniciativa de un grupo de Estados miembros;²⁷ o, también, a iniciativa del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones).²⁸ Y, por supuesto, deja fuera a los órganos consultivos, aun en aquellos supuestos en que su consulta sea preceptiva (Comité de las Regiones y Comité Económico y Social).

Al autor del proyecto legislativo no se le reconoce formalmente como legislador comunitario, y a los órganos consultivos tampoco. Pero todos ellos forman parte, aunque sea en muy distinta medida, del procedimiento legislativo comunitario. Como también, a nuestro juicio, todo actor al que se le reconozca formalmente la posibilidad de incluir su posición en el procedimiento legislativo; y con más razón si, además, tiene la capacidad de producir efectos sobre dicho procedimiento. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, éste será el caso de los parlamentos nacionales en el ámbito de las competencias compartidas. El mecanismo de alerta temprana les otorga esta posición.

El mecanismo de alerta temprana ideado por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (octubre 2004), más conocido como Constitución europea, producía efectos fundamentalmente sobre el autor de la propuesta legislativa: obligación de revisión de la propuesta. El Tratado de Lisboa (diciembre 2007) lo mantiene pero lo refuerza alcanzando al legislador comunitario: obligación de estudio y capacidad de retirar la

normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. 4. En el título de los actos de ejecución figurará la expresión «de ejecución».

26 La expresión *legislador comunitario* es utilizada en los arts. 4 y 7 del Protocolo n.º 2. En el art. 7 se aclara que la referencia incluye a Parlamento Europeo y Consejo: «... a) antes de que se concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) estudiará...».

27 Debemos tener en cuenta que, con el Tratado de Lisboa, el actual tercer pilar (título VI TUE: Disposiciones relativas a la Cooperación policial y judicial en materia penal) se comunitariza (título V TFUE: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) pero la iniciativa legislativa no corresponde en exclusiva a la Comisión, ya que respecto a la cooperación policial y judicial en materia penal se reconoce también la iniciativa de los Estados miembros; *vid.* art. 76 TFUE.

28 Se trata fundamentalmente —y así sucede también ahora— de los actos relativos a la reforma de sus respectivos Estatutos.

propuesta. Se trata de las llamadas tarjetas *amarilla* y *naranja*, respectivamente. Entendiendo que los titulares de estas «tarjetas» son los parlamentos nacionales. Por eso, en el segundo caso resulta más apropiada la denominación «tarjeta naranja» que «tarjeta roja», ya que quien puede decidir la retirada del proyecto no son los parlamentos nacionales, sino el legislador comunitario.

Con el Tratado de Lisboa, los parlamentos nacionales tendrán capacidad de intervenir en el procedimiento comunitario (A) y producir efectos tanto sobre el autor del proyecto legislativo como sobre el legislador comunitario (B).

A • Intervención en el procedimiento legislativo

Frente a las competencias comunitarias *exclusivas*,²⁹ que sólo pueden ser ejercidas por la UE, con las competencias comunitarias *compartidas*³⁰ la UE³¹ no sólo pierde la «exclusividad» sino también —en virtud del principio de subsidiariedad— la «preeminencia»,³² aunque la actuación de los estados está condicionada a la ausencia de acción de la UE.³³ De ahí que la adopción de un acto comunitario «innecesario» o que «no aporte» respecto

29 Art. 2.1 TFUE: «1. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión».

30 Art. 2.2 TFUE: «2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito (...)».

31 Debemos advertir que actualmente el principio de subsidiariedad se aplica a la CE (art. 5 TCE) pero que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo hará a la UE (art. 5 TFUE), puesto que toda referencia a la CE será sustituida por una referencia a la UE (art. 2 del Tratado de Lisboa). A efectos de una mayor comodidad para el lector, y dado que este trabajo se centra en un mecanismo introducido por el Tratado de Lisboa, nos referiremos a la UE.

32 Art. 5.3 del TUE^{Lisboa} (actual art. 5 del TCE): «3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (...).

33 Art. 2.2 TFUE: «2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los estados miembros (...) Los estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya».

a la actuación de los Estados supone un perjuicio para éstos. Dicho de otro modo: aunque en este juego de niveles (principal / subsidiario) se le otorga preeminencia al nivel nacional, la actuación de la UE descarta la actuación de los Estados. De modo que la única manera que, en estos casos, tienen los Estados para legitimar su actuación es deslegitimar la actuación comunitaria alegando que no se dan las condiciones exigidas: las denominadas³⁴ «prueba de necesidad» (la UE sólo puede actuar si los objetivos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados) y «prueba de valor añadido o eficacia comparada» (la UE sólo puede actuar si los objetivos pueden ser logrados mejor por la UE); y, para ello, los Estados podrán presentar un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por violación del principio de subsidiariedad.³⁵ No vamos a detenernos ahora en la actuación del Tribunal en estos asuntos, porque esta cuestión es abordada detenidamente por la Profesora Laura Huici (*La interpretación del principio de subsidiariedad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*), pero sí debemos advertir de las limitaciones de este control porque sus debilidades son, precisamente, las que justifican la existencia y fortalecimiento de otras vías de control. Y es que para que la pretensión de un Estado sea reconocida por esta vía (estimación del recurso de anulación), el Tribunal de Justicia deberá estar convencido de que la premisa sobre la que se funda la acción comunitaria (los objetivos no pueden ser alcanzados de manera suficiente a escala nacional, y pueden alcanzarse mejor a escala comunitaria) es falsa. Pero el alto contenido político de dicha premisa hace muy difícil que el Tribunal de Justicia pueda ir más allá del control de la motivación (los actos adoptados en el ámbito de las competencias compartidas deber motivarse respecto al principio de subsidiariedad, y el Tribunal de Justicia comprueba que dicha motivación existe y es adecuada).³⁶

La dificultad, en la práctica, del control *jurídico* (recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia) redimensiona la importancia del control *político*, fundamentalmente el ejercido antes de la adopción del acto.

³⁴ Así, en el Informe de la Comisión sobre subsidiariedad y proporcionalidad (XV Informe «Legislar mejor» 2007); COM (2008) 586, de 26.9.2008; *vid. p. 2*.

³⁵ Actual art. 230 del TCE.

³⁶ Actual art. 253 TCE: «Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado».

En cuanto a los sujetos legitimados para ejercer el control sobre el respeto del principio de subsidiariedad, nos encontramos con que el control jurídico —dirigido al acto legislativo comunitario— se deja en manos de los Estados y del Comité de las Regiones,³⁷ si bien la referencia a este último se puede prestar a cierta confusión.³⁸ Por su parte, el control político se va a dejar fundamental —pero no exclusivamente— en manos de los parlamentos nacionales.

El control político se ejerce por el momento —y el Tratado de Lisboa no lo modifica— a través de un mecanismo «general y posterior»: los Informes anuales elaborados por la Comisión, dirigidos al Consejo Europeo,

37 Art. 8 del Protocolo n.º 2: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo. De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta».

38 El art. 8 del Protocolo n.º 2, referido al control judicial del principio de subsidiariedad, dispone que «De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo [art. 263 TFUE], el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta». Y lo que dispone, exactamente, el art. 263 TFUE es que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el (...) Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar las prerrogativas de éstos»; el subrayado es nuestro. El Comité de las Regiones es un órgano consultivo cuya consulta —por Parlamento Europeo, Consejo o Comisión— es preceptiva en determinados ámbitos, y posible en cualquier caso; además, el Comité de las Regiones puede emitir dictámenes por propia iniciativa (art. 307 TFUE). La adopción de un acto que no respete estas previsiones podrá ser recurrida ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Comité de las Regiones. Pero, según entendemos, la fundamentación de dicho recurso de anulación ha de ser la violación de dichas prerrogativas. Sobre esta cuestión nos pronunciamos al comentar, en este punto, la Constitución europea, que tenía la misma redacción: SOBRIDO PRIETO, M., «El papel de las regiones en la Constitución europea», en *Revista General de Derecho europeo*, n.º 8, 2005, *vid.* pp. 34-36. No obstante, son mayoría los que consideran que tanto la Constitución europea antes, como el Tratado de Lisboa ahora, reconocen legitimación activa al Comité de las Regiones para interponer recursos por violación del principio de subsidiariedad contra actos legislativos europeos para cuya adopción el TFUE requiera su consulta. La Comisión, por su parte, también parece pronunciarse en este mismo sentido: «En lo referente al control judicial ex-post, el Tratado [de Lisboa] contiene nuevas disposiciones para que los parlamentos nacionales y el Comité de las Regiones planteen las presuntas vulneraciones del principio de subsidiariedad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»; XV Informe «Legislar mejor» (2007); *cit.*, p. 9.

Parlamento Europeo, Consejo, parlamentos nacionales; y del que también se envía copia al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.³⁹ El Tratado de Lisboa no modifica este control, pero añade un mecanismo «concreto y anterior»: alerta temprana relativa a las propuestas de actos legislativos comunitarios. Y este mecanismo de control, al que se atribuye un efecto determinado (tarjetas amarilla y naranja), se deja en manos de los sujetos perjudicados por la eventual violación. Cuando la UE adopta un acto en un ámbito en el que las competencias son compartidas, los directamente perjudicados son los Estados miembros porque ya no pueden ejercer su competencia en dicho ámbito; los estados y, más concretamente, en la mayoría de los casos, los parlamentos (nacionales o regionales).

Los parlamentos nacionales son, según el marco actual, destinatarios de los Informes anuales de la Comisión; y desde el año 2006 la Comisión transmite a los parlamentos nacionales todas las nuevas iniciativas y ha adoptado un procedimiento para contestar a los dictámenes que presenten los parlamentos nacionales.⁴⁰ El mecanismo de alerta temprana es un paso más en esta dirección; pero supone un salto cualitativo porque, como ya dijimos, sitúa a los parlamentos nacionales dentro del proceso (aunque sólo del relativo a los actos legislativos en ámbitos de competencias compartidas). Su posición dista mucho, por supuesto, de la del autor de la propuesta (generalmente, la Comisión) y del legislativo (Parlamento Europeo y Consejo); e incluso de la de los órganos consultivos (Comité Económico y Social; Comité de las Regiones), cuya consulta es en ocasiones preceptiva y que están llamados a pronunciarse sobre la totalidad de la propuesta. Los parlamentos nacionales no ejercen una función de asistencia,⁴¹ sino de alerta y, además, sólo deben pronunciarse sobre el respeto del principio de sub-

39 El primer Informe es de finales de 1994, y por el momento el último informe es el XV Informe: «Legislar mejor» (2007), publicado en septiembre de 2008 y referido al año 2007. Art. 9 del Protocolo n.º 2: «La Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. Este informe anual deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones».

40 Así, a finales de 2007 la Comisión había recibido 166 dictámenes de 25 parlamentos nacionales de 19 Estados miembros, en relación con 86 textos de la Comisión. La subsidiariedad (y la proporcionalidad) han sido temas importantes en las cuestiones planteadas por los parlamentos nacionales. XV Informe «Legislar mejor» (2007), cit.; *vid.* pp. 9-10.

41 Art. 13.4 TUE: «4. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas».

sidiariedad. Pero con el objeto de lograr su implicación,⁴² se reconoce oficialmente⁴³ su voz dentro del proceso, y —cuando tienen el peso suficiente— se le otorga un efecto (tarjetas amarilla y naranja).

Actualmente, en el proceso de adopción de actos legislativos comunitarios están representados el interés de la propia organización internacional (Comisión), de sus miembros (Consejo), de los ciudadanos (Parlamento Europeo), económico-sociales (Comité Económico y Social) y subestatales (Comité de las Regiones). Y con el Tratado de Lisboa —y más concretamente con el mecanismo de alerta temprana— pasarán a estarlo también los de los parlamentos nacionales. Aunque, a diferencia de los anteriores, el interés de los parlamentos nacionales no lo encarna una institución/órgano comunitario, sino ellos mismos: los propios parlamentos nacionales. Nadie los representa, y no cuentan con una voz única, sino individual: cada parlamento nacional —incluso cada cámara en el caso de los parlamentos bicamerales— puede elaborar un dictamen. Quizá, de este modo, se les concede menos y se les aproxima más. *Se les concede menos* porque no cuentan, dentro del marco institucional de la UE, con una institución/órgano que los represente; esto supondría para ellos un logro político, en el ámbito comunitario europeo y en el ámbito interno nacional. *Se les aproxima más* porque se les ofrece conexión directa, es su posición individual (la de cada parlamento/cámara nacional) la que llega a las instituciones. Aunque exista cooperación interparlamentaria, y se prevea su organización y el envío de contribuciones⁴⁴ (función que ya asume ac-

42 Preámbulo del Protocolo n.º 1: «(...) DESEANDO impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea e incrementar su capacidad para manifestar su opinión sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea y otros asuntos que consideren de especial interés, (...)».

43 Art. 3 del Protocolo n.º 1: «Los Parlamentos nacionales podrán dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad, con arreglo al procedimiento establecido por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el o los dictámenes motivados a los Gobiernos de esos estados miembros. Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el o los dictámenes motivados a la institución u órgano de que se trate».

44 Art. 10 del Protocolo n.º 1: «Una Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión podrá dirigir al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente. Esta Conferencia fomentará además el intercambio de

tualmente la COSAC),⁴⁵ al final, a efectos del mecanismo de alerta temprana, es la voz individual de cada uno de estos parlamentos/cámaras nacionales la que llega; su voz no se diluye en intermediarios o representantes.

La adopción de actos legislativos comunitarios europeos se lleva a cabo según un modelo (instituciones, procedimiento) muy diferente al nacional.⁴⁶ Y no olvidemos que la subsidiariedad, además de principio jurídico en el ámbito de las competencias compartidas, es también un principio inspirador de la UE. Y, como tal, apela a la proximidad.⁴⁷

Respecto a la proximidad no hay una única fórmula, ni unos únicos destinatarios directos. La UE responde a la consecución de unos objetivos, y la adopción de los actos (legislativos y no legislativos) necesarios para su consecución por parte de las autoridades «más cercanas» al ciudadano es proximidad. Pero la participación de las instituciones nacionales en la adopción de tales actos, cuando dicha adopción es asumida por autoridades «menos cercanas» al ciudadano, también es proximidad.

El hecho de ir más allá y no ver a los miembros (Estados miembros) como una sola voz, la de su ejecutivo central, creemos que tiene encaje en

información y buenas prácticas entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas. La Conferencia podrá asimismo organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, en particular para debatir asuntos de política exterior y de seguridad común, incluida la política común de seguridad y de defensa. Las aportaciones de la Conferencia no vincularán a los Parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición».

45 Actualmente, el Protocolo n.º 9 se refiere a la COSAC; en el nuevo Protocolo (Protocolo n.º 1), en cambio, se habla de «una Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión». Punto 6 del actual Protocolo n.º 9: «La COSAC podrá dirigir al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente sobre las actividades legislativas de la Unión, en particular respecto de la aplicación del principio de subsidiariedad, el espacio de libertad, seguridad y justicia, así como respecto de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales».

46 «The very language of modern democracy, its grammar, syntax and vocabulary, revolves around the state, the nation and the people ... The Union, it is generally accepted, is not a state. The result is a description of oranges with a botanical vocabulary developed for apples»; WEILER, J., *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999; *vid.* p. 268.

47 Preámbulo del TUE^{Lisboa}: «(...) RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, (...)». Art. 1 TUE^{Lisboa}: «(...) El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible». Art. 10.3: «3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos».

la idea de proximidad. A nuestro juicio, escuchar a sus ciudadanos (Parlamento Europeo), a sus entes subestatales (Comité de las Regiones) y sectores socio-económicos (Comité Económico y Social) es proximidad; como lo es, también, abrirse a la complejidad territorial de los Estados (participación de representantes subestatales en el Consejo y en los Comités de la Comisión; Comité de las Regiones). Y hacerle un sitio a los parlamentos nacionales, consideramos que también es un instrumento al servicio de la proximidad. El Tratado de Lisboa les reconoce a los parlamentos nacionales la capacidad de veto para la modificación en el sistema de adopción de decisiones en el seno del Consejo (de unanimidad a mayoría cualificada) o en el propio procedimiento legislativo (de un procedimiento especial al procedimiento ordinario).⁴⁸ Y les reconoce, también, el papel protagonista en la denuncia temprana —en el sentido de previa a la adopción del acto— de la violación del principio de subsidiariedad (mecanismo de alerta temprana).

B · Efectos sobre el autor del proyecto legislativo y sobre el legislador comunitario

El mecanismo de alerta temprana no es un mecanismo de *denuncia* sino, como su nombre indica, de *alerta*. Los parlamentos nacionales no se dirigen a un tercero, sino al artífice del acto legislativo: el autor del proyecto y

⁴⁸ Se trata de un procedimiento de revisión simplificado, que así evita que la reforma deba ser aprobada por todos los estados, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. Art. 48.7 TUE^{Lisboa}: «7. Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el título v del presente Tratado dispongan que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso. El presente párrafo no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa. Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice a adoptar dichos actos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en virtud de los párrafos primero o segundo se transmitirá a los Parlamentos nacionales. En caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en un plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión contemplada en los párrafos primero o segundo. A falta de oposición, el Consejo Europeo podrá adoptar la citada decisión. Para la adopción de las decisiones contempladas en los párrafos primero o segundo, el Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen».

el legislador comunitario. Y lo hacen antes de que la supuesta violación se produzca (mecanismos de alerta *rápida/temprana*). Es un mecanismo que se inicia con el proceso legislativo y va paralelo al mismo: los parlamentos nacionales reciben desde el primer momento los proyectos legislativos y, posteriormente, los eventuales proyectos modificados;⁴⁹ y disponen de un plazo máximo de ocho semanas para dirigir el correspondiente dictamen.⁵⁰ Es un mecanismo *previo* a la violación (adopción del acto legislativo) porque está destinado a *evitar* que se produzca (modificación o retirada del proyecto legislativo). Y para ello ejercen presión sobre el autor del proyecto legislativo y sobre el legislativo. Ellos son los destinatarios de la «llamada de atención»,⁵¹ pues son ellos los que recibirán el dictamen motivado que, en su caso, adopten los parlamentos nacionales.

Mediante el mecanismo de alerta temprana, la actuación de los parlamentos nacionales (envío de dictámenes alertando sobre la violación del principio de subsidiariedad) tendrá una serie de efectos sobre el autor del

49 Art. 4 del Protocolo n.º 2: «La Comisión transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión. El Parlamento Europeo transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales. El Consejo transmitirá los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, así como los proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales. El Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los Parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción».

50 Art. 4 del Protocolo n.º 1: «Entre el momento en que se transmita a los Parlamentos nacionales un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión y la fecha de inclusión de dicho proyecto en el orden del día provisional del Consejo con miras a su adopción o a la adopción de una posición en el marco de un procedimiento legislativo, deberá transcurrir un plazo de ocho semanas. Serán posibles las excepciones en caso de urgencia, cuyos motivos se mencionarán en el acto o la posición del Consejo. A lo largo de esas ocho semanas no podrá constatarse ningún acuerdo sobre un proyecto de acto legislativo, salvo en casos urgentes debidamente motivados. Entre la inclusión de un proyecto de acto legislativo en el orden del día provisional del Consejo y la adopción de una posición deberá transcurrir un plazo de diez días, salvo en casos urgentes debidamente motivados».

51 Art. 6 del Protocolo n.º 2: «Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá (...) dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad.(...). Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a los Gobiernos de esos estados miembros. Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a la institución u órgano de que se trate».

proyecto legislativo,⁵² de manera directa e indirecta. En primer lugar, los parlamentos nacionales pueden producir, ellos mismos, un doble efecto sobre el autor del proyecto legislativo; el más conocido es el efecto sobre su obligación de estudio y motivación (tarjeta amarilla), pero también ejercen —o deberían— un efecto sobre su conciencia. Además, los parlamentos nacionales pueden ejercer, indirectamente, un efecto sobre el autor del proyecto como consecuencia del efecto que ejerzan —directamente— sobre el legislador comunitario (efecto presión de la tarjeta naranja).

Sobre su «conciencia». Expresión no muy adecuada para referirse a una institución, en este caso el autor del proyecto legislativo, pero con la que pretendemos subrayar un tipo de obligación diferente a la de estudio y motivación, y que será la única que entre en juego en caso de que los dictámenes negativos de los parlamentos nacionales no alcancen los mínimos requeridos. El autor del proyecto legislativo (y avanzamos que también el legislador comunitario) está obligado a velar permanentemente por el respeto del principio de subsidiariedad,⁵³ de modo que esta obligación implica tomar en consideración los dictámenes que, sobre esta cuestión, emitan los parlamentos nacionales. Pero, además, por si esto no fuese suficientemente claro, se dispone expresamente que el autor del proyecto legislativo (y también el legislador comunitario) deberá tener en cuenta los dictámenes de los parlamentos nacionales.⁵⁴

Sobre su «obligación de estudio y motivación» (tarjeta amarilla). Esto nos sitúa ante aquellos supuestos en que los dictámenes negativos de los parlamentos nacionales alcanzan unos determinados mínimos (1/3 con carácter general, y 1/4 respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia). En tales supuestos, el autor del proyecto legislativo deberá volver a estu-

52 Acerca de la evaluación que realiza la propia Comisión con independencia del mecanismo de alerta rápida puede consultarse los Informes anuales que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9 del Protocolo n.º 30; especialmente el último —de 2008 pero referido a la actividad de 2007— en el que ya se da cuenta del Comité de Evaluación del Impacto (CEI), creado en noviembre de 2006; XV Informe «Legislar mejor» (2007), cit.

53 Art. 1 del Protocolo n.º 2: «Cada institución deberá velar de manera permanente por el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea».

54 Art. 7.1 del Protocolo n.º 2: «1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional (...)».

diar el proyecto, y motivar la decisión que adopte finalmente, ya sea la de mantener, modificar o retirar el proyecto legislativo.⁵⁵ Como acabamos de indicar anteriormente, el autor del proyecto legislativo debe velar de manera permanente por el respeto del principio de subsidiariedad. Pero la obligación de estudiar (no es lo mismo «tener en cuenta» que «estudiar»), y demostrar que efectivamente se ha llevado a cabo dicho estudio, sólo se exige al principio (motivación del proyecto legislativo)⁵⁶ y cuando un número considerable de parlamentos nacionales se manifieste en contra.

Por lo que se refiere al efecto que los parlamentos nacionales pueden ejercer directamente sobre el legislador comunitario, la más destacada, y conocida, es la relativa a la capacidad de veto del legislador (tarjeta naranja); pero debemos recordar que también se produce —o debería— un efecto sobre su «conciencia» (obligación de tener en cuenta los dictámenes de los parlamentos nacionales),⁵⁷ que sólo tendrá relevancia autónoma en

55 Art. 7 del Protocolo n.º 2: «1. (...) Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos (...). 2. Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia. Tras este nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de estados miembros, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. Esta decisión deberá motivarse».

56 Art. 5 del Protocolo n.º 2: «Los proyectos de actos legislativos se **motivarán** en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una **ficha con pormenores** que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar». (La letra negrilla es nuestra)

57 Art. 7.1 del Protocolo n.º 2: «1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos,

caso de no alcanzarse el mínimo exigido para la tarjeta naranja, pues de lo contrario, como veremos, el legislador tiene la obligación no sólo de tener en cuenta los dictámenes, sino de estudiar la compatibilidad de la propuesta legislativa.

La llamada tarjeta naranja constituye, a diferencia de los otros efectos (sobre la conciencia del autor y del legislador, y sobre la obligación de estudio y motivación del autor), una novedad del Tratado de Lisboa. Y es, verdaderamente, una novedad importante. Está prevista para aquellos supuestos en que la mayoría de los parlamentos nacionales (en realidad, la mayoría de los votos) consideren que un proyecto legislativo vulnera el principio de subsidiariedad. En caso de ser así, al contenido de la tarjeta amarilla (estudio y motivación por parte del autor del proyecto; posibilidad de mantener/modificar/retirar la propuesta legislativa) se añade una mayor implicación del legislador comunitario (estudio de la compatibilidad), dejando en sus manos la posibilidad de retirar la propuesta. Para ello, ha de tratarse de un procedimiento legislativo ordinario, y la retirada debe de tener lugar antes de que concluya la primera lectura. La decisión de retirada puede ser tanto del Consejo (se exige un 55% de los miembros, no de los votos) como del Parlamento Europeo (se exige mayoría, pero de los votos emitidos).⁵⁸ Como avanzábamos al referirnos a los efectos sobre el autor del proyecto legislativo, aunque la posición de dicho autor es la misma en ambos casos (tarjeta

tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional (...)).

- 58 Art. 7.3 del Protocolo n.º 2: «Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, la propuesta deberá volverse a **estudiar**. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir mantener, modificar, o retirar la propuesta. Si decide mantenerla, la Comisión deberá **justificar**, mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como los de los Parlamentos nacionales, deberán ser transmitidos al legislador de la Unión, para que los tenga en cuenta en el procedimiento: a) antes de que concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) **estudiará** la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los Parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión; b) si, por mayoría del 55 % de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se **desestimar**á la propuesta legislativa». (La letra negrilla es nuestra).

amarilla y tarjeta naranja), en el segundo supuesto puede verse sometido —imaginamos— a una mayor presión.

Hasta aquí hemos hablado sobre el efecto que, a través del mecanismo de alerta rápida, pueden ejercer directa e indirectamente los parlamentos nacionales sobre el autor del proyecto legislativo y sobre el legislador comunitario. Pero quisiéramos advertir, también, de la incidencia que, quizá, pueda tener este mecanismo sobre otras vías de control del principio de subsidiariedad. Como sabemos, respecto a este principio existen vías de control previo (de tipo político) y de control posterior (de tipo político y judicial), y el mecanismo de alerta temprana pertenece al grupo de controles previos de naturaleza política. De algún modo, todos estos mecanismos de alerta y de control conforman un todo; y aunque en este momento nosotros sólo estamos abordando uno de esos mecanismos, advertimos que para valorarlo en su justa medida es necesario tener en cuenta esas otras posibilidades. No sólo porque las debilidades de un mecanismo puedan tener más o menos importancia a la luz de las debilidades o fortalezas de otros mecanismos, sino, también, por el juego que indirectamente puedan llegar a establecer entre ellas. Pensemos, por ejemplo, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; su papel en este tema no ha cambiado (sí las vías para llegar a él, pero no el papel del Tribunal) y, sin embargo, es posible —o no, lo veremos— que este nuevo mecanismo de alerta temprana en manos de los parlamentos nacionales introduzca nuevas variables en el escenario al que, en su caso, deba enfrentarse el Tribunal de Justicia; imaginamos que si el Tribunal de Justicia debe conocer de un recurso de anulación por violación del principio de subsidiariedad, no será ajeno a cómo se ha desarrollado el mecanismo de alerta temprana.

III · Recorte a la autonomía de los Estados miembros

Esta Jornada aborda el tema de «Las comunidades autónomas y el principio de subsidiariedad», de modo que entiendo que los organizadores desean que yo mantenga este enfoque regional. Pero éste no es el único motivo para tratar ahora ciertos aspectos de la participación de las regiones en el control del principio de subsidiariedad. El reconocimiento regional que directa (cámaras nacionales de representación territorial) e indirectamente (parlamentos regionales) contiene la regulación del mecanismo de alerta temprana nos lleva a dedicarle esta segunda parte de nuestra intervención.

El reconocimiento de la afectación de las regiones con competencias legislativas no ha sido algo pacífico, hasta el punto de necesitar, hace más de diez años, de una Declaración a la que sólo se sumaron tres Estados,⁵⁹ entre los que no figuraba España, que consideraba que la firma abría la puerta a posturas favorables a una renacionalización de las políticas comunitarias.⁶⁰ Pero el Tratado de Lisboa —en la misma línea que la Constitución europea— reconoce ya esta afectación y, a la hora de darle satisfacción, apunta hacia fórmulas nacionales. Centrándose en los «sujetos» principalmente afectados por las violaciones del principio de subsidiariedad, que no son los ejecutivos sino los legislativos, el Tratado de Lisboa no fortalece las posibilidades de control político del Comité de las Regiones, sino que se orienta directamente hacia las cámaras nacionales de representación territorial y los parlamentos regionales. Por lo que se refiere al papel del Comité de las Regiones, me remito a la intervención del Dr. Pedro Cervilla Martínez (*El Comité de las Regiones y el principio de subsidiariedad*), que nos ofrecerá información precisa acerca de la implicación del Comité de las Regiones en este tema, pero sí quiero destacar ahora el hecho de que no participan en el mecanismo de alerta temprana.

59 Declaración de Alemania, Austria y Bélgica de la que tomó nota la Conferencia intergubernamental que preparó el Tratado de Ámsterdam (1997): «Declaración de Alemania, Austria y Bélgica sobre la subsidiariedad: Para los Gobiernos alemán, austriaco y belga es evidente que la acción de la Comunidad Europea, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo afecta a los estados miembros sino también a sus entidades, en la medida en que éstas disponen de un poder legislativo propio que le confiere el derecho constitucional nacional».

60 Intervención del entonces Ministro de Asuntos exteriores, Sr. Matutes, ante la Comisión mixta Congreso-Senado de la UE. «(...) La declaración sobre el principio de subsidiariedad, suscrita por Alemania, Austria y Bélgica, es reflejo de la posición mantenida por esos tres países durante la conferencia, que no coincide con la defendida por España y la inmensa mayoría de las delegaciones. Por ello, no era coherente ni lógico que el Gobierno español, una vez había trabajado por la fórmula que finalmente salió, firmara después esa otra declaración, que justamente la contradecía y contra la que se había pronunciado. El Gobierno ha explicado, en diversas comparecencias ante esta Comisión Mixta y en reuniones con las comunidades autónomas, las razones que fundamentan su posición. En ella no subyace prejuicio alguno contrario a una creciente participación de las regiones en asuntos de la Unión. Hay la lógica oposición a una interpretación del principio de subsidiariedad que puede renacionalizar las políticas comunitarias, con los importantísimos costes que ello tendría para el presupuesto nacional y para los presupuestos de las propias comunidades autónomas (...). *Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Comisiones Mixtas: para la Unión Europea*, n.º 91, de 10.3.1998, p. 1891.

El esquema que se ha seguido a lo largo de todos estos años⁶¹ ha sido el de considerar la participación regional en los asuntos europeos como una cuestión interna sobre la que, por tanto, los Estados disponen de absoluta libertad (principio de autonomía), de modo que los avances que se han producido lo que reconocían era la organización regional de los Estados (Comité de las Regiones, modificación regulación composición Consejo). Y, para ello, dejaban su articulación en manos de los correspondientes Estados: sistema de reparto de los representantes nacionales en el Comité de las Regiones; presencia regional, o no, en las delegaciones estatales (y, a su vez, ostentando la representación o formando parte de la delegación). Pero las regiones, por sí mismas, aunque sí han sido reconocidas en algunos ámbitos como personas jurídicas con intereses legítimos y diferentes al Estado del que formaban parte (así, en política regional, en materia de ayudas públicas e, incluso, ante el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) no han conseguido saltar, por lo que se refiere a su legitimidad política, las respectivas fronteras nacionales: su legitimidad política es la que les ofrezcan sus respectivos Estados, y esta remisión al ordenamiento interno parece constituir un freno a cualquier otro reconocimiento comunitario, cuando no lo es, por ejemplo, para los individuos.⁶² Y ¿en qué sentido se consolida o modifica, con el Tratado de Lisboa, este esquema? Por lo que se refiere al argumento principal, se consolida: la cuestión regional sigue considerándose, ante todo y sobre todo, una cuestión interna de los Estados. Pero aunque este anclaje es más claro que nunca, sus consecuencias presentan ciertas novedades, ya que de él se desprende la idea de *reconocimiento* (inclusión explícita en la identidad nacional) y, por primera vez, cierto recorte a esa *libertad* de la que gozan los Estados para organizarse internamente. Respecto al reconocimiento, nos remitimos a la intervención de la Profesora Susana Beltrán (*La inclusión de los principios de autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa*), que reflexionará sobre sus implicaciones. La referencia al recorte de libertad, en cambio, nos devuelve al mecanismo de alerta temprana.

61 Sobre el papel de las regiones hemos trabajado en SOBRIDO PRIETO: «El papel de las regiones...», cit. el trabajo, de 2005, toma como referencia el marco de la Constitución europea, pero las cuestiones allí tratadas no han sido modificadas por el Tratado de Lisboa; tan sólo habría que añadir la novedad de la tarjeta naranja.

62 Una persona con nacionalidad de un Estado miembro de la UE es, además, un ciudadano europeo; y aunque la ciudadanía europea depende de los ordenamientos nacionales, porque es cada Estado quien decide quiénes son sus nacionales, eso no ha sido un inconveniente.

Hasta ahora hemos hablado de los parlamentos nacionales pero sin advertir que, en realidad, el Tratado de Lisboa ha tenido en cuenta el hecho de que muchos de dichos parlamentos nacionales son bicamerales. El sistema que se establece es por votos (se exige 1/3 o 1/4 para la tarjeta amarilla; y 1/2 para la tarjeta naranja) y a cada parlamento nacional se le reconocen dos votos, que en el caso de los parlamentos bicamerales se reparten entre las dos cámaras: un voto cada cámara.⁶³ Así, en el caso de los parlamentos que, como el español, son bicamerales, tendrá el mismo peso a estos efectos la cámara de representación ciudadana (en España, el Congreso) que la cámara de representación territorial (en España, el Senado). La UE no se entromete en la configuración de los parlamentos nacionales. Cada Estado decide si su parlamento tiene una o dos cámaras. Pero en caso de que tenga dos cámaras (y así sucede con casi la mitad de los parlamentos nacionales)⁶⁴ cada una de ellas tendrá un voto. Y esto no es una *posibilidad* (como sí es el envío de un representante regional al Consejo de Ministros), sino una *imposición*. El Estado no tiene margen, aunque después las cámaras puedan llegar a un acuerdo entre sí,⁶⁵ como ha sido el caso en España a través de la Comisión mixta UE.⁶⁶ Frente a la *indiferencia* de los tratados anteriores

63 Art. 7.1. del Protocolo n.º 2: «1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional. Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto».

64 Contamos con datos de 2004, cuando la UE estaba integrada por 25 estados. Entonces, de los 25 Estados, 13 eran unicamerales (Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Eslovaquia, Suecia) y 12 bicamerales: Austria (Nationalrat y Bundesrat; Bélgica: Cámara y Senado; República Checa: Cámara y Senado; Francia: Cámara y Senado; Alemania: Bundestag y Bundesrat; Irlanda: Dáil y Senado; Italia: Cámara y Senado; Polonia: Sejm y Senado; Holanda: Cámara y Senado; Eslovenia: Asamblea Nacional y Consejo Nacional; España: Congreso y Senado; Reino Unido: Cámara de los Comunes y Cámara de los Lores). COSAC: *Second bi-annual Report: Developments in European Union. Procedures and Practices relevant to Parliamentary scrutiny*, noviembre 2004; *vid. pp. 32-33*. Por su parte, Rumanía tiene 2 cámaras, y Bulgaria 1.

65 Sobre los acuerdos y procedimientos de los parlamentos nacionales para su adaptación al Tratado de Lisboa, puede consultarse COSAC: *Décimo informe semestral*, noviembre 2008; *vid. punto 1.5.*, pp. 13-15.

66 Texto aprobado por la Comisión mixta para la UE para adaptar la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la UE, al Tratado de Lisboa, *cit.*

(entre los que no incluimos la Constitución europea), el Tratado de Lisboa *se preocupa*, tímidamente, por la articulación a nivel interno de los intereses regionales en los asuntos comunitarios, puesto que cuando un parlamento tiene dos cámaras, una suele ser de representación territorial

Y así, con este mismo espíritu es como interpretamos la referencia a los parlamentos regionales según la cual «incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas».⁶⁷ No se establece una obligación clara de consultar a los parlamentos regionales, pero parece darse por sentado que esto es lo lógico cuando las competencias en juego sean competencias de los parlamentos regionales.⁶⁸ En realidad, esta disposición no cambia las cosas, pues se refiere a una posibilidad que, en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados, no necesita de la autorización comunitaria. Por eso, porque no cambia las cosas, puede prestarse a distintas interpretaciones. El mensaje puede ser que se trata de una cuestión: 1. que excede de la competencia e interés de la UE; 2. que excede de su competencia; 3. que excede

⁶⁷ Art. 6 del Protocolo n.º 2. «Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas (...) dirigir a (...) un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas (...)».

⁶⁸ Así, en el caso español, aunque no se entrará a valorar la cuestión competencial. Art. 6 de la propuesta de modificación de la regulación de la Comisión mixta: «1. El Congreso de los Diputados y el Senado, tan pronto reciban una iniciativa legislativa de la Unión Europea, la remitirán a los Parlamentos de las comunidades autónomas, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas, a efectos de su conocimiento y de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea aplicable en la materia. 2. El dictamen motivado que, en su caso, pueda aprobar el Parlamento de una Comunidad Autónoma, para que pueda ser tenido en consideración deberá haber sido recibido en alguna de las Cámaras en el plazo de cuatro semanas desde la remisión de la iniciativa legislativa europea por las Cortes Generales. 3. Si la Comisión Mixta aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea, incorporará la relación de los dictámenes remitidos por los Parlamentos autonómicos y las referencias necesarias para su consulta». Texto aprobado por la Comisión mixta para la UE para adaptar la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la UE, al Tratado de Lisboa, cit.

de su competencia pero no de su interés. Nosotros, a la vista de las llamadas de atención a la organización interna de los Estados que en los últimos tiempos se ha permitido la Comisión,⁶⁹ de la nueva sensibilidad del Tratado de Lisboa hacia la implicación subestatal respecto al principio de subsidiariedad (reparto de votos en los parlamentos bicamerales, nueva redacción del principio)⁷⁰ e, incluso, de la nueva sensibilidad hacia los legislativos nacionales, nos inclinamos hacia la última de estas interpretaciones: a la UE le interesa que la participación regional en asuntos comunitarios (en este caso, el control del principio de subsidiariedad) se resuelva a nivel interno, y se resuelva satisfactoriamente.

IV · Consideraciones finales

El Tratado de Lisboa (2007) retoma y refuerza el mecanismo de alerta temprana que proponía la Constitución europea (2004). Y el resultado es el de un instrumento al servicio del principio de subsidiariedad, en más de un sentido. En primer lugar, y atendiendo a lo que parece ser su finalidad primera, porque refuerza el control respecto a eventuales violaciones del principio de subsidiariedad; entendida la subsidiariedad como *principio jurídico* que permite determinar a quién corresponde actuar —UE o Estados— en el ámbito de las competencias compartidas. En segundo lugar, porque contribuye a profundizar en la subsidiariedad; entendida la subsidiariedad como *principio inspirador* de la UE que aboga por la proximidad.

Respecto a la primera finalidad, la de control, este nuevo mecanismo incide en la dimensión (política) y momento (previo a la adopción del acto) que se considera más efectivo. Se sabía desde un principio, y la experien-

69 Comisión: «(...) se tiene la impresión de que los Gobiernos nacionales no siempre asocian en suficiente medida a los agentes regionales y locales en la preparación de sus posiciones sobre las políticas comunitarias. Cada Estado miembro debe establecer mecanismos adecuados para organizar amplias consultas en el marco del examen y aplicación de las decisiones y políticas europeas que revistan una dimensión territorial. El proceso de decisión política de la Unión Europea y, en particular, su calendario deberían permitir a los estados miembros tener en cuenta la experiencia regional y local, y extraer las debidas conclusiones»; en *Libro blanco sobre la gobernanza*, cit., p. 14.

70 PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones», en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional (Jornadas de la AEPDIRI – Madrid, 17-18 diciembre de 2007)*, 2008, pp. 295-308.

cia así lo ha demostrado, que el control propiamente jurídico del contenido (y no de su motivación) del principio de subsidiariedad es difícil. De ahí la importancia del control *político* ejercido con *anterioridad* a la adopción del acto; aun cuando en realidad este control sea ejercido, en última instancia, por los propios autores del acto legislativo (autor de la propuesta y legislativo); pues es así como se ha articulado finalmente el mecanismo de alerta temprana (los parlamentos nacionales no tienen derecho de veto, lo que se les concede es la capacidad de poner en marcha el mecanismo; los únicos que pueden retirar la propuesta legislativa son el autor de la misma y el legislativo).

Y por lo que se refiere a la segunda finalidad, la de proximidad, consideramos que el mecanismo de alerta temprana se presenta como una de las principales vías de aproximación (a la UE) de los parlamentos nacionales. Con el Tratado de Lisboa los parlamentos nacionales asumirán un *protagonismo mayor* (principio de subsidiariedad; Espacio de libertad, seguridad y justicia; adhesión de nuevos miembros; revisión de los tratados),⁷¹ *netamente europeo* (sin la mediación de sus ejecutivos), e *individualizado* (cada parlamento o incluso —en el marco del mecanismo de alerta temprana— cada cámara nacional). Hasta ahora se les informa⁷² y se les reconoce capacidad para manifestarse, pero con una voz única (la COSAC) que, propiamente, no los representa y que no produce efectos determinados sobre las

71 Art. 12 TUE ^{Lisboa}: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual: a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea; b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado; d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado; e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado; f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea».

72 Información a los Parlamentos nacionales de los documentos de consulta y de las propuestas legislativas de la Comisión; *vid.* apartado 1 del protocolo n.º 9, cit.

instituciones.⁷³ Con el Tratado de Lisboa saltan, cada uno de ellos, a la arena política europea. Y su papel se nos presenta como una *contribución al buen funcionamiento de la UE*.⁷⁴ Una «contribución» que, a nuestro juicio, tiene más valor desde la óptica de la proximidad que desde la óptica de la democracia, pues ese segundo papel ya lo representa —en el marco de la UE— el Parlamento Europeo, cuyos miembros no sólo son elegidos directamente por los ciudadanos sino que, además, tienen cómo único ámbito de actuación el europeo.⁷⁵ El mecanismo de alerta temprana no es la única vía de aproximación de los parlamentos nacionales, pero sí una de las más importantes. Se trata de una aproximación respetuosa con la configuración de los Estados miembros (es cada Estado el que organiza sus instituciones nacionales) pero que va en la línea, iniciada ya con el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, de no identificar a los Estados con un solo interlocutor. En la UE la voz de un Estado no es sólo la de su ejecutivo (Consejo Europeo y Consejo de Ministros), sino también la de sus ciudadanos (Parlamento Europeo), sus entes subestatales (Comité de las Regiones) y sectores socio-económicos (Comité Económico y Social); y con el Tratado de Lisboa, lo será también la de sus parlamentos nacionales. Por supuesto, cada una de estas voces tiene un peso muy diferente pero todas cuentan con un reconocimiento formal en la escena europea.

Y también dentro de esta idea de proximidad podemos encajar las implicaciones regionales del mecanismo de alerta temprana. En un doble sentido. Por un lado, de un modo directo: reconocimiento de actuación en la escena comunitaria (cámaras nacionales de representación territorial). Por otro lado, de un modo indirecto: indicaciones acerca de su participación en

73 Vid. Apartado II del Protocolo n.º 9, cit. Punto 4: «La Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Europeos, en lo sucesivo denominada COSAC (...) podrá dirigir a las instituciones de la Unión Europea cualquier contribución que juzgue conveniente (...); Punto 7: «Las aportaciones de la COSAC no vincularán en absoluto a los parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición».

74 Art. 12 TUE ^{Lisboa}: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión...».

75 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se manifiesta también en el sentido de no identificar el refuerzo de la posición de los parlamentos nacionales como un incremento de legitimidad democrática de la UE, pero él lo interpreta como una muestra de desconfianza hacia el Parlamento Europeo. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional (Jornadas de la AEP-DIRI – Madrid, 17-18 diciembre de 2007)*, 2008, pp. 273-294; vid. p. 282.

la escena nacional (parlamentos regionales). La UE responde al difícil reto de la proximidad y la eficacia. La UE ha de ser un proyecto próximo (a los ciudadanos, a las instituciones nacionales...) pero eficaz. La eficacia debe modularse a la luz de la proximidad; la preocupación por la proximidad no debe conducirnos a procedimientos inoperantes. Una determinada estrategia de aproximación (en este caso, la de los parlamentos nacionales respecto al control del principio de subsidiariedad) puede articularse sobre la base de una etapa nacional (en este caso, la participación de los parlamentos regionales). Aunque, por ahora, respecto a esa etapa nacional, la UE sólo realiza indicaciones (no existe la obligación formal de contar, en el marco nacional, con los parlamentos regionales a efectos del mecanismo de alerta temprana).⁷⁶ Indicaciones más suaves, incluso, que las relativas a la participación de los parlamentos nacionales en el control judicial del principio de subsidiariedad (en las que, por cierto, el silencio del Tratado de Lisboa no debe entenderse como una exclusión de la participación regional).⁷⁷

76 Art. 6 Protocolo n.º 2: «(...) Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas (...)».

77 En el Art. 8 del Protocolo n.º 2 se dispone que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos (...) por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo (...)». Se alude a mecanismos nacionales que articulen la participación de los parlamentos nacionales, y no se nombra a los parlamentos regionales. Pero esto no impide que, en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental, los estados puedan incluir en dichos mecanismos a los parlamentos regionales. En este sentido, la Conferencia de presidentes de los parlamentos autonómicos de España (COPREPA), declaró recientemente su intención de: «Solicitar formalmente a las Cortes Generales que articule el sistema necesario, a fin de que en los recursos por violación del principio de subsidiariedad que el Gobierno pueda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión, sea tenido en cuenta la posición de los Parlamentos regionales con competencias legislativas», punto 4 de la Declaración institucional de la Conferencia Anual que tuvo lugar, en Cartagena, los días 4 y 5 de mayo de 2009; puede consultarse en <<http://www.coprepa2009.es/europa>>.

LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

LAURA HUICI SANCHO

*Profesora agregada de Derecho Internacional
Público, Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio de subsidiariedad como principio rector del ejercicio de las competencias compartidas. A. El principio de subsidiariedad como garantía para el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas frente a la Comunidad. B. La competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de subsidiariedad. C. Las modificaciones previstas en el Tratado de Lisboa: hacia un mayor reconocimiento del principio de proximidad en el marco de la subsidiariedad. 3. La jurisprudencia del Tribunal sobre el principio de subsidiariedad: principales líneas de interpretación. A. Los límites al principio de subsidiariedad como principio general del derecho comunitario. B. La interpretación del principio de subsidiariedad en su aspecto procedimental. C. La interpretación de los aspectos materiales del principio de subsidiariedad. 4. Consideraciones finales.

1 • Introducción

La articulación del principio de subsidiariedad en el seno de la Unión Europea ha sido y todavía es, en gran medida, una cuestión especialmente compleja. Los debates afectan tanto a la delimitación de su contenido y los términos en los que debe definirse, como a su propia naturaleza y alcance en tanto que principio general del ordenamiento comunitario. No menos controvertida ha sido la atribución al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) de la competencia de control sobre la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. Ciertamente, en este punto, las discusiones sobre la *bondad* del sistema parecen hoy

superadas.¹ No obstante, como veremos, la jurisprudencia del Tribunal en estos años evidencia una aproximación de *prudencia extrema* al controlar la acción de la Comunidad en relación al cumplimiento del principio de subsidiariedad, y es poco proclive a cuestionar la decisión de actuar adoptada por las otras instituciones.²

Si nos aproximamos a la cuestión desde la perspectiva de la salvaguardia de las competencias de las Comunidades Autónomas, cabe destacar que los tratados en vigor se refieren al principio de subsidiariedad con un doble contenido: como principio de proximidad y como principio rector del ejercicio de las competencias compartidas. Ciertamente, la afirmación de que en la Unión Europea las decisiones serán adoptadas en el nivel más próximo posible a los ciudadanos (Preámbulo y artículo 1 del TUE) constituye un elemento de gran interés para las Comunidades Autónomas en tanto que niveles subestatales de gobierno. Sin embargo, esta definición de la subsidiariedad como principio de proximidad queda fuera de la competencia del TJCE. Frente a ello, en el ámbito estrictamente comunitario, cuya interpretación y control sí corresponden a esta institución, el artículo 5 del TCE se refiere al principio de subsidiariedad únicamente como principio rector del ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros. Finalmente, el Tratado de Lisboa añade a esta definición una referencia explícita a los gobiernos locales y regionales.

1 Como destaca A. Estella, «hoy en día este debate está ya superado, después de que el Tribunal de Justicia haya establecido con claridad su competencia para pronunciarse sobre el principio en varias sentencias» (ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 84). A mayor abundamiento, como prueba del consenso existente en esta materia, cabe señalar además que el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Lisboa prevé ya explícitamente «la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad». Sobre este punto volveremos más adelante.

2 En este sentido, A. Estella señala que «las razones que explican dicha postura de distanciamiento con respecto al principio por parte del Tribunal son de tipo funcional pero también están relacionadas con los intereses particulares del Tribunal». Refiriéndose a estos intereses particulares, el autor indica dos razones: que «una aplicación sistemática del principio iría en contra de su propia agenda política (...) que la aplicación de un instrumento difuso desde un punto de vista jurídico como es la subsidiariedad plantearía a esta institución problemas de legitimación» (ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo...*, *op. cit.*, p. 8).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el objeto de este trabajo es analizar la posible incidencia de la competencia del TJCE, para controlar una correcta aplicación del principio de subsidiariedad, en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas que se ven afectadas por la actuación comunitaria. Partiendo de unas consideraciones iniciales sobre el contenido del principio de subsidiariedad recogido en el artículo 5 del TCE y la competencia del TJCE para su control e interpretación, el estudio prosigue con el examen de la principal jurisprudencia del Tribunal en relación con esta disposición del Tratado. La investigación permite identificar algunas constantes en la interpretación del TJCE y sus consecuencias principales, desde la perspectiva de los intereses de las Comunidades Autónomas. Igualmente, se destacan, a modo de reflexión personal, las nuevas perspectivas que nacen en este ámbito a la luz de las modificaciones previstas en el Tratado de Lisboa y sus Protocolos Anexos.

2 · El principio de subsidiariedad como principio rector del ejercicio de las competencias compartidas

Al plantearse su formulación como principio general del derecho comunitario, en las negociaciones previas a la adopción del Tratado de Maastricht, se puso claramente de manifiesto que el principio de subsidiariedad era objeto de muy distintas interpretaciones. Por un lado, la Comisión veía en su aplicación una vía para reforzar la legitimidad de la acción comunitaria. Por otro lado, la mayoría de Estados miembros aspiraban a que el principio de subsidiariedad ayudara a limitar la *vis expansiva* de la Comunidad. Incluso, había estados en los que la inclusión del principio de subsidiariedad en los tratados se planteaba también en clave interna, como garantía del respeto de las competencias de los entes territoriales descentralizados, cada vez más afectadas por el proceso de integración europeo.³

Finalmente, como veremos a continuación, después de muchas y diferentes propuestas, triunfaron las tesis partidarias de entender la subsidiarie-

3 Las distintas posiciones frente al principio y su incidencia en el texto final del Tratado se exponen someramente por R. DEHOUSSE, «La subsidiarité et ses limites», en *European Yearbook*, vol. XL, 1994, p. 27. Un estudio más extenso se encuentra en INSTITUT EUROPÉEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (ed.) *Subsidiarité défis du changement*, Documents de travail, Actes du Colloque Jacques Delors 1991, Maastricht.

dad con carácter descentralizador y, principalmente, en el sentido de limitar la acción de la Comunidad, en los ámbitos que no fueran de su competencia exclusiva, favoreciendo en su lugar *a priori* la actuación de los Estados miembros. La atribución al TJCE de la competencia de control sobre el principio de subsidiariedad se planteó como instrumento de legitimación y como garantía esencial para lograr su aplicación objetiva.⁴ Sin embargo, por su propia naturaleza, el principio de subsidiariedad plantea dificultades específicas para el control jurisdiccional. En este contexto y en relación con los intereses de las Comunidades Autónomas, el Tratado de Lisboa introduce algunas modificaciones especialmente significativas que es preciso considerar a la espera de que puedan influir en la jurisprudencia del TJCE.

A · El principio de subsidiariedad como garantía para el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas frente a la Comunidad

El principio de subsidiariedad, definido en el artículo 3B pár. 2 del TCE (actual artículo 5, pár. 2, TCE), prima la acción de los Estados miembros sobre la acción de la Comunidad. Según se prevé en esta disposición:

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

El principio establece primero una preferencia general por la acción de los Estados miembros —cuando ésta sea suficiente ya no es preciso que actúe la Comunidad— y segundo, en caso de acción comunitaria, la nece-

4 Como concluye A. Estella, «los estados miembros pretendieron, con la inserción de la subsidiariedad, introducir un elemento de tipo contra-mayoritario en el ámbito institucional comunitario. Utilizando una metáfora puede asimilarse a un intento por que la Comunidad se “ate las manos” ya que la decisión final sobre la necesidad (oportunidad) de una determinada actuación se desplaza, con la subsidiariedad, de la órbita del legislador comunitario a la órbita de una institución independiente de aquél, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», (ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo...*, *op. cit.*, pp. 177-178).

sidad de que ésta sea más eficaz que la actuación estatal; parece que sólo este «plus» de eficacia justificaría la acción de la Comunidad. La mayoría de la doctrina conviene, sin embargo, en que «se trata de dos criterios correlativos, pero no cumulativos (...) se trata de dos aspectos diferenciados de la misma condición».⁵

En relación con las competencias de las Comunidades Autónomas, cabe destacar la ausencia de toda referencia específica a los gobiernos regionales y locales en esta definición del principio de subsidiariedad en el TCE. Este ha sido un punto controvertido desde las negociaciones previas al Tratado de Maastricht, siendo rechazada siempre tal posibilidad. El principal argumento en contra radica en que la identificación del nivel de gobierno territorial competente para actuar, dentro de cada Estado, es una cuestión de competencia exclusiva del Estado que viene determinada, en todo caso, por su ordenamiento jurídico interno. No obstante, en su Declaración sobre la subsidiariedad presentada a la Conferencia Intergubernamental de 1996, Alemania, Austria y Bélgica, Estados miembros de estructura federal, afirmaban que:

es evidente que la acción de la Comunidad Europea de conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo afecta a los estados miembros sino también a sus entidades, en la medida en que éstas disponen de un poder legislativo propio que les confiere el derecho constitucional nacional.

Como tal, la declaración sólo produce efectos para estos tres Estados. Su contenido viene a confirmar, sin embargo, la conclusión de que, con carácter general, el párrafo 2 del artículo 5 del TCE constituye ya en sí mismo una garantía *directa* para los entes regionales y locales en el ejercicio de sus competencias frente a la *vis expansiva* de la acción comunitaria.

5 FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Col. Estudios Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p. 35. En el mismo sentido, R. Dehousse había señalado que «l'article 3b semble envisager un double test de subsidiarité (...) Cependant, ces deux tests ne peuvent être combinés de façon mécanique. En ce qui concerne le test d'efficacité, deux solutions sont possibles: ou l'action au niveau national peut être efficace, et les Etats membres doivent agir, ou il n'en est rien. Dans ce dernier cas, prévoir un test d'efficacité séparé n'a pas vraiment de sens: pourvu qu'elle soit elle-même susceptible de produire les effets recherchés, l'action communautaire sera nécessairement plus efficace que des mesures nationales inopérantes (...) Efficacité et efficacité représentent donc non deux conditions distinctes, mais deux aspects d'un même problème, l'efficacité constituant un élément nécessaire de toute évaluation d'efficacité» (DEHOUSSE, R., «La subsidiarité et...», *op. cit.*, pp. 31-32).

Efectivamente, en la lógica del sistema comunitario, el principio de subsidiariedad debe complementarse e interpretarse de conformidad con el principio de autonomía institucional. Según ha establecido el propio TJCE de forma reiterada, la aplicación del derecho comunitario por las autoridades nacionales se rige por las formas y procedimientos del ordenamiento jurídico interno de cada Estado.⁶ Ciertamente, en esta jurisprudencia el Tribunal subordina siempre el principio de autonomía institucional al principio de aplicación uniforme del derecho comunitario. Así, al determinar la responsabilidad por incumplimiento, el Tribunal afirma que «el reparto constitucional de las competencias entre *las autoridades estatales o descentralizadas* no tiene ninguna incidencia en la apreciación del incumplimiento».⁷ No obstante, el principio de aplicación uniforme del derecho comunitario requiere que, en todo caso, estemos ante una norma comunitaria válidamente adoptada y, por tanto, sus efectos se despliegan, en un momento posterior a la evaluación de la conformidad de la acción comunitaria respecto del principio de subsidiariedad.⁸ Con este enfoque, queda claro que, si en el ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros la aplicación del principio de subsidiariedad conlleva que la competencia para actuar corresponde a éstos últimos, ello no implica que corresponda forzosamente al gobierno o la administración central del Estado. Serán plenamente aplicables las normas del ordenamiento jurídico interno en relación al reparto de competencias entre los distintos niveles de gobierno existentes en cada Estado miembro. La competencia para actuar corresponderá al nivel de gobierno que, en función del

6 Véase, entre otras, las sentencias de 11 de febrero de 1971, As. 39/70, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor c. Hauptzollamt*; de 11 de diciembre de 1973, As. 122/73, *Nordsee*, o más recientemente, sentencia de 25 de marzo de 2004, Asunto C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio, Giovanni y Luciano Visentin y otros contra Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA)*, de 10 noviembre de 2005, As. C-307/03, *República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas*.

7 El propio Tribunal afirma que «corresponde a los estados miembros procurar que el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias por las autoridades competentes centrales y descentralizadas sea efectivo». Siguiendo con la vía de la autonomía institucional, es el derecho interno el que deberá prever la solución del problema, pero siempre con el límite de garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que impone el derecho comunitario. (*Vid.* entre otras la Sentencia del TJCE de 13 de junio de 2002, as. C-474/99, *Comisión contra Reino de España*, pár. 28)

8 Dicho de otro modo, si la norma se ha adoptado en violación del principio de subsidiariedad sería nula, y por tanto no cabría plantear su aplicación.

ámbito material o del tipo de medida a adoptar, determine el ordenamiento interno en cada caso.⁹

De lo anterior se deriva que la interpretación y aplicación que del principio de subsidiariedad realicen las instituciones comunitarias, aun en los términos en que lo define el actual párrafo 2 del artículo 5 TCE, afecta directamente al ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas, constituyendo «un instrumento para protegerse de la expansión de la acción de la Comunidad allá donde ellas son competentes».¹⁰ No obstante, la interpretación del principio que ha realizado el Tribunal hasta la fecha ha reducido en la práctica su posible papel como garante del ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

B • La competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de subsidiariedad

La inclusión del principio en la parte dispositiva del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea comporta la competencia del TJCE para interpretarlo controlando su correcta aplicación. El cumplimiento del principio de subsidiariedad puede invocarse desde una doble perspectiva:

1. Por un lado, podrá pedirse al Tribunal que valore si se respeta el principio en su aspecto procedimental, es decir, si la Comunidad ha cum-

⁹ Además de las citadas sentencias del TJCE, esa es también la interpretación que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (véase, entre otras, la sentencia 172/1992, de 29 de octubre, en relación al recurso de inconstitucionalidad 1314/1986, promovido por el Gobierno de la nación, en relación con la Disposición Adicional de la Ley 6/1983, del Parlamento de Cataluña, creada por el Decreto Legislativo 2/1986, de 4 de agosto, sobre adecuación de la Ley sobre residuos industriales a la normativa comunitaria, o más recientemente, la sentencia 45/2001, de 15 de febrero, Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con el Real Decreto 1888/1991, de 30 de diciembre, que establece un plan de reordenación del sector de la leche y de los productos lácteos; con el Real Decreto 1319/1992, de 30 de octubre, de normas para la aplicación de la tasa suplementaria en el sector de la leche y los productos lácteos, y con las Órdenes Ministeriales que los desarrollan).

¹⁰ TORRENT, R., «Las negociaciones sobre la reforma de los Tratados constitutivos de la unión y las comunidades autónomas: aspectos principales desde el punto de vista de las Regiones», en *Informe Pi i Sunyer sobre comunidades autónomas. vol. II, 1995-1996*, Barcelona 1997, p. 1235.

plido con su obligación de motivar su acción en relación al principio de subsidiariedad.¹¹

2. Por otro lado, el Tribunal podrá ser requerido a pronunciarse sobre la aplicación del principio en su contenido material, es decir, se le pedirá que valore si el objetivo que se persigue no puede lograrse mediante una acción de los Estados miembros, siendo la acción comunitaria más eficaz que una potencial actuación estatal.¹²

La competencia del TJCE para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad en su aspecto procedimental es muy semejante a su labor, ampliamente desarrollada en el marco de los recursos de anulación, de verificación del cumplimiento de los requisitos de forma en la adopción de los actos de derecho derivado. No se cuestiona la viabilidad de este control porque únicamente se trata de verificar si el acto en cuestión se ha motivado correcta y suficientemente, sin entrar en consideraciones de fondo. Frente a ello, la posibilidad de que el TJCE valore el principio de subsidiariedad en su contenido material suscita más reticencias. En contra de atribuir al Tribunal esta responsabilidad, se argumenta que tal labor sólo puede realizarse a partir de consideraciones de tipo político o de oportunidad, que no se adecuan a un control de naturaleza jurídica.¹³

11 En palabras de A. Estella, la «subsidiariedad procedimental» «supone una utilización del principio restringida a una finalidad puramente procedimental; es decir, supone que se haga una referencia al principio en el preámbulo de los actos jurídicos comunitarios, o, sin que éste se mencione expresamente, que se incluya en el mismo un listado de las razones que llevaron al legislador comunitario a la adopción de una determinada medida (...) la función del Tribunal de Justicia sería la de controlar que este requisito formal se ha cumplido. Sería, por tanto, un control no de carácter sustantivo, es decir, no de la oportunidad de la medida, sino simplemente de los aspectos formales de la misma» (ESTELLA DE NORIEGA, A., «La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B(2) del Tratado de la Comunidad Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1999, n.º 101, p. 92).

12 Para A. Estella «la subsidiariedad “material” supone dar un uso al principio destinado a responder a la pregunta de si la Comunidad debe o no actuar en un supuesto determinado (...) los criterios a utilizar para dar respuesta a tal pregunta serían los establecidos por el artículo 3B (2). Por su parte, la función del Tribunal se vería extendida, si decidiera entrar en la aplicación del principio, a realizar un juicio sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre si teniendo en cuenta los criterios de partida antes mencionados, la actuación del legislador comunitario estaba justificada», *ib.*, p. 92.

13 En este sentido J. M. Gil-Robles señala que «determinar si un objetivo puede o no ser alcanzado de manera suficiente por los estados miembros es un juicio político-organizativo, no una decisión basada en criterios jurídicos (...) El hecho de incluir ese concepto político en un texto

Ciertamente, parece difícil que se puedan identificar elementos objetivos que permitan establecer con claridad si un determinado objetivo puede lograrse de forma «suficiente» por los Estados miembros o incluso, en su caso, identificar cuál es el nivel de gobierno más eficaz para actuar.¹⁴ Sin duda, las valoraciones sobre el contenido material del principio de subsidiariedad se corresponden mejor con otro tipo de mecanismo de control de carácter más político y preferiblemente previo a la adopción de la norma.¹⁵ Ahora bien, lo anterior no significa que no sea posible un control jurisdiccional sobre estas cuestiones.¹⁶ En todo caso, la competencia del TJCE para controlar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad es hoy una cuestión bien establecida y mayoritariamente aceptada.¹⁷

normativo, como es el Tratado, lo convierte formalmente en norma jurídica. Pero eso sólo significa que los Tribunales que hayan de dirimir los conflictos tomarán decisiones políticas; con vestidura jurídica, pero de naturaleza y contenido político» (GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J. M., «El principio de subsidiariedad en la construcción europea», en *Cuadernos de la Cátedra Fauriol-Furió-Ceriol*, n.º 2, 1993, p. 25).

- 14 En este punto resultan especialmente esclarecedoras las preguntas que, según R. Dehousse, parecerían de obligada respuesta por el Tribunal en relación con la cuestión de cuál es el nivel más eficaz para adoptar una determinada norma: «la réponse à une telle question suppose une délicate évaluation qualitative (...) quels paramètres utiliser pour s'assurer de l'efficience de mesures nationales, dont certaines pourraient n'exister qu'à l'état de projet? (...) sur quelles bases pourraient-elle décider si les actions nationales auraient pu suffire pour atteindre les objectifs de la mesure? (...) en dépit des efforts déployés à la recherche de critères objectifs, la Cour sera forcé de procéder à une évaluation comparative de l'efficience des deux types de mesures» (DEHOUSSE, R., «La subsidiarité et ses limites», pp. 33-34).
- 15 Se trata de los mecanismos establecidos por las propias Instituciones implicadas en el proceso legislativo, como el Informe Anual de la Comisión sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, previsto en el Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 25 de octubre de 1993 (DOUE, C 329, de 6 de diciembre de 1993) o también, por ejemplo, el mecanismo de alerta rápida que se define en el Protocolo sobre el principio de subsidiariedad anexo al Tratado de Lisboa. (Sobre el mecanismo de alerta rápida véase, entre otros, la contribución de la Dra. M. Sobrido a esta misma publicación.)
- 16 Como se verá más adelante, el Tribunal ha realizado este control de necesidad y eficacia fundamentándose en criterios constantes como son que exista una situación que afecta al comercio intracomunitario y/o que se trate de materias que requieran de la armonización de legislaciones de los Estados miembros.
- 17 Así, por ejemplo, el grupo de trabajo «subsidiariedad» de la Convención europea, en sus conclusiones reconocía que «dado que el principio de subsidiariedad es un principio de carácter esencialmente político, cuya puesta en práctica implica un margen de apreciación significativo para las instituciones (...) el control del respeto de este principio debería ser de naturaleza política esencialmente y realizarse antes de la entrada en vigor del acto en cuestión (...), por el contrario, el control posterior de la subsidiariedad debía ser de naturaleza jurisdiccional». En relación con este último, se indica la existencia de un amplio consenso respecto a la nece-

En este contexto, frente a los más críticos respecto de la posibilidad de que el Tribunal se vea llamado a valorar la aplicación del principio de subsidiariedad en su contenido material, otros destacan el hecho de que «el Tribunal ya ha trazado en otras ocasiones el límite entre apreciación política, que pertenece a la esfera de autonomía del poder político y debe ser respetada por el control jurisdiccional, y respeto de los requisitos impuestos por el Tratado que impiden la arbitrariedad y están sujetos al control jurisdiccional».¹⁸ Como se verá en el siguiente apartado, la jurisprudencia del TJCE en torno al principio de subsidiariedad sigue en muchos aspectos la misma línea interpretativa establecida en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, a la elección de la base jurídica de los actos de derecho derivado o a la delimitación de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros.¹⁹

Finalmente, cabe señalar que para poder determinar si la acción de la Comunidad era necesaria en relación al principio de subsidiariedad, el Tribunal cuenta con las *directrices* que se indican en el Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad anexo al TCE:

Para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor a nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible cuantitativos.

sidad de «ampliar la posibilidad de recurso al Tribunal de Justicia por incumplimiento del principio de subsidiariedad», si bien se añade que «únicamente se deberá poder recurrir al procedimiento jurisdiccional en casos límite y previsiblemente excepcionales, cuando la fase política se haya agotado sin encontrar una solución satisfactoria» (*Informe del Presidente del Grupo I «Subsidiariedad» a los Miembros de la Convención*, Bruselas, 23 de septiembre de 2002, doc. CONV 286/02, publicado por la Oficina del Parlamento Europeo en España, Serie de Documentos de Conclusiones de los Grupos de Trabajo de la Convención Europea).

18 FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., *El principio de subsidiariedad...*, op. cit., p. 72.

19 La jurisprudencia del Tribunal en torno a la delimitación de competencias es de especial relevancia además, por cuanto el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad se ciñe al ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros. Así, hay que tomar en consideración la distinción establecida por el TJCE entre competencias que son exclusivas de la Comunidad «por naturaleza» y las competencias exclusivas «por ejercicio» (Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993). Sólo en relación al ejercicio de las competencias exclusivas por naturaleza se excluye la aplicación del principio de subsidiariedad.

Para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad.

Deberán aplicarse las siguientes directrices (...):

- el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los estados miembros;
- las actuaciones de los estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los estados miembros;
- la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los estados miembros.²⁰

El TJCE puede aplicar estos parámetros sobre la propia motivación de la medida objeto de análisis, evaluando así si la misma se ha adoptado de conformidad con las exigencias de fondo del principio de subsidiariedad.²¹

²⁰ En este punto cabe señalar que, como destaca R. Dehousse, en su contenido «the Protocol fails to add anything to what had been agreed at the European Councils of Birmingham and Edinburgh in 1992 or what was set down in the Interinstitutional Agreement of 28 October 1993 between the European Parliament, the Council and the Commission». Por ello, como afirma este autor, «the main innovation is of a qualitative, rather than substantive nature» y, en concreto, en relación al control del principio en su aspecto procedimental, añade «prior to the Amsterdam Protocol, it was not clear whether the failure of the Commission to justify its proposals with regard to the subsidiarity principle could lead to the annulment of a Community act (...) the fact that procedural requirements have been enshrined in a protocol therefore appears to give them added value», (DEHOUSSE, R., «European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure», *CMLR*, n.º 35, 1998, pp. 622-623).

²¹ Como afirma M. L. Fernández, «el control del Tribunal deberá ejercerse primordialmente sobre la motivación de las decisiones que deben precisar los hechos y las consideraciones sobre los que se basan. La motivación es, por ello, el elemento clave a la hora de discernir entre discrecionalidad y arbitrariedad», M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad...*, *op. cit.*, p. 70.

Con ello, queda patente que «la frontera entre la subsidiariedad en su sentido material y procedimental es más bien difusa: de alguna forma, la subsidiariedad material se halla implícita en la subsidiariedad procedimental, ésta presupone a aquélla».²² Sólo si valora ambos aspectos, podrá el Tribunal desarrollar plenamente su función de control. En el primero, el Tribunal determinaría si la acción está fundamentada en relación al principio de subsidiariedad y, en su caso, si ésta es suficiente; en el segundo, la decisión del Tribunal establecería si se ha fundamentado correctamente. Queda por ver cómo la interpretación del Tribunal sobre cuándo una situación tiene naturaleza transnacional, y/o cuándo supone un obstáculo para la consecución de los objetivos del Tratado ha supuesto que, en los casos resueltos por esta institución, el principio de subsidiariedad no ha servido, en general, para cuestionar la actuación de la Comunidad.²³

C · Las modificaciones previstas en el Tratado de Lisboa: hacia un mayor reconocimiento del principio de proximidad en el marco de la subsidiariedad

El Tratado de Lisboa introduce varias modificaciones en relación al principio de subsidiariedad que son especialmente significativas al objeto que aquí nos ocupa. Primero, se modifican los términos en los que el principio se define en el Tratado para incluir una referencia explícita a los entes regionales y locales. Segundo, se modifica el Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad anexo al Tratado para, por un lado, otorgar un papel principal a los parlamentos nacionales en la aplicación del principio de subsidiariedad —al crear el mecanismo de alerta rápida que les permite reaccionar frente a propuestas que consideren contrarias a dicho principio— y por otro lado, crear un recurso por violación del principio de subsidiariedad como modalidad específica del recurso de anulación de los actos de derecho derivado. Es interesante detenerse a analizar estas novedades que pueden tener consecuencias en la jurisprudencia del Tribunal en

22 ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo...*, op. cit., p. 60.

23 En este sentido A. Estella advertía que «la intervención comunitaria, lejos de obstaculizarse, podría llegar incluso a quedar apuntalada en muchos casos bajo la óptica de los criterios en los que el protocolo define materialmente el principio de subsidiariedad» (vid. ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo...*, op. cit., p. 68).

relación al principio de subsidiariedad y, en particular, en sus efectos para el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Por lo que se refiere al enunciado del principio de subsidiariedad, en tanto que principio rector del ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros, el nuevo artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea se redacta en los siguientes términos:

En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida a escala de la Unión.

Con ello, se abre una nueva puerta para que el TJCE valore la aplicación del principio de subsidiariedad en su dimensión regional y local aunque siempre, claro está, en clave europea, es decir, en relación con una posible acción de la Comunidad. Aunque en el proceso de integración europeo la subsidiariedad se concibe como un instrumento descentralizador, sus efectos no se despliegan entre los distintos niveles de gobierno existentes en cada Estado miembro, sino únicamente, en su caso, entre éstos y la Comunidad. Una vez más, cabe recordar que *a priori* el derecho comunitario no modifica (o no pretende modificar) el reparto de competencias entre los diferentes niveles territoriales de gobierno de los Estados miembros. Este reparto se regula por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Eso sí, la referencia explícita al nivel regional y local en el Tratado refuerza la idea, ya apuntada, de que el principio de subsidiariedad constituye también una garantía para el respeto de las competencias de estos entes territoriales frente a la Comunidad y que éstos tienen, por tanto, un interés directo en la interpretación y aplicación práctica de dicho principio.

Respecto al Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, contiene también algunas novedades importantes. No forma parte de nuestro objeto analizar el mecanismo de alerta rápida, que se prevé como nuevo mecanismo de control *ex ante*. A los efectos que aquí interesan baste destacar que, al quedar definido en el Protocolo, tal mecanismo pasa a ser también susceptible de control judicial, proporcionando nuevos elementos al Tribunal para pronunciarse sobre el contenido y aplicación del principio. En este sentido, sí cabe señalar que el Protocolo

sólo garantiza la participación en el mecanismo de los parlamentos nacionales, dejando aparentemente a su voluntad la decisión de «consultar cuando proceda a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas».²⁴ Ello constituye sin duda un límite importante a la posible incidencia de este mecanismo en una interpretación del principio de subsidiariedad más sensible a las prioridades regionales. Esta ausencia se ve en cierto modo compensada al regular el control *ex post*.

El nuevo artículo 8 del Protocolo reconoce la legitimación activa al Comité de las Regiones para recurrir ante el TJCE frente a aquellos actos que se han adoptado vulnerando el principio de subsidiariedad. Con ello, se responde a la reivindicación, planteada por el Comité desde su creación, en el sentido de reconocer que, en su condición de órgano de representación de los entes regionales y locales, tiene un interés específico en la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. La posibilidad de que el Comité de las Regiones recurra ante el Tribunal se limita, eso sí, a los supuestos en que se hubiera solicitado su dictamen, bien por consulta preceptiva cuando lo requiere explícitamente el TFCE, bien por consulta facultativa cuando las instituciones consideran afectados intereses regionales y/o locales. Quedarían fuera, sin embargo, los supuestos en los que el Comité decidiera elaborar un dictamen por propia iniciativa.

El Protocolo prevé igualmente la posibilidad de que sean los Estados miembros, a iniciativa de los parlamentos nacionales, los que recurran por violación del principio de subsidiariedad. Cabe destacar que, pese a las propuestas formuladas en este sentido, no se reconoce legitimación activa ni a las regiones con competencias legislativas, ni a los parlamentos regionales, ni a otro tipo de entes subestatales.²⁵

En definitiva, desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, por tanto, cabe tan sólo esperar que puedan apoyarse bien en el Parlamento es-

24 Art. 6, pár. 1º *in fine* del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

25 Pese a que ya en 1990 la Asamblea de Regiones de Europa había planteado una propuesta en el sentido de reconocer el derecho de las regiones para recurrir ante el TJCE por violación del principio de subsidiariedad, una década después el grupo de trabajo de la Convención europea sobre la subsidiariedad rechazó esta idea argumentando que «el grado y la forma de participación de las entidades regionales y locales en el trabajo de elaboración de la legislación comunitaria se determinan únicamente dentro del marco nacional» (*vid. Informe del Presidente del Grupo I «Subsidiariedad» a los Miembros de la Convención*, Bruselas, 23 de septiembre de 2002, doc. cit.).

pañol, previa petición de los Parlamentos autonómicos, para participar en el mecanismo de alerta rápida o para plantear recursos al Tribunal, bien en el Comité de las Regiones, como órgano en el que todas se hallan directamente representadas. En todo caso, el establecimiento de este recurso específico, que el Protocolo configura como una modalidad del recurso de anulación, permite augurar un aumento de los casos en los que el Tribunal sea llamado a pronunciarse en relación al principio de subsidiariedad, especialmente en supuestos de interés específico para las Comunidades Autónomas. En este contexto, tomando en consideración la reforma en su definición en el Tratado y los nuevos elementos objeto de juicio que puede proporcionar el mecanismo de alerta rápida, el TJCE podría introducir algunas variaciones en su jurisprudencia, hasta ahora poco sensible a los intereses regionales en este punto.²⁶

3 · La jurisprudencia del Tribunal sobre el principio de subsidiariedad: principales líneas de interpretación

Como ya se ha señalado, en un primer momento y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los tratados no prevén ningún recurso específico en relación al control del cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del TJCE. No obstante, la violación del principio se plantea en múltiples ocasiones en el marco de recursos de anulación contra normas de derecho derivado —de manera particularmente significativa ante el TPI en recursos de anulación contra decisiones de la Comisión en materia de libre

²⁶ Como ha señalado O. Porchia, «la Corte è chiamata a verificare il rispetto dei parametri indicati dalla nuova disciplina e in particolare di quelli che attengono alla dimensione regionale o locale: questa situazione potrebbe generare il rischio di infrangere il velo che dovrebbe proteggere le scelte di articolazione interna degli Stati in nome del principio di autonomia consacrato dall'art. 4 TUE (...) Altra questione delicata riguarda l'obbligo del Governo di impugnare l'atto per la cui adozione si è espresso in modo favorevole, magari nell'ambito della clausola di flessibilità. Ancora in via problematica è da chiedersi cosa possa succedere nel caso di richiesta di agire davanti alla Corte di giustizia alla quale il Governo non dia seguito: potrebbe la Corte di giustizia sindacare l'eventuale condotta omissiva del Governo?» (O. Porchia, «La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze» contribución a la Conferencia *Il Trattato di Lisbona e le Regioni: il controllo di sussidiarietà*, organizado dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, dall'EURAC Research e dall'Institut für Föderalismus di Innsbruck (Trento, 16-17 Aprile 2009, en prensa).

competencia—, recursos por incumplimiento contra algún Estado miembro y también en algunas cuestiones prejudiciales. Cabe señalar que las alegaciones fundamentadas en el respeto del principio de subsidiariedad se encuentran siempre entre los argumentos planteados en el proceso por los estados o por los particulares, y no a iniciativa de las instituciones —Comisión, Consejo o Parlamento Europeo— que sólo se refieren a él en respuesta a las alegaciones de las otras partes.

Las referencias a la violación del principio como causa de nulidad de una determinada disposición del derecho comunitario han sido las más numerosas. Este argumento ha sido utilizado por Estados miembros y por particulares en diferentes recursos de anulación, tanto desde una perspectiva puramente procedimental —violación de la obligación de motivar los actos conforme al principio de subsidiariedad— como en su vertiente material, alegando una incorrecta interpretación y aplicación del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones comunitarias al adoptar determinadas normas de derecho derivado. El aspecto material del principio de subsidiariedad y, en concreto, una incorrecta aplicación del mismo por la Comisión, ha servido también como argumento de los estados para defenderse de demandas por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del derecho comunitario. Finalmente, también los órganos jurisdiccionales nacionales han pedido al Tribunal que precise la interpretación del principio de subsidiariedad en diferentes cuestiones prejudiciales requiriéndole, por un lado, a que precisara el alcance de la obligación de motivar las medidas en relación con dicho principio, y por otro lado, a que delimitara si la medida comunitaria en cuestión era necesaria y eficaz para lograr sus objetivos.

En todo caso, pese a la diferente referencia o utilización del principio en unos y otros supuestos, las decisiones del Tribunal en cada caso permiten identificar una línea de interpretación bastante clara y bien establecida que se fundamenta en la consideración de la transnacionalidad de la medida, la distorsión de los objetivos del Tratado y los consecuentes beneficios de la actuación comunitaria sobre la de los estados miembros. La jurisprudencia contiene elementos de interés en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad, identificando los límites de su consideración como principio general del Derecho comunitario y estableciendo el alcance de sus efectos tanto en su aspecto procedimental como en su contenido material. Con carácter general, en todo caso, los posibles efectos del principio en relación con los intereses de las comunidades autónomas, como se anunciaba, se han visto mermados en la jurisprudencia

comunitaria por la tendencia del Tribunal de avalar la posición de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo respecto de la interpretación y aplicación del principio de subsidiariedad.²⁷

A · Los límites al principio de subsidiariedad como principio general del derecho comunitario

El estudio de la jurisprudencia comunitaria en relación al principio de subsidiariedad permite identificar tres límites claros en su consideración como principio general del derecho comunitario: primero, su carácter *no retroactivo* —no cabe plantear la compatibilidad con el mismo de una medida comunitaria anterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht—; segundo, y en relación con lo anterior, la aseveración de que subsidiariedad *no puede tener por efecto cuestionar la validez del acervo comunitario* —no se trata de aplicar el principio con carácter retroactivo, sino de que su aplicación pudiera llevar a modificar la atribución de competencias a la Comunidad según han sido interpretadas por el TJCE—²⁸ y tercero, la *aplicación exclusiva al ámbito material de las competencias compartidas* entre la Comunidad y sus Estados miembros y la posible *exclusión de su aplicabilidad* a las medidas comunitarias que se adopten como consecuencia de una posición o acción común en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común. El contenido de la jurisprudencia en torno a estos tres extremos se desarrolla en los próximos párrafos.

El argumento de la violación del principio de subsidiariedad como causa de nulidad de una decisión comunitaria se utilizó muy pronto. El 13 de abril de 1992, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, varias asociaciones de empresas de la construcción de los Países Bajos demandan la anulación de una decisión de la Comisión que las condenaba porque sus Estatutos violaban el apartado 1 del artículo 85 del TCE (rela-

27 En la línea que advertía R. Dehousse, la jurisprudencia del Tribunal en el caso AETR y en el Asunto 276/80 sugieren que «dorsque le Traité laisse une marge d'appréciation aux institutions politiques de la Communauté, la Cour n'est pas tenté de substituer sa propre interprétation à la leur» (DEHOUSSE, R., «La subsidiarité et...» *op. cit.*, p. 36).

28 El Tribunal responde así a la llamada de atención sobre el peligro de *renacionalización* de las competencias ya asumidas por la Comunidad que, como afirma M. L. Fernández se encuentra *latente* en el principio de subsidiariedad (FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., *El principio de subsidiariedad...*, *op. cit.*, p. 113).

tivo a acuerdos entre empresas que falsean la competencia).²⁹ La violación del principio de subsidiariedad aparecía como pretensión subsidiaria de otras causas de nulidad presentadas con carácter principal. Las asociaciones destinatarias de la decisión pretendían que ésta era contraria al principio de subsidiariedad, porque:

a causa de su experiencia en el mercado neerlandés de la construcción, las autoridades neerlandesas se hallaban en una situación mucho mejor que la Comisión para aplicar el Derecho de la competencia a los reglamentos de que se trata. A este respecto, precisan que no puede reprocharse a las autoridades neerlandesas el no haber intervenido para preservar la competencia, puesto que prohibieron algunos de los aspectos de los reglamentos que consideraban contrarios al Derecho nacional de la competencia.³⁰

Las demandantes alegan que el principio de subsidiariedad se encontraba ya implícitamente recogido en los tratados antes de su incorporación expresa con la reforma operada en Maastricht. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia (TPI), aunque reconoce la naturaleza del principio de subsidiariedad como principio general del derecho comunitario a partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el 1 de noviembre de 1993, niega que tenga carácter retroactivo y, por tanto, acoge los argumentos de la Comisión en este sentido.³¹

En relación al límite del respeto del acervo comunitario, en el Asunto C-326/07, al resolver un recurso de incumplimiento contra Italia por establecer determinados criterios de ejercicio de derechos especiales del Estado para la participación en empresas privatizadas, el Tribunal determina que:

29 Sentencia del TPI de 21 de febrero de 1995, As. T-29/1992, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende organisaties in de Bounijverheid y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*.

30 Sentencia del TPI de 21 de febrero de 1995, As. T-29/1992, *cit. supra*, p. 323.

31 Sentencia del TPI de 21 de febrero de 1995, As. T-29/1992, *cit. supra*, párrafos 324, 326, 330 y 331. También el TJCE ha señalado la irretroactividad del principio de subsidiariedad. En respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por dos órganos jurisdiccionales alemanes en relación con la validez de las disposiciones de dos Reglamentos adoptados en el ámbito de la Política Agrícola Común, el Tribunal declara que «el párrafo segundo del artículo 3 B del Tratado no estaba todavía en vigor al adoptarse los Reglamentos nos. 1765/92 y 2066/92 y que esta disposición no puede aplicarse retroactivamente» (Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-36/97 y C-37/97, p. 35).

si bien, esencialmente, los estados miembros gozan de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público y de seguridad pública, dado que tales exigencias constituyen excepciones a una libertad fundamental, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Comunidad Europea. Así pues, el orden público y la seguridad pública sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.³²

Se rechaza así la pretensión de Italia en el sentido de que la aplicación del principio de subsidiariedad avalaría la normativa nacional, porque en situaciones que presentan un peligro para los intereses vitales del Estado es más adecuada la acción a nivel estatal que comunitario. Como recordaba en sus conclusiones sobre el asunto el Abogado General Ruiz-Jarabo, la aplicación del principio de subsidiariedad:

ha de efectuarse, en palabras del propio Tratado CE, respetando sus disposiciones generales y sus objetivos, primordialmente en lo referente al pleno mantenimiento del acervo comunitario.³³

Y en relación con la posición italiana añade:

un empleo en términos tan vagos del principio de subsidiariedad toparía con la seguridad jurídica que el Tribunal de Justicia impone para eludir el rigor de los compromisos asumidos por los estados miembros en el Tratado.³⁴

En la misma línea, entrando ya en el tema de la delimitación del ámbito material de aplicación del principio, en el Asunto 491/01, un órgano jurisdiccional británico planteó al Tribunal varias cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación y validez de la Directiva 2001/37 relativa a la fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco en relación

³² Sentencia del TJCE de 26 de marzo de 2009, As. 326/07, Comisión contra Italia, pág. 70.

³³ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 6 de noviembre de 2008, As. C-326/07, Comisión contra Italia, pág. 72.

³⁴ *Ib.* pág. 75.

con su compatibilidad con el principio de subsidiariedad. En esta ocasión, Bélgica y el Parlamento Europeo alegaron la imposibilidad de realizar tal examen de compatibilidad porque:

el principio de subsidiariedad, en la medida en que sólo surte efectos en aquellos ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Comunidad, no se aplica a la Directiva, por cuanto ésta, adoptada con miras a la realización del mercado interior, se encuentra comprendida en dicha competencia exclusiva.³⁵

En su respuesta, el TJCE realiza dos consideraciones de especial interés en torno a la delimitación del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Por un lado, recuerda que:

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, precisa, en su apartado 3, que el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia.³⁶

Por otro lado, el Tribunal aclara que la competencia de armonización de legislaciones para la realización del Mercado interior es compartida, y por tanto es posible evaluar la Directiva en cuestión conforme al principio de subsidiariedad.³⁷

En estrecha relación con el tema del respeto del acervo comunitario, cabe destacar también que en el ámbito de la política de la libre competencia, el TPI ha señalado que el principio de subsidiariedad:

no cuestiona las competencias que el Tratado CE confiere a la Comisión, entre las que se encuentra la aplicación de las reglas de la competencia y,

35 Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2002, As. 491/01, cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), pár. 175.

36 Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2002, As. 491/01, *cit. supra*. pár. 178.

37 *Ib.*, pár. 179. Como se verá más adelante, el Tribunal, tras analizar la Directiva en relación con las exigencias materiales del principio de subsidiariedad, termina señalando su compatibilidad.

en particular, el derecho a realizar inspecciones para comprobar si en realidad se producen las infracciones objeto de sospecha.³⁸

Un último aspecto, en relación al ámbito material de aplicación del principio de subsidiariedad, es el que suscita la jurisprudencia del TPI en respuesta a los recursos de anulación planteados contra algunos Reglamentos comunitarios que tienen por objeto dar cumplimiento a posiciones comunes del Consejo, adoptadas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común. En ambos casos, se trata de medidas que, en última instancia, desarrollan obligaciones de los Estados miembros derivadas de determinadas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuya aplicación requiere una acción de la Comunidad. Algunos de los particulares afectados por las medidas adoptadas plantearon la violación del principio de subsidiariedad como causa de nulidad. En contra de esta postura, el TPI defiende que el principio de subsidiariedad no es aplicable a las medidas adoptadas sobre la base de los artículos 60 y 301 TCE porque:

las propias disposiciones citadas prevén la intervención de la Comunidad cuando la acción de ésta “se considerare necesaria” mediante una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común (PESC).

(...) El Tratado CE confiere así a la Unión la facultad de determinar cuándo una acción de la Comunidad es necesaria. Esta decisión es el resultado del ejercicio de una facultad discrecional de la Unión, por lo que queda excluido el derecho de los particulares a impugnar, a la luz del principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 CE, párrafo segundo, la legalidad de la acción posterior llevada a cabo por la Comunidad con arreglo a la posición común o a la acción común PESC de la Unión.³⁹

³⁸ Sentencia del TPI de 8 de marzo de 2007, As. 339/04, France Télécom SA contra Comisión, pár. 89.

³⁹ Sentencia del TPI de 12 de julio de 2006, As. T-253/02, Chafiq Ayadi contra Consejo, párrafos 109 y 110. Véase también en el mismo sentido la sentencia del TPI de 31 de enero de 2007, As. T-362/04, Leonid Minin contra Comisión. En el pár. 89 de esta última el TPI afirma: «no cabe invocar dicho principio en el ámbito de aplicación de los artículos 60 CE y 301 CE, ni siquiera suponiendo que no sea de competencia exclusiva de la Comunidad».

En conclusión, con carácter general, las medidas comunitarias que encuentren su origen en posiciones o acciones comunes adoptadas por el Consejo en el ámbito de la PESC no pueden examinarse, según esta jurisprudencia, a la luz del principio de subsidiariedad.

B · La interpretación del principio de subsidiariedad en su aspecto procedimental

El incumplimiento de la obligación de motivar la acción comunitaria en relación al principio de subsidiariedad fue utilizado como argumento por el Reino Unido y por Alemania en sendos recursos de anulación presentados en 1994. En el asunto C-84/94, el Reino Unido recurre en anulación la Directiva 93/104 del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo del trabajo. En el asunto C-233/94, Alemania plantea un recurso de anulación de la Directiva 94/19 del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.⁴⁰ Resulta *paradójico* que estando estos dos Estados entre los principales defensores de atribuir al TJCE la competencia para controlar una correcta aplicación del principio de subsidiariedad, llegado el momento limiten sus alegaciones ante el Tribunal al aspecto procedimental de la subsidiariedad.⁴¹ Es de interés detenerse en el examen detallado de estas dos sentencias.

En el primer caso, la argumentación del Reino Unido en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad es un tanto confusa. Por un lado, este Estado afirma que:

el legislador comunitario ni ha efectuado un examen completo ni ha demostrado satisfactoriamente si dicha materia tenía aspectos de carácter transnacional que no habrían podido regularse adecuadamente con medi-

⁴⁰ Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1996, As. C-84/94, Reino Unido contra Consejo, y de 13 de mayo de 1997, As. C-233/94, Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo.

⁴¹ Como ha señalado A. Estella, «ambos estados miembros utilizaron el argumento de la subsidiariedad, pero al mismo tiempo restringieron claramente el radio de acción de dicho argumento (...) a pesar de que la lógica discursiva del derecho hubiera permitido una solución distinta (...) La paradoja de la subsidiariedad se encuentra, en consecuencia, no tanto en la dificultad intrínseca de su utilización con éxito ante el Tribunal de Luxemburgo, sino precisamente en esta especie de inmolación que los demandantes realizaron de la proyección jurídica del principio en sede judicial», A. ESTELLA DE NORIEGA, «La paradoja de la ...», *op. cit.*, pp. 93-94.

das nacionales, si tales medidas hubieran sido incompatibles con las exigencias del Tratado CE o si hubieran perjudicado sensiblemente los intereses de los estados miembros y, por último, si una acción emprendida a escala comunitaria ofrecía ventajas claras en comparación con una acción emprendida por los estados miembros. Pues bien, el artículo 118 A debe interpretarse a la luz del principio de subsidiariedad, que no permite la adopción de una Directiva formulada de manera tan general e imperativa como la Directiva controvertida, dado que la amplitud y la naturaleza de la normativa sobre el tiempo de trabajo varían muchísimo de un Estado miembro a otro.⁴²

Hasta aquí puede parecer que el Reino Unido está pidiendo al Tribunal que se pronuncie sobre el contenido material del principio, valorando si la adopción de la Directiva era una acción necesaria o si en los términos en los que ha sido adoptada es compatible con las exigencias del principio de subsidiariedad. Sin embargo, el propio Reino Unido señala explícitamente en sus alegaciones que *no invoca la violación del principio de subsidiariedad como motivo autónomo*, sino como un aspecto complementario dentro de su argumentación en torno a la base jurídica errónea de la Directiva.⁴³ Así, según se desprende de la sentencia, el Reino Unido pone el acento en la ausencia de justificación de la Directiva en relación al principio de subsidiariedad:

el Gobierno del Reino Unido alega que corresponde a las Instituciones comunitarias demostrar que los objetivos perseguidos por la Directiva se alcanzarán más fácilmente a escala comunitaria que mediante una actuación de los estados miembros. Ahora bien, en el caso de autos tal demostración no existe.⁴⁴

42 Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1996, As. C-84/94, Reino Unido contra Consejo, pág. 46.

43 Sentencia del TJCE As. C-84/94, *cit. supra*, pág. 46 *in fine*. La Directiva se fundamenta en el artículo 118A del TCE, que preveía la aplicación del procedimiento de cooperación, es decir, a priori, la mayoría cualificada en el seno del Consejo, con un derecho de doble lectura del Parlamento Europeo, y el Reino Unido defendía que debería haberse recurrido a los artículos 100 o 235 del TCE, que exigían la unanimidad del Consejo y la mera consulta al Parlamento Europeo.

44 Sentencia del TJCE As. C-84/94, *cit. supra*, pág. 54.

La ambigüedad de las alegaciones del Estado se traduce en una respuesta del Tribunal de carácter general y, a su vez, también paradójica. El Tribunal rechaza la alegación *basada en la inobservancia del principio de subsidiariedad* en su aspecto procedimental —por la ausencia de demostración de que la acción comunitaria era necesaria—, remitiéndose a sus consideraciones sobre el aspecto material, y concluye que en el caso de autos la actuación comunitaria sí era necesaria:

el artículo 118 A encarga al Consejo adoptar disposiciones mínimas con el fin de contribuir, mediante la armonización, a la consecución del objetivo de elevación del nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que, con arreglo al apartado 1 de la referida disposición, incumbe en primer lugar a los estados miembros. Al haber constatado el Consejo la necesidad de mejorar el nivel existente de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y de armonizar, dentro del progreso, las condiciones existentes en ese ámbito, la consecución de dicho objetivo mediante disposiciones mínimas supone necesariamente una actuación comunitaria.⁴⁵

Del párrafo anterior se deriva que el Tribunal considera que se cumplen las exigencias de la subsidiariedad porque, primero, el Tratado atribuye una competencia específica a la Comunidad en la materia y, segundo, el objetivo de la medida requiere proceder a la armonización de las legislaciones nacionales.

En el Asunto C-233/94, Alemania sí claramente configura la violación de la obligación al motivar la Directiva en relación con el principio de subsidiariedad como un argumento principal:

El Gobierno alemán sostiene que la Directiva debe ser anulada por haberse incumplido la obligación de motivar los actos impuesta en el artículo 190 del Tratado. Afirma que la Directiva no ofrece ninguna justificación sobre su compatibilidad con el principio de subsidiariedad (...) Añade que, puesto que este principio limita las competencias de la Comunidad, y siendo el Tribunal de Justicia competente para controlar que el legislador comunitario no ha rebasado sus competencias, dicho principio debe someterse al

⁴⁵ Sentencia del TJCE As. C-84/94, *cit. supra*, p. 47.

control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Además, alega que la obligación de motivar los actos contenida en el artículo 190 obliga a tener en cuenta consideraciones esenciales de hecho y de Derecho en las que se basa un acto jurídico, entre las que figura el respeto del principio de subsidiariedad.

(...) Con carácter preliminar, debe señalarse que, en este motivo, el Gobierno demandante no sostiene que la Directiva haya infringido el principio de subsidiariedad, sino que sólo reprocha al legislador comunitario no haber señalado motivos que justificaran que su actuación era conforme con este principio.⁴⁶

Frente a estos argumentos el Tribunal señala que *la obligación de motivar los actos* de derecho derivado en relación al principio de subsidiariedad no exige *la mención expresa de dicho principio*. Lo importante es verificar si las instituciones *precisaron las razones por las que estimaban que su acción era conforme con el principio de subsidiariedad*.⁴⁷ En el caso, el Tribunal desestimó la posición alemana porque diversas consideraciones de la Directiva se referían a la necesidad y a la eficacia de una acción en el marco comunitario para lograr los objetivos previstos en la misma.⁴⁸

Esta ha sido la postura del Tribunal en todos los casos en los que se ha argumentado la violación de la obligación de motivar la acción comunitaria en relación al principio.⁴⁹ La adopción del Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad,⁵⁰ así como del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y propor-

46 Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, As. C-233/94, cit. supra, párrafos 22 y 24.

47 *Ib.* pár. 28.

48 *Ib.* pár. 26 y 27.

49 En la Sentencia del TJCE de 9 de octubre de 2001, As. C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, frente a la ausencia de una referencia explícita al principio de subsidiariedad en los considerandos de la Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el Tribunal afirma que «la justificación de la observancia del principio de subsidiariedad se encuentra implícita pero necesariamente recogida en los considerandos quinto, sexto y séptimo de la Directiva, que ponen de manifiesto que, si no se produce una intervención comunitaria, la evolución de las legislaciones y prácticas nacionales obstaculizará el buen funcionamiento del mercado interior. La Directiva está, por lo tanto, suficientemente motivada a este respecto» (pár. 33).

50 Firmado el 25 de octubre de 1993, DOCE C 329, de 6 de diciembre de 1993.

cionalidad anexo al TCE, han reducido los supuestos en los que se alega la violación del aspecto procedimental del principio de subsidiariedad ante el Tribunal. En ambos textos, se detalla la obligación de la Comisión de justificar ampliamente sus propuestas de conformidad con el principio. Consejo y Parlamento deberán cuidar de justificar igualmente las modificaciones que propongan. Como se advertía más arriba, queda por ver si las modificaciones de procedimiento que se introducen en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad anexo al TFUE, comportan un resurgir de esta línea de argumentación ante el TJCE. Cabe pensar que si se solicita un control del Tribunal sobre el correcto funcionamiento del mecanismo de alerta rápida, puede abrirse un nuevo elemento de control en relación al cumplimiento del aspecto procedimental del principio de subsidiariedad.

C · La interpretación de los aspectos materiales del principio de subsidiariedad

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado también en varios supuestos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en su aspecto material. Como se ha venido anunciando, el Tribunal ha fallado generalmente en el sentido de considerar que la acción de la Comunidad es necesaria y más eficaz que una potencial actuación en el ámbito estatal. Existen, no obstante, algunos ejemplos de casos en los que la jurisprudencia comunitaria ha dejado la puerta abierta a otro tipo de interpretación del principio de carácter más descentralizador.

En el Asunto C-242/99, un órgano jurisdiccional alemán plantea si es contraria al principio de subsidiariedad la exigencia de sometimiento a un único régimen de Seguridad Social, dado que:

Los estados miembros son los únicos competentes para decidir su política social y al legislador comunitario sólo le incumbe coordinar los regímenes de seguridad social de los estados miembros sin armonizarlos.⁵¹

⁵¹ Sentencia del TJCE de 20 de octubre de 2000, As. C-242/99, cuestión prejudicial planteada por el Sozialgericht Augsburg (Alemania), pár. 14.

El Tribunal, en su sentencia de 20 de octubre de 2000, considera que no hay tal violación, fundamentándose en que:

Puesto que el Consejo reconoció la necesidad de ampliar el Reglamento n. 1408/71 a los trabajadores por cuenta ajena y a los miembros de sus familias, con el fin de eliminar los obstáculos a la libre circulación de esta categoría de trabajadores, la consecución de tal objetivo, especialmente a través de la adopción de normas relativas a la determinación de la legislación aplicable, suponía necesariamente una acción de envergadura comunitaria (...). En estas circunstancias, no puede apreciarse ninguna violación del principio de subsidiariedad en relación con la adopción de medidas de coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social, encaminadas a garantizar la libre circulación y la libre residencia de las personas dentro de la Comunidad.⁵²

Basta pues la decisión del Consejo indicando que la medida es precisa para la realización y buen funcionamiento del Mercado interior, para considerar que se trata de un ámbito en el que es precisa la acción de la Comunidad y que, por tanto, la medida no viola el principio de subsidiariedad.

De forma similar, en la mayoría de los casos en los que se ha pedido al Tribunal que se pronuncie aplicando el contenido material del principio de subsidiariedad, esta institución ha considerado como determinante para decidir a favor de la Comunidad que se trataba de situaciones, según las instituciones comunitarias, en que el comercio intracomunitario se veía afectado y que era necesaria, por tanto, una armonización de las legislaciones nacionales u otro tipo de intervención comunitaria. En todos estos supuestos, la decisión del TJCE se ha fundamentado además en una interpretación amplia de lo que afecta al comercio entre Estados miembros, procediéndose a favor de la necesidad y oportunidad de la acción de la Comunidad.

Así, en el recurso de anulación presentado por los Países Bajos contra la Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el TJCE sostiene que si el objetivo de la acción comunitaria:

consiste en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior evitando, e incluso eliminando, las divergencias entre las legislaciones y

⁵² *Ib.*, p. 23.

prácticas de los diferentes estados miembros (...) no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los estados miembros. Por otro lado, puesto que el alcance de dicha protección tiene efectos inmediatos en el comercio y, por consiguiente, en el comercio intracomunitario, es manifiesto que el objetivo de que se trata podía lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.⁵³

En el mismo sentido, en el ya comentado Asunto C-491/01 en respuesta a las cuestiones prejudiciales sobre la Directiva relativa a la fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, el Tribunal señala que la diversidad de legislaciones nacionales en este ámbito constituye una *traba al funcionamiento del mercado interior*, por lo que concluye que:

Dicho objetivo no puede alcanzarse de manera satisfactoria mediante una acción emprendida únicamente por los estados miembros y requiere una acción a nivel comunitario, como demuestra la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales en el presente caso (...) de lo anterior se deriva que, en el caso de la Directiva, el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.⁵⁴

Por su parte, en el Asunto T-65/98, el TPI señalaba que *si el comercio entre los Estados miembros puede quedar afectado*, no cabe interpretar el principio de subsidiariedad para limitar la competencia de control de la Comisión en el ámbito de la política de libre competencia, y ello *aunque* el efecto directo de algunas disposiciones del Tratado permita que un *asunto idéntico o similar esté pendiente ante uno o varios órganos jurisdiccionales nacionales*.⁵⁵ Posteriormente, el TPI recuerda su jurisprudencia anterior

⁵³ Sentencia del TJCE de 9 de octubre de 2001, As. C-377/98, *cit. supra*, pág. 34 *in fine*.

⁵⁴ Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2001, As. C-491/01, *cit. supra*, párrafos 182 y 183. En los mismos términos se pronuncia también el TJCE en su sentencia de 12 de julio de 2005, Asuntos acumulados C-154/04 y 155/05, The Queen, a instancia de Alliance for Natural Health, Nutri-Link Ltd y Secretary of State for Health y The Queen, a instancia de National Association of Health Stores, Health Food Manufacturers Ltd y Secretary of State for Health, National Assembly for Wales, párrafos 180 a 185.

⁵⁵ Sentencia del TPI de 23 de octubre de 2003, As. T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd contra Comisión, párrafos 197 y 198.

en relación con los criterios para determinar cuándo una situación afecta al comercio intracomunitario, y señala que:

cuando concurren elementos objetivos, de hecho o de Derecho, que permitan presumir con un grado de probabilidad suficiente que tales comportamientos pueden ejercer una influencia *directa o indirecta, real o potencial*, sobre las corrientes de intercambios entre estados miembros, debe considerarse que los mencionados comportamientos pueden afectar al comercio entre estados miembros (...) de tal modo que *resulte conveniente que la Comunidad intervenga* debido a la dimensión y a los efectos de su acción. Cuando esta acción adopta la forma de una decisión de la Comisión, ésta se ajusta al principio de subsidiariedad cuando demuestra de modo suficiente conforme a Derecho que el comercio entre estados miembros puede resultar afectado por el acuerdo entre empresas, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada cuya legalidad examina.⁵⁶

En el mismo sentido, unos años después el TPI afirma que:

Esta interpretación amplia del criterio de la capacidad para afectar el comercio entre estados miembros no es contraria al principio de subsidiariedad (...) el Tratado prevé que los posibles conflictos entre la salvaguardia de una competencia no falseada y otros objetivos legítimos de política económica se resuelvan mediante la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3. Puede considerarse, pues, que se trata de una disposición especial que aplica el principio de subsidiariedad en el ámbito de las prácticas colusorias. Este principio no puede, por tanto, invocarse para restringir el ámbito de aplicación del artículo 81 CE.⁵⁷

Partiendo de una interpretación similar, en su jurisprudencia sobre los Reglamentos comunitarios que desarrollan posiciones y acciones comunes

⁵⁶ Sentencia del TPI de 27 de septiembre de 2006, As. T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión, párrafos 201 y 202. Esta interpretación del TPI en relación con los elementos a considerar para determinar si se trata de una situación que afecta al comercio intracomunitario fue avalada en casación por el TJCE, entre otras, en su sentencia de 29 de abril de 2004, As. C-359/01, British Sugar contra Comisión, C-359/01, pág. 27.

⁵⁷ Sentencia del TPI de 14 de diciembre de 2006, Asuntos acumulados T-259/02, a T-264/02 y T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros contra la Comisión, pág. 165.

del ámbito PESC, comentada anteriormente, el TPI afirma que, aun en el caso de que se considerara aplicable el principio de subsidiariedad a este tipo de disposiciones:

resulta evidente que para lograr la ejecución uniforme en los estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que se imponen indistintamente a todos los miembros de la ONU, es mejor actuar en el ámbito comunitario que en el ámbito nacional.⁵⁸

Llegados a este punto, teniendo en cuenta el marco general en el que se desarrolla el presente estudio, merecen mención especial dos casos en los que se ha planteado específicamente ante la jurisdicción comunitaria una utilización del principio de subsidiariedad tendente a preservar la capacidad de acción y autonomía de los niveles regionales y locales de gobierno en el ejercicio de sus competencias. Desde esta perspectiva, se hará referencia, primero, a los argumentos planteados por Alemania para defenderse frente a la demanda por incumplimiento Directiva 89/686, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual (EPI) y, segundo, a la interpretación del principio de subsidiariedad defendida por Bélgica en su recurso de anulación del Reglamento 2204/2002 sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas estatales para el empleo. Cabe advertir que, en ambos casos, el Tribunal se pronunció en contra de las pretensiones de los Estados.

En el asunto C-103/01, la Comisión recurre contra Alemania por el incumplimiento de la Directiva 89/686, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual (EPI). La Directiva excluye de su ámbito de aplicación los EPI concebidos y fabricados específicamente para las fuerzas armadas o las fuerzas de orden público. Alemania argumenta que, para determinados Länder, los bomberos forman legalmente parte de las fuerzas encargadas de garantizar la seguridad y orden público, por lo que, partiendo del principio de subsidiariedad, no son incompatibles con la Directiva las exigencias suplementarias a los EPI de este cuerpo. El Tribunal no acogió sin embargo esta interpretación, y siguiendo en la línea de su jurisprudencia general sobre el contenido del principio estimó que:

⁵⁸ Sentencia del TPI de 12 de julio de 2006, As. T-253/02, *cit. supra*, pág. 112.

por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, las disposiciones nacionales de que se trata difieren sensiblemente de un Estado miembro a otro y pueden obstaculizar los intercambios repercutiendo directamente sobre el establecimiento y el funcionamiento del mercado común, según se señala en el quinto considerando de la Directiva EPI. En razón de sus dimensiones y de sus efectos, sólo el legislador comunitario puede emprender la armonización de tales disposiciones divergentes.⁵⁹

Finalmente, en el Asunto C-110/03, el Reino de Bélgica recurre en anulación el Reglamento 2204/2002 sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas estatales para el empleo, alegando, entre otros motivos, la violación del principio de subsidiariedad porque al adoptar esta norma la Comisión desconoció la *especificidad constitucional* de los Estados miembros, y en particular la *regionalización* de algunos de ellos. El problema era que, al no definir lo que se entiende por ayuda de Estado en el sentido del artículo 87.1 del TCE, las medidas de fomento del empleo quedaban sometidas a la obligación de informar a la Comisión, lo que resulta especialmente complejo y más gravoso para los Estados de estructura territorial compuesta. En su sentencia de 14 de abril de 2005, el TJCE desestimó las pretensiones del Estado sin entrar, no obstante, en las consideraciones directamente referidas al principio de subsidiariedad.

Junto a esta jurisprudencia claramente favorable a la intervención de la Comunidad, ha habido otras sentencias en las que, como se advertía, se confiere un carácter más descentralizador a los efectos del principio de subsidiariedad. En el asunto T-374/04, Alemania planteó un recurso de anulación parcial de la Decisión de la Comisión relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de Gases de Efecto Invernadero notificado por ese Estado. El caso es interesante porque el TPI recurre al principio de subsidiariedad, sin que sea alegado por las partes, para determinar que:

cuando una directiva no establece la forma y los medios para obtener un resultado particular, la libertad de acción del Estado Miembro respecto de la elección de las formas y los medios apropiados para la obtención de dicho resultado es completa. No obstante, los estados miembros tienen la obligación de elegir, en el marco de esta libertad las formas y los medios más

⁵⁹ Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 2003, As. C-103/01, Comisión contra Alemania, párr. 47.

adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas (...) Incumbe a la Comisión, en el marco del ejercicio de su poder de control, demostrar suficientemente que los instrumentos empleados por el Estado a tal fin son contrarios al derecho comunitario (...) sólo mediante la aplicación de dichos principios se puede garantizar el respeto del principio de subsidiariedad (...) principio que se impone a las instituciones comunitarias en el ejercicio de su función normativa.⁶⁰

Partiendo de estas consideraciones, el TPI concluye que, en virtud del principio de subsidiariedad, la libertad de acción de los Estados miembros, que caracteriza la naturaleza de las directivas como instrumentos de armonización del derecho, implica que, en todo caso, corresponde a la Comunidad probar que las medidas adoptadas por el Estado no se ajustan a los requisitos señalados.

Una interpretación similar proponía el Abogado General Eleanor Sharpston en el Asunto C-195/04 en relación al recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Finlandia. En sus conclusiones sobre el caso afirma que:

el principio de subsidiariedad reconocido por el artículo 5 CE dispone que el Derecho comunitario sólo debe incidir en el Derecho nacional en la medida justificada por una ponderación de costes y beneficios (...) de ello se desprende que la imposición de requisitos de publicidad detallada a nivel comunitario respecto a los contratos de bajo valor es incompatible con el principio de subsidiariedad.⁶¹

En su sentencia de 26 de abril de 2007 el Tribunal desestimó el recurso de la Comisión por considerar que faltaban datos para estimar que se hubiera infringido el derecho comunitario, pero sin entrar a valorar concretamente la existencia de una violación del principio de subsidiariedad. Siguiendo esta misma línea interpretativa, el Abogado General Jan Mazak en el asunto C-440/05, señalaba que:

60 Sentencia del TPI de 7 de noviembre de 2007, As. T-374/04, Alemania contra Comisión, párrafos 78 y 79.

61 Conclusiones del Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 19 de enero de 2007, en el Asunto C-195/04, Comisión contra Finlandia, pág. 88.

de conformidad con el principio de subsidiariedad, los estados miembros están más capacitados que la Comunidad para traducir a sus respectivos sistemas jurídicos y contextos sociales el concepto de «sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».⁶²

Correspondería pues a los Estados adoptar las medidas pertinentes. El TJCE anuló la decisión marco objeto de la controversia pero sin pronunciarse específicamente sobre su compatibilidad con el principio de subsidiariedad. En definitiva, la interpretación del principio que subyace en estos casos supone un tímido reconocimiento de sus efectos descentralizadores.

4 • Consideraciones finales

En tanto que principio rector del ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros, el principio de subsidiariedad se introdujo en los tratados con un marcado carácter descentralizador para primar la acción de los Estados miembros sobre la comunitaria. Desde esta perspectiva, la aplicación e interpretación del principio de subsidiariedad afecta directamente los intereses de las comunidades autónomas de mantener su autonomía y capacidad de acción en el ejercicio de sus competencias. No obstante, la jurisprudencia comunitaria en relación al principio de subsidiariedad no ha tenido este efecto.

Según se desprende del estudio realizado, el Tribunal, tradicionalmente proclive a ampliar el ámbito de acción de las Comunidades, ha interpretado los límites que impone la subsidiariedad de forma muy restrictiva. Así, cabe destacar siguiendo los términos del Tratado y del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que el Tribunal:

1. En relación con su delimitación como principio general de derecho comunitario: ha señalado su carácter no retroactivo; ha recordado que no puede afectar al acervo comunitario; y ha planteado su aplica-

⁶² Conclusiones del Abogado General Jan Mazak presentadas el 28 de junio de 2007, As. 440/05, Comisión contra Consejo, pár. 108.

ción exclusiva al ámbito de competencias compartidas y en relación con medidas que tienen por objeto la realización o el buen funcionamiento del Mercado Interior.

2. Respecto a la valoración del contenido del principio en su aspecto procedimental: destaca que la obligación de motivar la medida en relación al principio de subsidiariedad se cumple aunque no se haga referencia explícita al mismo, siempre que se derive de los considerandos que sus exigencias sí han sido tenidas en cuenta.

3. En cuanto al aspecto material de la subsidiariedad: ha realizado una interpretación muy amplia de los criterios que llevan a determinar la necesidad de una acción de la Comunidad. Estos criterios son: la transnacionalidad de la medida, la existencia de una disposición del Tratado que prevea como necesaria tal actuación, que la medida constituya un elemento necesario para el buen funcionamiento del Mercado Común, según determinen las instituciones que ostentan el poder de decisión.

4. Frente a todo lo anterior, en los supuestos en los que el Tribunal ha avalado la posición de las partes que alegaban una violación del principio de subsidiariedad, lo ha hecho por otros motivos, obviando pronunciarse explícitamente sobre la incompatibilidad de la medida con el principio.

En este contexto, cabe plantear si las modificaciones que el Tratado de Ámsterdam introduce en el principio de subsidiariedad pueden influir en la jurisprudencia comunitaria a este respecto. A este respecto cabe concluir que:

1. La referencia explícita de los entes regionales y locales en la definición del principio y el mecanismo de alerta rápida introducen nuevos elementos que pueden ser objeto de control por el Tribunal al valorar los aspectos materiales y procedimentales de la subsidiariedad.

2. Además, la instauración del recurso anulación por violación del principio de subsidiariedad y la atribución de legitimación activa al Comité de las Regiones, permite augurar un aumento de los recursos en los que Tribunal vendrá llamado a pronunciarse, y ello además en supuestos de especial interés para los entes regionales y locales.

3. En definitiva, estas modificaciones abren la puerta a una jurisprudencia más sensible a los intereses de los entes regionales y locales, en una interpretación del principio de subsidiariedad que permita salvaguardar el respeto de su autonomía en el ejercicio de sus competencias. Tal vez no

cabe esperar grandes cambios por lo que se refiere a los efectos del principio como límite absoluto a una intervención de la Unión Europea, pero sí una mayor atención a su incidencia en relación al contenido de disposiciones concretas, planteando una redacción más acorde con su aspecto de «principio de proximidad» y, en todo caso, a la necesidad de una interpretación más «descentralizadora» en la aplicación de las medidas adoptadas.

LA INCLUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA REGIONAL Y LOCAL EN EL TRATADO DE LISBOA

SUSANA BELTRÁN GARCÍA

*Profesora agregada de Derecho Internacional
Público, Universidad Autónoma de Barcelona*

SUMARIO: 1. Los principios de autonomía regional y local en Europa. 1.1. Autonomía local. 1.2. Autonomía regional. 2. Su introducción en los textos fundacionales de la Unión Europea. 2.1. En el no nato Tratado constitucional. 2.2. En el Tratado de Lisboa. 3. Posibles efectos jurídicos. 3.1. En relación con la posición de la autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa y su vinculación con otras disposiciones normativas. 3.2. En relación con la igualdad de los estados miembros ante los tratados y al respeto de la identidad nacional de los estados. ¿Un proceso irreversible evolutivo?

La participación de los entes regionales y locales en la Unión Europea es una realidad jurídica desde el Tratado de Maastricht, en el que se previó la creación del Comité de las Regiones. Sin embargo, y casi desde aquel momento, los propios actores han insistido en la necesidad de mejorar su posición tanto institucional como respecto de la formación y ejecución de las normas. El artículo 4.2 del Tratado de Lisboa dispone que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros también en lo que respecta a la autonomía local y regional.¹ Esta es la primera vez, salvando el fallido Tratado Constitucional, en el que expresamente se menciona la autonomía en los tratados fundacionales. Tal reconocimiento ha generado cier-

1 En concreto, el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea establece:

«La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DOUE 2008/ C 115/01, 9 de mayo de 2008.

tas expectativas de poder consolidar, por fin, la presencia de los entes locales y regionales en el proceso de integración europeo. Sin embargo, hay quien duda que dichas referencias comporten grandes cambios en lo que ha sido hasta ahora la participación institucional y normativa de los entes subestatales. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la autonomía local y regional y sus posibles efectos jurídicos en la Unión Europea, que ya nacen envueltos de luces y sombras.

1 · Los principios de autonomía regional y local en Europa

Así, uno de los primeros detalles que sorprende del referido artículo 4.2 es que se aluda —expresamente— a la autonomía local y regional que tienen unas connotaciones mucho más significativas, sobre todo en el ámbito europeo, tal como a continuación se aborda, que otros términos menos comprometidos como dimensión, escala, nivel local y/o regional, que aparecen en el Tratado de Funcionamiento (TF), en algunos de los Protocolos anejos al Tratado de Lisboa o en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

1.1 · Autonomía local

Esa especial magnitud de la autonomía se percibe enseguida con el dato que la totalidad de los miembros de la Unión Europea ha ratificado la Carta europea de la autonomía local de 1985, y actualmente son cuarenta y cuatro los países europeos que han decidido obligarse a sus disposiciones.² La autonomía local posee, entonces, una dimensión europea que va más allá del ámbito estricto de la Unión. En concreto, la Carta establece:

Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (art. 3.1).

² Los últimos miembros de la Unión Europea en ratificarla han sido Bélgica (2004), Francia (2007) e Irlanda (2002). Las recientes incorporaciones de países europeos han venido de Serbia (2008) y Montenegro (2009). La Carta europea entró en vigor para el Estado español el 1 de marzo de 1989, BOE 24 de febrero de 1989.

Del precepto citado no se desprende una posible vinculación de los entes locales con los asuntos europeos, pero de forma implícita el artículo 4.6 establece que las entidades locales «deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afectan directamente». Esta disposición facilita que los entes locales sean consultados en materias de las que son competentes, como transportes, infraestructuras, medio ambiente, gestión de grandes ciudades, sanidad, entre otras, con un importante impacto en derecho europeo.

De este artículo se deriva, entonces, un derecho a ser consultadas (siempre que sea factible) tanto *ad intra*, según mecanismos previstos por el derecho interno, como *ad extra*, en el seno de organismos internacionales (piénsese p.e. en el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa —CPLRE— o en el Comité de las Regiones). Incluso, este derecho se extiende a materias que no sean de su estricta competencia, pero *les afecten directamente*, tal como dispone el artículo comentado. En el Informe Explicativo de la Carta se señala, además, que para que este precepto sea efectivo es necesario articular un sistema para que los entes locales tengan alguna posibilidad *de influir*.³ Considerado de este modo, es importante que el sistema de consulta se articule próximo a las instituciones de la Unión Europea, bien a través del Comité de las Regiones, bien de otros, como la consulta por parte de la Comisión a estos entes previa a la adopción de un acto legislativo.

Asimismo, la participación de las entidades locales en la Unión se deduce del derecho que disponen a asociarse para la promoción y defensa de sus intereses en una asociación internacional compuesta por otras entidades homónimas, y la posibilidad de cooperar con entidades de otros estados:

(Artículo 10)

2. El derecho de las Entidades locales de integrarse en una asociación para la protección y promoción de sus intereses comunes y el de integrarse en una asociación internacional de Entidades locales deben ser reconocidos por cada Estado.

3 Sobre esta cuestión, *vid. Rapport Explicatif de la Charte Européenne de l'Autonomie Locale (STE 122)*, Conseil de l'Europe, p. 7.

3. Las Entidades locales pueden, en las condiciones eventualmente previstas por la ley, cooperar con las Entidades de otros estados.

El precepto transcrito es un poco confuso: por un lado, se refiere a un *derecho de asociarse* en un organismo internacional de entidades locales, tal como prevé el artículo 10.2, de tal manera que es una obligación que contrae cada Estado. Por otro lado, este derecho se distingue de la capacidad de colaborar con entidades extranjeras, la cual debe estar prevista por el derecho interno y, además, no se concibe como un derecho. En el primer caso, las entidades locales, bajo el paraguas de la autonomía, pueden exigir al Estado que permita la constitución y participación en dichos organismos, y en el segundo caso se debe esperar a que la normativa interna lo permita. Pero ¿a qué situaciones se refiere? ¿No colaboran, también, con entidades extranjeras cuando se asocian? En el Informe Explicativo se dispone que el segundo caso abarca las colaboraciones bilaterales, por lo que todavía se justifica menos ya que la asociación, que compromete a más entidades, es un derecho y, en cambio, la relación bilateral no.

Estas inconcreciones plantean algunos problemas de derecho interno: por ejemplo, en el derecho español no existe una normativa precisa respecto de las colaboraciones entre entidades extranjeras no vecinas (también llamada cooperación interterritorial – Consejo de Europa o interregional —Unión Europea—), por lo que los acuerdos bilaterales no estarán amparados en derecho. Sin embargo, los acuerdos multilaterales a partir de los cuales se crea una asociación sí estarían amparados jurídicamente por la Carta.

En cualquier caso, la finalidad de la Carta es proteger los derechos de los entes locales a través de un tratado que recoja unas reglas comunes aplicables al conjunto de los miembros del Consejo de Europa. En consecuencia, la consideración de los Estados parte de que se trata de derechos es un aspecto a destacar, así como algunos órdenes internos han reinterpretado la autonomía local de sus entes en el sentido de la Carta.⁴

Quizás uno de los aspectos más controvertidos de la Carta es que deja que sean los Estados parte los que establezcan las categorías de entes locales y *regionales* a los que pretenden que sea de aplicación este tratado (arts.

4 En relación con la Carta y el ordenamiento español, dentro de la doctrina reciente, *vid.* A. J. SÁNCHEZ SÁEZ, *Autonomía local y descentralización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 31-32, pp. 38-56.

13 y 16). Tal como se explica a continuación, la autonomía regional es un poco más amplia que la local y se justifica en función de sus destinatarios. «Recolocar» una región en el marco de la autonomía local puede llegar a ser artificioso e ir en contra del sentido de la autonomía regional que emerge con muchas dificultades.

1.2 · Autonomía regional

En efecto, la situación es muy distinta en relación con la autonomía regional, tanto en lo que concierne a la aprobación de un texto jurídico vinculante como al contenido o a las atribuciones que se derivan de este principio. En 1997, el Congreso de Poderes Locales y Regionales adoptó el proyecto de Carta europea sobre la autonomía regional con la intención de que se convirtiera en un texto equivalente a la Carta europea de la autonomía local, pero aplicado a los entes regionales. Sin embargo, doce años después, aún no se ha adoptado como tratado internacional, y entre los miembros del Consejo de Europa (e incluso del propio CPLRE) existen discrepancias sobre su contenido. Ante esta tesitura, el órgano consultivo de los entes regionales y locales se ha replanteado un cambio de estrategia que pasa por abandonar (definitivamente) este proyecto y sustituirlo por el de «democracia regional». Así el Congreso, en mayo de 2008, presentó una propuesta de Carta europea de la democracia regional con unos contenidos algo distintos al proyecto de 1997. A continuación, nos vamos a centrar en aquellas disposiciones de ambos proyectos relacionadas con la participación de las regiones en los asuntos europeos y el alcance de la autonomía en el seno de la Unión.

El Proyecto de Carta europea de la autonomía regional de 1997

Relacionado con este último aspecto, una de las aportaciones más relevantes de este Proyecto, bajo mi punto de vista, es que el principio de autonomía regional sólo se comprende en relación al Estado, es decir, no puede haber autonomía si previamente no existe un sujeto soberano. En el preámbulo ya se afirma que el reconocimiento del principio de autonomía regional implica el reconocimiento de la soberanía y la integridad territorial del Estado al que pertenece la región, pero a lo largo de la Carta en

reiteradas ocasiones se vuelve a insistir en esta idea.⁵ Por tanto, esta concepción de la autonomía se aleja de otras acepciones que van ligadas a la autodeterminación, con unas evidentes connotaciones de independencia que no están presentes en la «autonomía regional». No obstante, es comprensible que algunas delegaciones estatales mantengan una actitud recelosa en relación con el significado de estos términos, sobre todo teniendo en cuenta que las entidades regionales, según la Carta, son aquellas situadas entre el gobierno central y las autoridades locales, algunas de las cuales poseen amplias competencias:

Article 3.1

Principle

Regional self-government denotes the right and the ability of the largest territorial authorities within each State, having elected bodies, being administratively placed between central government and local authorities and enjoying prerogatives either of self-organisation or of a type normally associated with the central authority, to manage, on their own responsibility and in the interests of their populations, a substantial share of public affairs, in accordance with the principle of subsidiarity.

Dentro de esta definición caben desde entidades como las regiones con competencias legislativas,⁶ a entidades que se autodenominan naciones sin Estado,⁷ a regiones meramente administrativas; los temores, obviamente, se dirigen fundamentalmente hacia aquellas que gozan de mayores facultades. Además hay que tener en cuenta, al igual que las entidades locales, que el alcance de la autonomía regional se extiende a cuestiones de interés regional (que no estén expresamente excluidas de sus competencias o atribuidas a otras autoridades [art. 6.1]). Este artículo les confiere legitimidad para que incidan en ámbitos de los que no gozan de competencias *strictu*

5 En el Informe Explicativo se refuerza esta interpretación en el sentido que «la régionalisation n'est pas conçue comme une remise en cause de l'intégrité territoriale ou de la souveraineté des États européens ainsi que c'est le ressort de la notion d'autonomie telle que celle-ci est délimitée par la charte». CPLRE., *Projet de Rapport Explicatif du Projet de Charte Européenne de l'Autonomie régionale*, Estrasburgo, 1997.

6 La Conferencia de Regiones con Poderes Legislativos —REGLEG— aglutina a regiones como Flandes, Baden-Württemberg, pero también a las diecisiete comunidades autónomas del Estado español. Para mayor detalle sobre sus reivindicaciones, *vid.* <www.regleg.eu>.

7 Sobre estos movimientos, *vid.* <www.eurominority.eu>; <www.nationalia.cat>.

sensu pero les afecten y puedan, asimismo, defender sus posiciones ante las instituciones europeas.

En este sentido, la participación de las regiones en las relaciones que van más allá de su territorio da un salto cualitativo en relación con la Carta europea de la autonomía local, que en lógica debe entenderse en función de las más amplias competencias atribuidas por el derecho interno a estas entidades:

Article 10 – Participation in European and international affairs

1. Regions shall have the right to participate or be represented, through bodies designed for this specific purpose, in the activities of the European institutions.
2. Regions shall at least have the right to be consulted by their national government whenever their State is negotiating the conclusion of an international treaty or the adoption of some other instrument within the framework of a European organisation which may directly affect their powers or their fundamental interests. The same shall apply whenever the implementation of rules adopted at European level may be their responsibility.
3. National governments may involve regions in the negotiating process, notably by including regional representatives in the national delegations.
4. In order to promote or defend their interests, regions shall have the right to set up, either individually or collectively with other regions or local authorities, liaison offices vis-à-vis other regions or local authorities or vis-à-vis international organisations—in particular European organisations—which are active in their spheres of competence.

Del precepto citado se atribuye un *derecho de las regiones para participar o ser representadas* a través de los respectivos organismos creados con este propósito en las actividades de las instituciones europeas (participación *ad extra*). En segundo lugar, las regiones gozan de (al menos) el derecho a ser consultadas en el proceso interno de formación de la voluntad estatal para asuntos internacionales y europeos en aquellas materias de su interés, yendo más allá de la competencia estricta (participación *ad intra*). El Estado, sin embargo, tiene la posibilidad de involucrar a sus entidades en el proceso de negociación dentro las delegaciones estatales, si lo estima oportuno. Esta última facultad no entra, entonces, dentro del catálogo de derechos mínimos inherentes a la condición de autonomía regional. Según esta disposición, la participación tiene un contenido mínimo —consulta,

representación institucionalizada— que puede incrementarse según el criterio de los estados, por lo que también cabría una cierta relación directa entre las regiones y las instituciones europeas que habría que concretar,⁸ como la ya iniciada relación entre éstas y la Comisión, previa a la adopción de una iniciativa legislativa.⁹

No obstante, y a pesar de que la mayoría de las atribuciones que se derivan de la autonomía regional ya se desarrollan en la práctica incluida, por ejemplo, la participación de algunas regiones, como las comunidades autónomas, en la delegación del Estado ante el Consejo, la paradoja es que la Carta europea de la autonomía regional que ampara estos derechos sigue sin aprobarse. Ni siquiera en el Congreso de Ministros responsables de los gobiernos de los entes locales y regionales (Helsinki 2002) ni en el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa se pusieron de acuerdo respecto de algunas partes del texto (que incluía el mencionado artículo 10) y sobre la naturaleza jurídica que debía tener el Proyecto de Carta.

En el Informe de J. C. de Van Cauwenberge sobre la Carta europea de la democracia regional se mencionan algunos de los motivos que se impiden que se adopte el primer proyecto: rechazos a la Carta para evitar que se convierta en un mecanismo de control sobre la organización interna de los estados miembros del Consejo de Europa; decepciones sobre algunos procesos de regionalización; miedo a que tras la Carta se alienten tendencias separatistas; opiniones sobre que la regionalización es un lujo teniendo en cuenta la crisis económica; temores de los estados a perder capacidad financiera o peso político.¹⁰ Con todo lo señalado, es posible añadir otras razones aparte de las comentadas en el Informe, y que ya han sido expresadas por algunos países que entienden que la autonomía regional no es un prin-

8 Cuando nos referimos a relación o participación directa se entiende la colaboración que se suscita entre las regiones y las instituciones europeas sin que intervenga el Estado (p.e. la presencia de las regiones en las delegaciones estatales ante el Consejo no es directa, ya que se integra en el aparato estatal). Se ha creído conveniente aclararlo por cuanto existe cierta disparidad de criterios sobre lo que significa la participación directa de las regiones en la Unión Europea.

9 Colaboración que se impulsó tras la aprobación por la Comisión de *La Gobernanza europea. Un libro Blanco*, 25 de julio de 2001, COM (2001) 428 final, en el que se comprometía a establecer un diálogo con los representantes de los organismos regionales en una fase previa de la elaboración de las políticas.

10 DE VAN CAUWENBERGE, J. C., *Proposal for a European Charter of Regional Democracy, Explanatory Memorandum*, Chamber of Regions, 14th. Plenary Session CPR(14)6 REP, 15 de mayo de 2007, p. 3.

cipio necesario para la democracia o resta valor a la Carta europea de la autonomía local, y es por tanto innecesaria.¹¹ Además de estas reticencias creo que habría que sumar otras, algunas de las cuales no siempre se toman en cuenta, que provienen de las propias regiones y que se explican por las diferencias competenciales entre unas y otras.¹²

El Proyecto de Carta europea sobre democracia regional

En cualquier caso, un nuevo intento por desencallar este proceso viene del texto de la democracia regional que ha rebajado, en concreto, las expectativas de participación de las entidades regionales en las instituciones europeas:

Article 43: Participation in European and international affairs

43.1. In so far as the Constitution and/or law allows it, regional authorities shall be consulted, through appropriate procedures or bodies, about international negotiations by the State and the implementation of international treaties in which their competences, their essential interests or the scope of regional self-government are at stake. The same shall apply when they are responsible for implementing provisions adopted at European level.

43.2. In order to promote or defend their interests, the regions shall have the right to set up, either individually or in cooperation with other regional or local authorities, offices abroad responsible for liaising with European organisations active in their spheres of competence.

11 Esta es la posición, por ejemplo, de Noruega, que entiende que la autonomía del conjunto de sus entidades territoriales queda cubierta por la Carta europea de la autonomía local, *vid.* CPR, *Monitoring report on regional democracy in Norway*, junio de 2003. O la más que contundente posición del Reino Unido, que se opone a que la Carta europea de la autonomía regional sea un texto jurídicamente vinculante por considerar que la democracia regional no es un prerrequisito para una democracia moderna, *vid.* <www.parliament.uk>, 2 de febrero de 2009. Para una visión más exhaustiva puede consultarse los informes que realiza el CPLRE por país en relación con la autonomía local y regional, <http://www.coe.int/T/Congress/texts/thematic_en.asp>.

12 El Comité de las Regiones en diversas ocasiones ha aludido a estas diferencias y a la necesidad de respetar la heterogeneidad de sus miembros, opinión cualificada en la medida que es uno de los órganos europeos legitimados para representar las entidades regionales y locales, *vid.* en especial CdR, *Declaración de la Mesa del Comité de las Regiones de 26 de octubre de 2001 sobre «El papel de las regiones con poderes legislativos en el proceso decisorio comunitario»*, COM-AI/024.

Como puede apreciarse, y de forma notoria, se omite la referencia al derecho a participar o ser representadas en las actividades de las instituciones europeas. Bajo el título «Participación» sólo se contempla la consulta, lo que de entrada ya es menos de lo que actualmente se permite a través de la representación de las entidades regionales mediante el CPLRE y el Comité de las Regiones. Tampoco se acaba de entender si los órganos habilitados para ejercer el derecho a ser consultados son los previstos en los órdenes internos o cabe incluir, también, los órganos europeos que se acaban de señalar. Por añadidura, y a diferencia del anterior texto, se explicita que la consulta debe estar permitida por la Constitución o por las leyes internas del país, una cláusula innecesaria teniendo en cuenta que dicha previsión es requisito *sine qua non* del conjunto de atribuciones derivadas de la autonomía, y que se manifiesta por las reiteradas alusiones a que la autonomía regional depende de lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos internos.

Curiosamente, el «derecho a participar» se encuentra recogido de forma implícita en el artículo 18.3 referente al *derecho de asociación, cooperación interregional y relaciones exteriores*, a partir del cual se prevé que las regiones puedan involucrarse en las actividades de las instituciones europeas o estar representadas por los órganos creados a tal fin. Sin embargo, esta posibilidad no se recoge en calidad de un derecho de las regiones, como sí sucede con otras atribuciones de la democracia regional, y además viene condicionado a que sea necesario:

Article 18.3

Where the need arises regional authorities shall be involved in the activities of European and international institutions or be represented therein by bodies established for this purpose.

Se prevé, entonces, la participación institucionalizada, pero no está tan claro como en el Proyecto anterior que cubra cierta colaboración directa entre las regiones y las instituciones europeas. Las dudas sobre qué actuaciones regionales están permitidas en el ámbito europeo se originan, sobre todo, por la omisión del término «participar» del artículo 43, dedicado (y valga la redundancia) a la *participación en los asuntos europeos e internacionales*. Al final, el haber de remitirse al artículo 18.3 para llenar el hueco de la representación regional en órganos europeos sólo se entiende en la lógica de rebajar al máximo los contenidos que puedan inducir a los Estados a rechazar también este texto.

Con todo, una de las grandes lagunas del texto de la democracia regional es en mi opinión la referencia a la autonomía regional sin explicar en qué consiste: ¿hay que remitirse a lo dispuesto en cada orden constitucional? ¿Al proyecto de Carta sobre la autonomía regional? Esto genera una cierta dosis de inseguridad jurídica, y hay que recordar que uno de los propósitos de este proyecto, y también del anterior, era precisamente mitigarla. Si entra en vigor el Tratado de Lisboa, la laguna se va a trasladar a la Unión Europea en el mismo estado.

2 · Su introducción en los textos fundacionales de la Unión Europea

Esto es previsible a pesar de que en el Informe de J. C. de Van Cauwenberge citado, como en diversas resoluciones del CPLRE, especialmente tras el Congreso de 2002, se alude a la complementariedad de los trabajos del Consejo de Europa y de la Unión. Es más, desde la primera organización intergubernamental, algunos expertos sostienen que el haberse adoptado un texto en el que expresamente se menciona la autonomía local y regional implica «necesariamente» aceptar los principios de autonomía en derecho europeo.¹³

El propio Comité de las Regiones ha insistido, incluso antes del inicio de los trabajos de la Convención europea para el futuro de la Unión, en la necesidad de basarse en los principios establecidos en aquel texto.¹⁴ En este sentido, y a pesar de que el CPLRE ha adoptado el nuevo texto de Democracia Regional, hay que remontarse a la Carta de 1997 no sólo porque es una referencia constante, sino también porque el Tratado de Lisboa menciona expresamente la autonomía regional (y no la democracia regional). Tiempo ha habido, además, para que de haberse considerado estrictamente necesario se hubiera modificado.

2.1 · En el no nato Tratado Constitucional

En realidad, la dimensión regional y local no estaba prevista explícitamente entre las cuestiones que debía abordar la Convención europea sobre

¹³ DE VAN CAUWENBERGE, J. C., *Proposal for a European Charter of Regional Democracy*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ CdR, *Dictamen sobre la «Recomendación del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa sobre la Carta europea de autonomía regional»*, DOCE C 144, 16 de mayo de 2001.

el futuro de la Unión, que culminó con la adopción por consenso del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, el 18 de julio de 2003. Sin embargo, este tema afloró en los grupos de trabajo creados por la Convención, y tanto el Comité de las Regiones, como diversas asociaciones de entidades subestatales y algunos ponentes de la Convención lo introdujeron en los debates.

De entre los diversos aspectos que surgieron en relación con los entes regionales y locales, las peticiones de incluir la autonomía local y regional en el futuro Proyecto de Tratado emergieron desde el inicio de los debates.¹⁵ En particular, el Comité de las Regiones desde el principio defendió la inclusión de ambas autonomías integradas dentro de los principios comunes de la Unión, bajo el respeto de los ordenamientos internos de los estados miembros.¹⁶ Esta solicitud se referenciaba en los trabajos de la organización intergubernamental creada en 1949,¹⁷ pero no fue el único valedor. También, varias asociaciones de regiones y/o entes locales suscribieron la misma petición añadiendo, algunas de ellas, que la Carta europea de la autonomía local formara parte del acervo comunitario,¹⁸ y en general, las citas de uno o de ambos textos estuvieron presentes a lo largo de los trabajos de la Convención.¹⁹

De hecho, una de las propuestas más interesantes que se formularon durante los debates de la Convención en la dirección de desarrollar la au-

15 Entre otros, *vid.* Convención europea, *Nota relativa a la sesión plenaria – 23 y 24 de mayo de 2002*, CONV 60/02.

16 CdR, *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «El papel de las regiones en la construcción europea»*, DOUE C 73, 26 de marzo de 2003, *Dictamen del Comité de las Regiones sobre «Un mejor reparto y definición de competencias en la Unión Europea»*, DOUE C 73, 26 de marzo de 2003.

17 Particularmente las explicaciones y posicionamiento del Comité de las Regiones en *Contribution submitted by Mr Eduardo Zaplana Hernández-Soro, Mr. Jos Chabert, Mr. Manfred Dammeyer, Mr. Patrick Dewael, Ms Claude du Granrut and Mr. Claudio Martini, Observers of the Committee of the Regions and members of the Convention.*, European Convention, 17 de julio de 2002, CONV 195/02.

18 Por ejemplo, el Consejo de Municipios y regiones de Europa trasladó sus posiciones al Grupo de Trabajo I sobre el principio de subsidiariedad recogidas, el 4 de septiembre de 2002. Otros posicionamientos de asociaciones de regiones y entes locales transmitidos a la Convención, ANCI, UPI, UNCEM., *Memorandum of the autonomies to the European Convention*, 23 de enero de 2003. O por todas, *Síntesis de los trabajos del Grupo de contacto «Regiones y entidades locales»*, 31 de enero de 2003, CONV 523/03.

19 En especial, *vid.* Praesidium a la Convención., *Nota de Transmisión, La dimensión regional y local en Europa*, 29 de enero de 2003, CONV 518/03.

tonomía regional en la Unión fue presentada en el Proyecto de Informe Lamassoure, que defendía un Estatuto de región asociada. Sin embargo, esta propuesta se eliminó en la versión definitiva:

Regiones asociadas a la Unión

Propone la creación del estatuto de «región asociada a la Unión», que se aplicaría a las colectividades territoriales designadas por cada Estado miembro, reconociéndoles ciertos derechos vinculados con su participación en las políticas comunitarias: derecho a ser consultadas por la Comisión, representación en el Comité de las Regiones y posibilidad de recurso directo al Tribunal de Justicia por conflictos de competencia que puedan oponerlas a la Unión.²⁰

Como puede apreciarse, las facultades que se derivan del estatuto de «región asociada» cabrían dentro de la autonomía regional de una entidad con capacidad reconocida por el derecho interno. Ahora bien, la diferencia más relevante respecto a cómo quedó finalmente el artículo 5 del Tratado Constitucional, y después el artículo 4.2 del Tratado de Lisboa, es que en el Proyecto Lamassoure la «comunitarización de la dimensión regional» era evidente, aunque también quedó claro que no reflejaba la voluntad mayoritaria en el seno de la Unión. Así, el artículo 5 del Tratado Constitucional se adoptó de la siguiente manera:

Artículo 5. Relaciones entre la Unión y los Estados miembros

1. La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior.

²⁰ LAMASSOURE, A., *Proyecto de Informe sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros*, (2001/2024(INI)), 6 de febrero de 2002.

2.2 · En el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, por su parte, recoge lo dispuesto en el artículo 5, pero con algunas diferencias destacables. En primer lugar, asienta el principio de igualdad de los Estados ante los tratados (con independencia de sus regímenes constitucionales); este párrafo añadido, que no se introdujo al final en el anterior texto,²¹ parece que trate de impedir que en un momento dado los Estados puedan utilizar estas diferencias internas para obtener, si se me permite la expresión, ventajas en relación con otros modelos territoriales. De hecho, hay situaciones que podrían provocar una cierta diferenciación, especialmente en aquellos países que poseen una riqueza cultural y lingüística diversa. Sobre este aspecto se volverá a insistir en relación con la jurisprudencia del TJCE. En segundo lugar, se cambian los términos «seguridad interior» por «seguridad nacional» y se añade que la «seguridad nacional» seguirá siendo potestad exclusiva de cada Estado miembro,²² una vuelta más de tuerca al papel preponderante del Estado.

Se mantiene, sin embargo, el reconocimiento de la autonomía local y regional en los mismos términos que en el anterior artículo 5, y en una posición relevante dado que el artículo 4 se incluye dentro del título 1 —*disposiciones comunes*— del Tratado de Lisboa. A. Olesti, en uno de sus trabajos, se refería a los principios de la Unión Europea como «aquellas normas o reglas que desde la perspectiva de la Unión Europea se consideran fundamentales o básicas en el proceso de construcción europea». El autor identificaba estos principios, que calificaba de *principios rectores de la Unión*, a partir de las disposiciones comunes del Tratado de la Unión Europea.²³ Y ciertamente, aunque entre estos principios no mencionaba el respeto de la identidad nacional de los estados, incluida la autonomía regional y local (hay que tener en cuenta que su estudio se centraba en las disposiciones del Tratado de Ámsterdam), los principios contenidos en el artículo 4.2 encajan —en tanto que rectores— dentro de la clasificación efectuada por el autor.

21 Aunque en el seno de la Convención hubo propuestas para que la igualdad de los estados miembros figurara también en el texto del tratado constitucional; *vid.* Ernâni Lopes and Manuel Lobo Antunes., Amendement Form, *Suggestion for amendment of Article: Article I-5°*.

22 Igualmente, hubo propuestas para modificar el término «seguridad interior» por «seguridad nacional», *vid.* Hain., Amendement Form, *Suggestion for amendment of Article: Article I-5°*.

23 OLESTI, A., *Los principios del Tratado de la Unión Europea*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, pp. 5-6.

En particular, I. Méndez y R. Corbett consideran que el artículo 4 recoge los principios que deben regir las relaciones entre la Unión y los Estados miembros;²⁴ en otras palabras, se trata de un principio de actuación de la Unión que debe regir toda la actividad que desarrolla; en este sentido, habrá de atender a las regiones y entes locales en lo que respecta al proceso de construcción de la Unión tanto institucional como material. Eso sí, y aquí no hay grandes cambios en relación al respeto de la autonomía institucional de los Estados, la autonomía local y regional sólo se conciben bajo el paraguas estatal.

Con todo, y tal como se analiza en el siguiente apartado, la referencia a la autonomía regional y local supone una cierta entrada de la Unión en la esfera interna de los estados. M. Sobrido Prieto (en relación con el marco de la Constitución europea, pero extrapolable al Tratado de Lisboa) consideraba que «frente a la indiferencia de los tratados anteriores, la Constitución europea se preocupa, tímidamente, por la articulación a nivel interno de los intereses regionales en los asuntos comunitarios».²⁵ De esta contenida entrada se han sumado algunos colectivos de entidades territoriales, como la REGLEG, que animan a fortalecer el diálogo permanente entre las regiones y las instituciones europeas.²⁶

Ahora bien, la articulación de las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, en mi opinión, es de doble dirección, ya que el respeto a las autonomías es exigible tanto a las Instituciones y organismos de la Unión como a los estados miembros. Según los principios de igualdad soberana y no intervención del derecho internacional no hay nada que añadir respecto a la libertad de decisión de un país de modificar su organización interna. Ahora bien, este reconocimiento (y cierta entrada) de la Unión en el conocimiento de la autonomía local y regional entraña un deber de atención por parte de los Estados miembros a su propia esfera interna (mientras no haya cambios estructurales) para que las Instituciones y organismos de la Unión puedan cumplir su obligación de respeto. Asimismo, en cuanto a la auto-

24 MÉNDEZ VIGO, I. y CORBETT, R., *Informe sobre el Tratado de Lisboa*. Comisión de Asuntos Constitucionales —Parlamento Europeo—, 29 de enero de 2008, A6-0013/2008.

25 SOBRIDO PRIETO, M., «El papel de las regiones en la Constitución europea», *RGDE*, n.º 8, 2005, p. 47.

26 «Dans l'esprit de cet article 4, les Présidents encouragent un dialogue permanent entre les régions et les institutions européennes et prônent une sensibilisation au rôle et aux préoccupations des régions en matière de politique européenne, qui trouve un écho à l'échelon politique et dans le droit jurisprudentiel», REGLEG, *Déclaration de Bruxelles*, 4-5 de diciembre de 2008, p. 2.

nomía local, tal como prescribe el artículo 6 de la Carta europea de 1985, las partes han de consultar, siempre que sea posible, a sus entidades locales en todos los procesos de planificación y decisión que les afecten (una reestructuración de la organización interna desde luego lo es); e igualmente, mientras no haya cambios rige la obligación de acatarlas, esto es, de no obstaculizar las competencias locales ni limitarlas, tal como prevé el artículo 4 de la Carta.

En el caso de la autonomía regional, y aunque no sea posible extrapolar los compromisos de los estados respecto de las entidades locales por carecer de un texto jurídico vinculante, sí que al menos habría que considerar la opinión del Comité de las Regiones en el sentido que «la autonomía de los entes regionales y locales debe garantizarse al máximo nivel normativo y que la modificación de su estatus no debería realizarse sin su participación»²⁷ que son, además, capacidades ya reconocidas en las Cartas europeas de la autonomía y de la democracia regional respectivamente.

Además de estas consideraciones, el Comité de las Regiones parte de la idea que la autonomía regional debe contener cuatro elementos (y que están presentes en la Carta europea de la autonomía regional): las competencias de los entes; las formas de ejercer esas competencias hacia el exterior; los medios financieros y su organización propia, y el cuarto y último, la defensa de su autonomía.²⁸ De entre estos elementos destaco los relacionados con las instituciones europeas. En concreto, respecto de la participación en el sentido de colaboración, de representar los intereses de las regiones, cabría el derecho a intervenir en el proceso interno de toma de decisiones. Igualmente, es posible la colaboración directa, bien institucionalizada a través del Comité de las Regiones, bien de forma individual. Esta última posibilidad ya se empieza a desarrollar en el ámbito de los fondos estructurales.²⁹

²⁷ CdR, *Dictamen sobre el estado del proceso de descentralización en la Unión Europea y el lugar de la autonomía local y regional en el Proyecto de Tratado Constitucional*, DOUE C 031, 7 de febrero de 2006.

²⁸ CdR, *Dictamen sobre la «Recomendación del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa»*, *op. cit.*

²⁹ Diversas redes y movimientos asociativos de entes regionales y locales ya están trabajando en esa dirección, especialmente tras la finalización del actual período financiero 2007-2013 e inicio del siguiente. Entre otros, *Conclusiones de la Cumbre europea de regiones y ciudades que se celebrará en Praga los días 5 y 6 de marzo de 2009*, CDR 86/209 fin FR/EN/NL-CVE/

En particular, los fondos deben contribuir a la consecución de tres objetivos para el período financiero 2007-2013, uno de los cuales es justo la cooperación territorial que abarca la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional, en el que la participación de los entes subestatales es esencial.³⁰ Asimismo, uno de los principios que rige la ejecución de los fondos estructurales es el de cooperación, que consiste en una colaboración estrecha entre la Comisión y el Estado miembro. Sin embargo, cada Estado miembro «designará» (cita textual) los interlocutores más significativos en los planos nacional, regional y local para cooperar. Tal cooperación comprende, en concreto, «la elaboración, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de los programas operativos. Los estados miembros asociarán, cuando resulte oportuno, a cada uno de los interlocutores pertinentes y, en particular, a las regiones, a las distintas fases de programación, dentro de los plazos establecidos para cada fase» (artículo 11). De forma ilustrativa, el órgano de gestión del Programa Operativo sobre cooperación transfronteriza España-Francia es la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, que es una asociación compuesta por comunidades autónomas y regiones francesas.

Por tanto, el desarrollo de la autonomía regional no excluye otros supuestos que en estos momentos están limitados, como la posibilidad de que las regiones con competencias legislativas puedan impugnar la legalidad de un acto legislativo ante el TJCE en la medida que afecte a sus competencias. Estos ámbitos, en tanto en cuanto no contradigan o vulneren lo previsto en los ordenamientos internos, son factibles, por lo que no cabe descartar nuevas actuaciones en el futuro.

Sólo hay un límite muy importante en cuanto al techo a alcanzar, y es el respeto a la integridad territorial del Estado. Esta limitación está prevista tanto en la Carta europea de la autonomía regional como en el propio artículo 4.2 del Tratado de Lisboa. De tal manera que el respeto a la soberanía del Estado en relación con la autonomía regional no es una contradicción, como han señalado algunos autores, sino que forma parte de su contenido. El derecho de autodeterminación debe quedar, entonces, fuera

ILF/CVE/cf/sz, 2009. CHIEFFI, L., «La participación de las autonomías regionales en la elaboración de las decisiones comunitarias: de la gestión de los fondos estructurales a la reciente reforma introducida por el Tratado de Lisboa», *ReDCE*, n.º 9, 2008, p. 184.

30 Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, *por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) no 1260/1999*, DOUE L 210/25, 31 de julio de 2006.

del ámbito de la autonomía regional. ¿Cuál es el problema? Que así como la autonomía local tiene unos contornos jurídicos definidos, no ocurre lo mismo con la regional. En la medida que los Estados no se han puesto de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del principio y su contenido, el alcance de la autonomía regional sigue abierto.

En mi opinión, un posicionamiento contundente por parte de los Estados en relación con este principio despejaría dudas que son sustanciales. Es más, es posible que quien tenga mayor interés en que el principio de autonomía regional no se consolide venga de aquellas ideologías que aspiran a que desde dentro de la Unión Europea se consiga un tratamiento diferenciado, casi estatal, de las denominadas naciones sin Estado, las cuales, por la vía constitucional interna, no han podido conseguirlo.³¹

Así las cosas, tanto el principio de autonomía local como el de autonomía regional se fundamentan en la organización político-territorial del Estado. Por tanto, en ninguno de los dos casos cabe asimilar autonomía con autodeterminación (y la consiguiente posible transformación en sujetos soberanos e independientes).³² ¿Un ordenamiento interno que permitiera la autodeterminación sería respetuoso con el principio de autonomía regional? Sí, pero esa posibilidad no se traslada al terreno de las instituciones europeas y, en cualquier caso, no sería ejercicio de la autonomía regional.

Con todo, el respeto hacia la autonomía local y regional desde las Instituciones de la Unión y desde los estados miembros corre el riesgo de no cumplirse. En el siguiente apartado se abordan algunos de los efectos que podría ejercer la referencia del artículo 4.2 del Tratado de Lisboa en relación con otros principios y preceptos del entramado normativo europeo.

31 Algunas de estas posiciones ya se defendieron durante los trabajos de la Convención europea sobre el futuro de la Unión, *vid.* MACCORMICK, N., *Stateless Nations and the Convention's Debate on Regions*, CONV 525/03, 31 de enero de 2003. Del mismo autor, *Democracy at many levels: European Constitutional Reform*, CONV-298-02-09-24, 18 de septiembre de 2002.

32 Desde los trabajos del Consejo de Europa esta idea es muy clara, pero no siempre ha sido así: «Because of the confusion of the terms autonomy, self-government, and self determination, it is no surprising that many states still have a hostile, or at least reluctant, attitude towards self-government and autonomy regulations...», Heintze, H-J., «Implementation of Minority Rights through the Devolution of Powers –The concept of Autonomy Reconsidered», *International Journal on Minority and Groups Rights*, 2002, p. 328. Pioneros en este ámbito, HANNUM, H. y LILLICH, R., «The concept of autonomy in international law», *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, pp. 860-861.

3 · Posibles efectos jurídicos

3.1 · En relación con la posición de la autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa y su vinculación con otras disposiciones normativas

Tanto el Tratado de Lisboa como el Tratado de Funcionamiento tienen el mismo valor jurídico, tal como se prevé en el artículo 1.2 del Tratado de Funcionamiento (en adelante TF). Así, ambos deben ser complementarios evitando las contradicciones, a los que hay que sumar los Protocolos y Anexos de los tratados que se integran en los mismos según el artículo 51 del TUE. En este sentido, los contenidos de la autonomía local y regional sirven para modular o delimitar mejor el alcance de las disposiciones del TF y de los Protocolos en donde se ha tenido en cuenta la dimensión de las entidades territoriales. Asimismo, la obligación de la Unión de respetar ambas autonomías entraña una mayor atención hacia aquellos preceptos de los tratados que contemplan la referida dimensión.

Desde esta perspectiva, la consideración hacia las autonomías regional y local debe reflejarse en la aplicación de algunos artículos del TF, el cual organiza el modo de operar de la Unión, los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias (art.1 TF). En particular, la Unión velará junto con los Estados miembros del bienestar de los animales teniendo en cuenta las tradiciones y «patrimonio regional» a la hora de elaborar y aplicar políticas en materia de pesca, agricultura, investigación, transporte, mercado interior, desarrollo tecnológico o espacio (art. 13 TF). Asimismo, la Unión fomentará el desarrollo de la cultura, incluido el respeto de la «diversidad nacional y regional» (art. 167 TF). También la Unión fomentará la creación de redes transeuropeas con el objetivo que, entre otros, los entes regionales y locales puedan beneficiarse de un espacio sin fronteras interiores (art. 170.1 TF). Para cumplir con este propósito «tendrá en cuenta» la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Unión (art. 170.2 TF).

En la misma dirección, dentro del terreno de las catástrofes naturales o de origen humano, la Unión prestará apoyo a la acción de los Estados miembros «a escala nacional, regional y local» (art. 196.1.a TF), y aunque establezca en primer término la responsabilidad y dirección del Estado, ello no contradice los principios de autonomía local y regional que, tal como se ha comentado, se justifican en razón de un sujeto soberano. Esta idea todavía

es más apreciable en el ámbito de los servicios de interés general en los que se reconoce el papel esencial y la extensa capacidad para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general a las «autoridades nacionales, regionales y locales» (art. 1 del Protocolo n.º 26 sobre los Servicios de interés general). El propio Protocolo se remite al artículo 14 que, a su vez, reenvía al artículo 4 del Tratado de Lisboa.

La realización de la autonomía regional y local en su dimensión de participación en asuntos europeos de forma institucionalizada se reconduce al Comité de las Regiones, que preceptivamente deberá ser consultado en materias vinculadas a transportes (art. 91 TF); empleo (arts. 148-149 TF), Fondo Social Europeo (art. 164 TF); educación, formación profesional, juventud y deporte (arts. 165-166 TF); cultura (art. 167 TF); salud pública (art. 168 TF); redes transeuropeas (art. 172 TF); cohesión económica, social y territorial (art. 174 TF); medio ambiente (arts. 191-192 TF); energía (art. 194 TF).

En cambio, dicha participación no se contempla en relación con la acción exterior de la Unión, asociación de países y territorios de ultramar, ámbitos que tradicionalmente escapan de las competencias de aquellas (lo cual no significa que se desinteresen por estos temas, al contrario). Aunque todavía es más incomprensible que el Comité de las Regiones no deba ser consultado preceptivamente en el ámbito de la cooperación transfronteriza (art. 307 TF), un terreno en el que las entidades regionales y locales gozan de una más que dilatada experiencia, petición que fue ampliamente demandada desde distintos sectores durante los trabajos de la Convención sobre el futuro de la Unión sin exitosos resultados.

Por su parte, en el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se prevé que la Comisión consultará, antes de formular una propuesta de acto legislativo, a los entes regionales y locales —cuando proceda. ¿Esta última frase debe entenderse sólo cuando las entidades subestatales poseen competencias (exclusivas, compartidas), o también cuando tienen interés en la materia? El respeto a la autonomía regional y local permite una interpretación más amplia que abarca también el potencial interés. Así la consulta previa, cuando proceda, se extiende a cuestiones que son de interés para las entidades subestatales no estrictamente ceñidas al ámbito de sus competencias.

En realidad, subsidiariedad y autonomía están estrechamente relacionadas. El principio de subsidiariedad fue en primer lugar reconocido en el artículo 4.3 de la Carta europea de 1985 como una manifestación más del

ejercicio de la autonomía.³³ Así pues, la autonomía es un concepto más amplio que abarca la subsidiariedad, pero no es la única faceta, tal como se acaba de comentar.

3.2 · En relación con la igualdad de los estados miembros ante los tratados y al respeto de la identidad nacional de los estados

Según el Tratado de Lisboa, el reconocimiento de la autonomía local y regional no supone una diferenciación en el trato entre los países descentralizados y los de estructura centralizada. El artículo 4.2 es claro respecto a la igualdad de todos los países ante los tratados, de tal manera que la confirmación de esta paridad funciona como una llave que cierra el paso a la posibilidad que en el futuro se establezca diferenciaciones entre unos y otros; por ejemplo, que el voto de un país pueda dividirse entre sus regiones y la autoridad central votando de forma separada ante el Consejo. Sin embargo, y aunque sobre el papel parezca evidente, en la práctica puede no serlo tanto, por cuanto la consideración expresa de la dimensión regional y local conlleva una serie de efectos propios.

En el Preámbulo de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se aprobó como texto independiente al Tratado de Lisboa,³⁴ se reconoce la vinculación entre los derechos fundamentales y el compromiso de la Unión de defender estos valores en el respeto de la cultura y tradiciones de los pueblos de Europa, que comprende la identidad nacional de los Estados miembros y la organización de sus poderes a escala nacional, regional y local. Según los trabajos del Consejo de Europa dicha aproximación forma parte, también, de los valores que impregnan la democracia local y regional, por tanto implícitos en la autonomía de las entidades subestatales, aspecto igualmente reconocido por el Comité de las Regiones.³⁵ La identidad, entonces, va ligada a la cultura, a la lengua, a las tradiciones...

33 Circunstancia que fue expresamente reconocida en el preámbulo del Proyecto de Carta europea sobre la Autonomía Regional de 1997.

34 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE 303 C, 14 de diciembre de 2007.

35 Comité de las Regiones, *Dictamen de iniciativa del Comité de las Regiones sobre el tema «Derechos de los ciudadanos: promoción de los derechos fundamentales y de los derechos que emanan de la ciudadanía europea»*, (2008/C 325/13), 19 de diciembre de 2008.

y lógicamente la diversidad es fácilmente apreciable en los Estados compuestos. En otras palabras, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa podría ampliar los supuestos que entran dentro de la salvaguarda de la identidad nacional, que comprenderá la (identidad) regional y local en aquellos países que corresponda y, en segundo lugar, la identidad nacional abarcará también a la cultura y lenguas de las entidades subestatales. Con la jurisprudencia del TJCE, que a continuación se analiza, se comprenderá mejor este efecto expansivo.

En primer lugar, un Estado miembro tendrá una mayor disposición de invocar dicha salvaguarda para justificar una restricción a la aplicación de las libertades fundamentales de circulación.³⁶ Una situación que podría entrar dentro de este supuesto se evaluó en la STJE de 2 de julio de 1996, en la que la Comisión demandó a Luxemburgo por utilizar ampliamente la excepción a la libertad de circulación de trabajadores de los puestos de la administración pública. El Estado miembro invocaba dicha excepción para impedir, entre otros supuestos, que docentes de otras nacionalidades accedieran a la enseñanza pública, justificándolo en la necesidad de preservar los valores y tradiciones de un país tan pequeño, esto es, proteger su identidad nacional. El Tribunal consideró que aunque la misma es un «objetivo legítimo» no justifica la exclusión de los nacionales de otros países de la totalidad de puestos de trabajo en sectores como la enseñanza.³⁷ Identidad nacional *versus* respeto a las libertades, y la no discriminación proclamadas en los tratados, habrá que tenerlo en cuenta en el futuro.

En segundo lugar, la identidad nacional vinculada a la diversidad cultural y lingüística a la que los estados podrán prestar mayor atención; en el caso de España contra Eurojust, el Abogado General consideró que las medidas adoptadas por el Estado español de preservación de obras europeas de cine y televisión en una de sus lenguas oficiales perseguía un fin legítimo.³⁸ En particular, el Tribunal Supremo español formuló una petición de decisión prejudicial respecto a si la obligación de destinar un 5%

36 Conclusiones del Abogado General, Poiares Maduro, presentadas el 8 de octubre de 2008. *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y Ypourgos Epikrateias. Petición de decisión prejudicial: Symvoulío tis Epikrateias – Grecia*, Asunto C-213/07, párrafo. 32.

37 Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996. *Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento del Estado —libre circulación de personas—*, Asunto C-473/93, párrafo 35.

38 Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 16 de diciembre de 2004. *Reino de España contra Eurojust*. Asunto C-160/03, párrafo 102.

de los ingresos de explotación del año anterior a financiar películas de cine y de televisión europeas, de entre las cuales, el 60% debía destinarse a la financiación de obras que estuvieran en una de las lenguas oficiales del Estado español era conforme a derecho. Finalmente, en la STJCE de 5 de marzo de 2009 se destacó que es legítimo que un Estado miembro defienda y promueva una o varias de sus lenguas oficiales.³⁹ En este sentido el Tribunal recuerda que la diversidad lingüística forma parte de la diversidad cultural.

En tercer lugar, la referencia a la autonomía local y regional puede condicionar un poco más la actividad de las instituciones de la Unión, en el sentido de tener que preservarla con mayor atención que en épocas anteriores. A contrario de esta idea, pero ilustrativa del problema, en la STJCE de 4 de marzo de 2004 Alemania se quejaba de los controles que la Comisión realizaba para valorar qué ámbitos quedaban excluidos de financiación comunitaria (sobre un asunto de vacas nodrizas), ya que sólo los realizaba en algunos Länder y extrapolaba los resultados al resto, con lo cual, según la posición alemana, se tergiversaban algunos datos e iba en contra de su orden constitucional interno. El Tribunal, por su parte, estimó sobre la base del principio de cooperación leal entre las instituciones y los países miembros que estos últimos debían adoptar las medidas necesarias para garantizar la eficacia del derecho comunitario, cosa que al parecer no realizaron satisfactoriamente. Sin embargo, la propia sentencia destaca que dicho principio «impone a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal con los estados miembros».⁴⁰ Por tanto, siembra el camino a que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y en situaciones similares, aumenten las posibilidades de que los estados exijan a las instituciones europeas un respeto más preciso de su organización territorial interna.

Finalmente, mucho más discutible y complejo es que a partir de lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de Lisboa, se pueda exigir a los Estados miembros que no alteren su orden interno para cumplir con las

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2009. *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contra Administración General del Estado. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Supremo – España, Asunto C-222/07*, párrafo 27.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de marzo de 2004. *RFA contra la Comisión. FEOGA —gastos excluidos de la financiación comunitaria —Prima por vaca nodriza—*, Asunto C-344/01, párrafo 79.

obligaciones comunitarias.⁴¹ La invocación desde la Unión Europea del principio de autonomía institucional consagrado por la jurisprudencia desde la Sentencia *International Fruit Company* de 15 de diciembre de 1971 deja muy claro su compromiso de no injerencia en los asuntos internos de los estados.⁴² Con todo, la inclusión de la referencia expresa a la autonomía regional y local en el artículo 4.2 flexibiliza un poco este compromiso.⁴³

¿Un proceso irreversible evolutivo?

En este orden de ideas, la ratificación de todos los miembros de la Carta europea de la autonomía local impone, tal como se ha analizado, la obligación de los Estados de respetar el orden territorial, mientras no se decidan cambios, dentro del ámbito de la ley. A su vez, el Comité de las Regiones ha defendido la relación que existe entre los principios de autonomía local y regional, tal como se han formulado en el Consejo de Europa, y las referencias a la autonomía del artículo 4.2. del Tratado de Lisboa. Por tanto, el respeto a dichos principios insertos en este precepto entraña un cierto

41 Este problema fue señalado durante la celebración del seminario sobre el principio de subsidiariedad organizado por el IEA, el 17 de junio de 2009. Algunas de las reflexiones que a continuación se señalan tratan de aportar alguna respuesta desde el enfoque de este trabajo, esto es, la autonomía regional y local.

42 Pero es que incluso en este caso, y en virtud de los términos señalados en esta sentencia, el cómo se implementan los poderes y obligaciones comunitarias depende del sistema constitucional de cada Estado, es decir, entraña un respeto al marco legal establecido.
«When provisions of the treaty or of regulations confer powers or impose obligations on member states for the purposes of the implementation of community law the question of how such powers are to be exercised and whether the states may entrust the implementation of such obligations to specific national authorities is solely a matter for the constitutional system of each state».

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1971. International Fruit Company nv. and others v Produktschap voor groenten en fruit, Asuntos, 51 a 54/71.

43 Ya antes, algunos autores habían considerado que se estaba flexibilizando un poco el principio de autonomía institucional. *Vid.* entre otros, ALBERTÍ, E., «Las regiones en la nueva Unión Europea. El largo camino hacia una presencia directa de las regiones en la Unión Europea», *Autonomies*, n.º 29, 2003, p. 200. JÁUREGUI, G., «Incidencia del Tratado constitucional sobre la Comunidad Autónoma del País Vasco», *La Constitución europea. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, p. 43; PÉREZ MEDINA, J. M., «Tratamiento de la cuestión regional en el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea», *RGDE*, n.º 4, p. 15.

compromiso por parte de los miembros de la Unión Europea de acatarlos y de no vaciarlos de contenido.

Por otro lado, y en la medida que la autonomía regional y local está contenida en un artículo que, como se ha señalado, contiene principios de actuación entre la Unión y los estados miembros, es posible deducir que a partir del Tratado de Lisboa el proceso de construcción europea lleva insertos a las regiones y entes locales. Desde esta perspectiva, las autonomías local y regional reforzadas pueden dar coherencia y agilidad a las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones europeas en aquellos países que cuentan con entidades locales (que son todos) y regiones.

Finalmente, en relación con la identidad nacional es necesario que se dé un equilibrio entre el respeto de la identidad nacional, inclusive la autonomía local y regional (cuyos supuestos van a ampliarse respecto de lo que existía hasta ahora por los efectos del principio de autonomía regional y local, especialmente de este último) y las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho de la Unión Europea. La jurisprudencia del TJCE ya ha empezado a pronunciarse sobre este tipo de situaciones.

De este modo, y mientras se logre un equilibrio entre el orden constitucional interno y la igualdad de los estados ante la Unión, los principios de autonomía regional y local pueden reforzarse en relación con la participación de las entidades descentralizadas en los asuntos europeos. El proceso de construcción está en marcha y lleva ya de camino a los entes regionales y locales.

Debate

MARIA ÀNGELS ESPUNY SOLÉ

Bon dia, em dic Maria Àngels Espuny. Sóc assessora en temes europeus del Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya. Voldria parlar d'un tema, d'una experiència molt concreta. Moltes de les coses que avui s'han exposat aquí són molt interessants en el paper. Tots sabem que quan s'utilitza, quan es comença a utilitzar un instrument, és quan veiem les limitacions que té, els petits problemes amb què ens anem trobant.

El tema que vull plantejar és absolutament conegut ja per aquest Institut d'Estudis Autònoms que, a més a més, ha pres opinió sobre aquest

tema i ha elaborat una nota; és conegut també pel Departament de Relacions Institucionals de la Generalitat, per la Secretaria de la Unió Europea de la Generalitat de Catalunya, pel secretari d'Estat de la Unió Europea i pel Ministeri de Medi Ambient. Celebro moltíssim que hi hagi un representant del Comitè de les Regions que va rebre aquesta reivindicació que encara no he descrit, però celebro moltíssim, encara més, que hi hagi el senyor Roig aquí, perquè això que vaig a explicar ara, que és una experiència, pugui arribar —jo crec que no ha arribat— a la Presidència del Govern.

Es tracta d'una experiència concreta en el funcionament de la participació autonòmica en els consells de ministres, concretament els consells de ministres de medi ambient. La participació autonòmica als consells de ministres actualment només està oberta a quatre formacions: medi ambient; joventut, cultura, etc.; ocupació i afers socials, i agricultura. És una reivindicació de les comunitats autònomes que s'obri a més consells de ministres, concretament, segurament, els més urgents serien transports i competitivitat. No depèn de nosaltres, però les comunitats autònomes ho anem dient.

Aprofito per dir que en el tema que plantejaré ara, no parlo només en nom del Departament de Medi Ambient i Habitatge; puc parlar amb tota honestat en nom de les disset comunitats autònomes, dels seus departaments de Medi Ambient. Justament el dilluns 15 vam tenir reunió de coordinació i vaig dir que vindria a aquesta jornada i que explicaria el tema en nom de les comunitats autònomes. La participació en els consells de ministres de la Unió Europea que van obrir els acords de la CARCE el desembre de 2004 van ser rebuts amb molta, molta, satisfacció per aquest Govern de Catalunya i per aquest Departament de Medi Ambient. I ja dic, ha sigut en la pràctica quan comencem a veure que hi ha coses que s'haurien de millorar. No m'hi estendré, perquè no tenim gaire temps, però és evident, doncs, que en el procés de discussió d'una proposta de directiva o de reglament en els grups de treball del Consell hi pot participar un representant autonòmic, però no podem donar l'opinió de les comunitats autònomes. Les opinions de les comunitats autònomes comunes, les posicions comunes, només les podem donar quan hem arribat a una posició comuna, que l'assolim una setmana abans del Consell de Ministres, quan tot el procés de debat dins del grup de treball del Consell ja ha anat avançant article per article. No podem donar-la abans perquè encara no hi ha posició comuna. Això és una cosa que vam veure de seguida, que la CARCE també va veure, i el 2007 es va dir: «Hem d'adequar una mica aquests acords al 2004», però no s'ha avançat. Les comunitats autònomes sí que hem avançat i l'octubre de 2008 a Sevilla hem

adoptat un document on intentem ja regular això, i esperem tirar-lo endavant, tot i que no tenim encara l'aval del Ministeri, perquè això ho ha d'avaluar una conferència sectorial, i no se n'ha convocat cap des que hi ha el Ministeri de Medi Ambient, Medi Rural i Marí. El tema concret, doncs, és aquest funcionament que caldria millorar, perquè la participació autonòmica no sigui només de rebre documentació, tot i que ja ho valorem molt positivament, sinó també de poder aportar aquesta posició comuna d'última hora. Si es tanca aquell dossier ja no s'arriba a temps de poder-hi incloure modificacions, que la majoria de vegades són de temes de contingut i coincidim amb l'opinió del Ministeri, i no hi ha hagut mai cap problema d'aquest tipus, però sí que s'ha donat el cas d'un tema en què hi ha hagut posició comuna de les comunitats autònomes des del juny de 2007, i aquesta posició comuna no ha estat mai traslladada als grups de treball del Consell de Ministres.

El juny de 2007 s'estava discutint en el Consell de Competitivitat un reglament, que després va ser el reglament 765/2008, sobre les acreditacions dels productes que van al mercat. Ens va arribar ja l'avís de la Comissió, d'alguns membres que hi participen, advertint que aquest reglament de productes, que es discutia a Competitivitat, i per això no hi teníem accés, s'intentaria aplicar a temes de medi ambient, on les competències són autonòmiques. Aquí hi ha un canvi fonamental. Vam plantejar aquest tema ja el juny de 2007 en la reunió de Balears, quan Balears era la comunitat coordinadora, perquè nosaltres, com a Medi Ambient, sí que discutíem el nou reglament ETS, el nou reglament de comerç dels drets d'emissió de gasos d'efecte hivernacle, el que ara ja s'ha aprovat. I allà s'anunciava que també es faria un reglament per regular les acreditacions, i vam dir: «Atenció, aquest reglament, que és de tema de medi ambient, no pot ser calcat del reglament de productes, perquè aleshores vulneraria competències, perquè les comunitats —si volem— tant per la Constitució com pels estatuts d'autonomia, podem tenir oficines d'acreditació». Bé, per sis o set vegades consecutives en posicions comunes hem anat manifestant totes les comunitats autònomes que, en cas que s'apliqués el model, concretament és l'article 4 d'aquest Reglament 765, a temes de medi ambient, sempre s'hauria d'afegir una clàusula que digués que això no podia anar en contra de la distribució interna de funcions competencials dins d'un estat. El Comitè de les Regions ens va fer cas. Es va acceptar una esmena nostra en la Comissió DEBE de desenvolupament sostenible, la va acceptar el ponent de l'informe i l'ha aprovat el plenari. A nivell de Consell de Ministres, no hem aconseguit que el representant del Ministeri defensi en els grups de treball aquesta

esmena. Al contrari, en un acte dels grups de treball consta clarament que el representant diu que Espanya no té cap problema a aplicar el reglament EMAS, aquest reglament 765.

La situació de frustració en què estem és important, com poden entendre. Ve ara l'altre, el reglament sobre acreditacions de gasos d'efecte hivernacle. No coneixem encara l'esborrany, insistirem en aquest tema, creiem que s'ha vulnerat un dels acords de la CARCE, que diu que les posicions comunes es tindran «debidamente en cuenta durante el debate de todo el proceso». Tenim dubtes seriosos que, fins i tot, Presidència o altres instàncies ho coneguïn. Ens trobem amb dificultats perquè les instàncies autonòmiques, a nivell de Medi Ambient, no s'estan convocant, ni la Red de Autoridades Ambientales ni la CARCE ni la Conferencia Sectorial, ni la Comisión de Asuntos Europeos, amb la qual cosa no tenim més llocs on platejar-ho, i ens interessa moltíssim perquè, a més, Catalunya serà, durant la presidència espanyola, coordinadora dels dos consells de ministres de Medi Ambient.

EDUARD ROIG MOLÉS

No tant entrant en el cas concret, em plantejaria dues o tres qüestions que jo crec de caràcter més general i més vinculades al que estem veient aquí sobre subsidiarietat.

Primera: Amb el funcionament del sistema de participació dels acords del 94, el 97 i el 2004 es parteix, efectivament, del nucli de la posició comuna al final, i per tant no abans, però des de l'any 2004 tenim un joc previ, que és el que està funcionant bé, que és la presència en els grups de treball. La presència en el grup de treball permet, d'entrada, tenir la informació de què està passant al grup de treball, i per tant permet que les comunitats exercixin, i ara veurem amb quina intensitat, el control del que fa l'Estat, també, en aquests grups de treball. Ara anem a la intensitat d'aquest control: és veritat que fins que no hi ha posició comuna no hi ha una possibilitat d'expressar-la formalment i plena. Això té una justificació molt clara. Qui està, per molt que sigui d'una comunitat autònoma, en un grup de treball o en un d'aquests elements, està intervenint en nom de totes les comunitats. Per tant, formalment, fins que no hi ha posició comuna és molt difícil avançar més. Materialment, ja es fa. Hi hagi o no hi hagi posició comuna, el representant autonòmic està al grup de treball, i per tant en aquell grup de treball hi ha una presència.

Segona: És cert que l'acord té un límit, i el límit és la decisió de la posició espanyola que correspon a l'Estat. Per tant, la intervenció de la comunitat autònoma es fa com a intervenció dins de la delegació espanyola, però qui emet la posició espanyola és l'Estat, i per tant tenim un joc, un marc de joc, que podem decidir canviar o no —però un marc de joc determinat avui en dia— que és que les comunitats participen en aquesta posició que decideix finalment l'Estat.

Decideix l'Estat amb límits, efectivament, en funció de la distribució competencial, en funció del caràcter determinant o no de la posició autonòmica, etc. I el que estem plantejant aquí és quin és el límit que ha de tenir o amb què ha de jugar l'Estat. Tal com ho ha explicat qui m'ha precedit, sens dubte l'Estat, com a mínim, tenia una obligació, que pel que s'ha dit en l'exposició que acabo de sentir no sembla que s'hagi seguit, que és la de tenir en compte la posició autonòmica i explicar, en tot cas, per què no se segueix. L'Estat no té l'obligació de presentar i defensar la posició autonòmica, ni tan sols en el cas que ens trobéssim davant d'una competència exclusiva autonòmica —cosa que no és el cas. L'Estat té l'obligació de prendre-la en consideració i d'explicar, en una sèrie de casos, probablement aquest, per què no la segueix. Per tant, si això no es fa, tenim aquí una patologia respecte al sistema que ja està vigent.

Hem de modificar el sistema? Vejam, tinguem en compte que —i ara vinc als elements de caràcter general que volia tocar en relació al seminari— el sistema jurídic estricte de considerar quan un hi participa, quins efectes té la seva participació sobre el que decideix un altre i com arribem a un acord entre disset per vincular-ne un altre que ha d'arribar a un acord amb vint-i-sis més, no pot ser altra cosa que un coixí de seguretat, un límit a les actuacions, diguem-ne, absolutament arbitràries, però, normalment, el que ha de ser també és una base per a una dinàmica d'acord. Si no, no funciona. Per tant, quan hi ha una patologia, si això ha funcionat malament, s'ha de corregir, però la base perquè això funcioni no serà mai una correcció jurídica, queixes, recursos judicials. És impossible; això només pot funcionar amb una dinàmica d'acord que, necessàriament —i aquest és el segon element— és sectorial. Necessàriament, o això funciona en l'àmbit de l'acord diari entre Medi Ambient, Estat, comunitats autònomes, o no anirà. Per tant, la participació funciona de manera molt diferent si parlem de Medi Ambient, o si parlem d'Agricultura, o si parlem del que sigui, perquè en cada sector s'ha de crear aquesta dinàmica i s'ha de mantenir.

El preocupant, el més preocupant per a mi de tot el que ha plantejat vostè no és el problema europeu. El més preocupant és que no s'hagi reunit la sectorial de Medi Ambient en tot aquest temps. Per tant, ens trobem que el sistema europeu —i això ens serveix també pel tema de la subsidiarietat— funciona molt millor si funciona el sistema general de relacions. Per tant, on tenim el problema, que anem millorant per sectors i empitjorant també per sectors, perquè durant una època hi ha sectors que funcionen molt bé i passen a funcionar malament, és en l'àmbit sectorial, amb una possibilitat d'intervenir —que existeix— i que jo sàpiga les comunitats utilitzen poc, tot i que no és que l'Estat estigui meravellosament obert perquè l'utilitzin —ho assumeixo—, però que crec que utilitzen amb poca intensitat, que és la CARCE. La CARCE, la Conferència d'Assumptes Relacionats amb les Comunitats Europees, alguna vegada diem que, últimament, és com un actor a la recerca de personatges, o a la recerca d'un paper que jugar en el sistema. Doncs bé, el seu paper és controlar aquest tipus de coses. El que passa és que això, de nou, no es controlarà —siguem realistes— en un plenari de la CARCE, perquè, aleshores, ja s'haurà plantejat el conflicte. El conflicte s'ha de solucionar abans, amb uns mecanismes més fluïts, probablement, de cooperació.

Última: Es discuteix el tema de la subsidiarietat, però es discuteix, molt més, entrant en la qüestió de fons de quin és el detall de si s'ha d'aplicar una norma o no; és a dir, no es tracta tant de dir si una norma sí o una norma no, que és un debat, al final, molt teòric i que a la pràctica no es dona, sinó sobre els matisos de la norma.

CARLES VIVER PI-SUNYER

No sé si és apartar-me una mica del tema de la subsidiarietat en sentit estricte. El professor Roig, ens deia: «Cal tocar el sistema». Jo diria que, si la solució és dir que només amb la participació ja en tenim prou, però que decideix l'Estat, en tot cas, jo potser no hi estaria gaire d'acord i potser sí que aniria a dir que, aleshores, hem de reformar el sistema. És a dir, si ens trobem amb una competència que és de les comunitats autònomes i hi ha una posició comuna, entenc que hem de tocar el sistema per tal que l'Estat quedi vinculat per aquesta posició comuna de les comunitats autònomes en l'àmbit de les seves competències, perquè si no, estem fent el que hem dit que no feia la Unió Europea, que és modificar la distribució interna de les competències.

De fet, jo aquest tema el conec poc, però conec una mica el tema de les EMAS. El problema de fons, em fa l'efecte, que tenim és que la Unió Europea està, no diré vulnerant, però sí tractant d'una manera molt laxa el principi d'autonomia o de neutralitat institucional, de respecte de la distribució de competències, perquè el que s'ha inventat la Unió Europea en l'àmbit citat, és, si no recordo malament, una agència nacional única de coordinació interna. No és el que fins ara exigia la Unió Europea que deia: «Jo vull una agència per coordinar-me amb ella». No, és que ara diu: «Aquesta agència vull que sigui la que coordini internament». Per tant, sembla que està dient a l'Estat: «Escolti, faci-ho vostè», perquè l'altra alternativa és que les disset comunitats autònomes es posin d'acord per muntar aquesta agència. Per tant, aquí estem en una situació en què, a l'Estat, ja li va bé que no li vinculi aquesta posició comuna de les disset comunitats autònomes, i està jugant en la línia que ja li ha marcat també la Unió Europea no perquè li hagi caigut del cel, sinó perquè els estats han tingut prou influència com perquè la Unió Europea hagi fet aquesta disposició que exigeix una autoritat nacional única de coordinació interna. Per tant, el tema és més complicat perquè, políticament, sembla que al darrere hi ha aquesta qüestió. Però, tornant a l'origen del problema, a mi em fa l'efecte que si estem en una competència de les CA, si les disset comunitats autònomes tenen una posició comuna, jo entenc que, si respectem el principi de neutralitat, l'Estat ha de quedar vinculat per aquesta posició. I que, en definitiva, és molt important la participació i que al final aquí s'ha de buscar un pacte, és clar; però les normes jurídiques tampoc no poden desaparèixer d'aquest àmbit.

LAURA HUICI SANCHO

Recollint les reflexions que ha fet la professora Bertran sobre el principi d'autonomia regional i local, i la cita que fa i sé que és una posició que també comparteix la professora Marta Sobrido, a mi ja fa temps que em passa una idea pel cap, i és que en aquesta nova perspectiva de tractat de Lisboa vers el fenomen regional, no sé fins a quin punt no es podria dir que s'està introduint una nova perspectiva del principi d'autonomia institucional, dintre del sistema comunitari, com a principi no només de garantia dels estats respecte de l'acció de les institucions comunitàries, és a dir, no només com a límit en l'acció de les institucions comunitàries, sinó també com a garantia de les competències regionals envers els mateixos estats. És a dir, si

incloem el nivell regional també en la redacció del principi de subsidiarietat, si parlem de la necessitat que es respecti el principi d'autonomia regional i local, si el tema de l'autonomia regional i les competències de les regions és un tema d'interès, no competència de la Unió, però sí un tema d'interès per a la Unió Europea, no podríem anar més enllà i establir la garantia d'aquest repartiment intern de competències de les regions envers les institucions comunitàries i envers l'Estat? És veritat que no sóc gaire optimista en pensar que el Tribunal de Justícia avalaria una interpretació semblant al dret comunitari, tenint en compte la prudència amb la qual ha interpretat el principi de subsidiarietat, però sí que, pel fet que ara el Comitè de les Regions tindrà competències per recórrer, això obligarà el Tribunal de Justícia, potser, a pronunciar-se, també, sobre aquest tema.

FRANCINA ESTEVE GARCÍA

A mi m'agradaria preguntar al senyor Pedro Cervilla i al professor Eduard Roig fins a quin punt creuen possible, fins i tot convenient, vincular el principi de subsidiarietat al control d'impacte tant en l'àmbit del Comitè de les Regions com en l'àmbit intern.

EDUARD ROIG MOLÉS

Pel que fa al control d'impacte de normes internes, estem enmig de la seva modificació. Tenim memòries diverses d'impacte, tenim la de gènere, tenim l'econòmica i s'està plantejant fer una memòria d'impacte normatiu des de fa mesos. Probablement el més raonable és fer, efectivament, una memòria normativa en què s'introdueix tot. L'àmbit de subsidiarietat en l'àmbit intern, estrictament, és difícil, perquè en el nostre àmbit el principi de subsidiarietat com a tal, internament, no juga cap paper, el que juga és la distribució competencial. Per tant, el raonable seria introduir, efectivament, des del primer moment, la valoració de la distribució competencial a la memòria d'impacte. I això ens porta, immediatament, a un altre element: és clar, si valorem tantes coses en l'impacte i entrem a valorar a fons, en la memòria d'impacte, elements d'aquest tipus és perquè la memòria d'impacte té un valor, que és facilitar la discussió política posterior i l'aprovació, però això no es farà mai mentre la memòria d'impacte pretengui tenir un valor jurídic.

Dit d'una altra manera, en el debat actual sobre què s'inclou en la memòria d'impacte en l'àmbit estatal, la qüestió fonamental és: «anem en compte amb què incloem perquè, segons el que incloem, els tribunals entraran a controlar fins a quin punt està ben feta una valoració política d'impacte d'una norma. Per tant, limitem la memòria d'impacte si això ha de passar a ser objecte d'un control judicial, ampliem-la tant com es vulgui si això és una valoració política». Per tant, hem de definir les dues coses. Si és una valoració de caràcter polític, ampliem-la, si es vol. Si és una valoració de caràcter jurídic, és poc probable que això es generalitzi, entre altres coses perquè les valoracions jurídiques de quan ens trobem davant d'una competència exclusiva o no, de quan ens trobem davant d'un efecte raonable o no en l'impacte organitzatiu, de quan ens trobem en una matèria o en una altra són molt complexes, i, per tant, si formalitzem molt tot això, és millor formalitzar-ho en l'àmbit judicial, que és on s'haurà de decidir, que no en un àmbit previ en el qual no saps quin és l'impacte posterior.

Tornant al tema europeu, encara des del punt de vista intern. De tot això no hi ha res en la valoració d'iniciatives europees, i aquest és el problema. Quan una iniciativa europea arriba a l'Administració espanyola o a les administracions espanyoles, el problema és que no està formalitzat enlloc que valoren les administracions espanyoles, i això sí que probablement ho hauríem de fer, i en aquest sentit, i entenent que es tracta d'una valoració política, jo sí que estaria molt d'acord en que necessitem desenvolupar i formalitzar què és el que valorarem en tots els casos en què ens arriba un projecte de directiva o un projecte de reglament. I haurem de valorar totes les administracions, la subsidiarietat i moltes altres coses. I hi ha molts països en què això funciona de manera no tan complexa, basat en una fitxa en què hi ha uns elements, que en queda constància per escrit, de quina és la valoració que cada administració participant en fa.

El meu problema no és que consti per escrit la valoració de cada Administració, sinó que intentem després, a partir d'aquí, vincular una Administració sobre l'altra per les valoracions que han fet el conjunt de les administracions. Jo crec que això és molt complicat. Ara, formalitzar la valoració que fem sobre una sèrie d'aspectes, absolutament sí. I, sobretot insisteixo, perquè el que estem intentant fer a la normativa interna, memòries d'impacte, etc., no ho fem mai amb els projectes de normativa comunitària que jo, sincerament, més enllà d'elements formals, normalment molt buits, no sé quina valoració reben per part de l'Administració general de l'Estat i de les administracions autonòmiques, de vegades, perquè les pròpies admi-

nistracions espanyoles no hem avançat per aquest camí de formalitzar i de seguir un procediment de valoració de les propostes que arriben de Brussel·les.

PEDRO CERVILLA MARTÍNEZ

Poco más que añadir a lo que acabas de decir. La valoración del impacto no deja de ser o es fundamentalmente política, muy difícil de controlar desde una perspectiva jurídica, muy difícil, a no ser que en el impacto se analice cuáles son las competencias legislativas de cada uno de los niveles que participan. Por eso decía antes que en los debates, por lo menos en el Comité de las Regiones, hay unas determinadas autoridades, miembros del Comité, que insisten mucho más en el impacto, y no están tan preocupados en la parte competencial, en la parte legislativa; lo que quieren ver, en realidad, es la práctica. Si hay un valor añadido en la propuesta comunitaria o no. Y en ese valor añadido cuál es el impacto real que esa propuesta de norma va a tener en los determinados entes en los que va a afectar. Por lo tanto, es necesario participar de una manera mayor y cuanto antes mejor, en las fases cuanto más prelegislativas posible, como decía Eduard también al final. Ahí, en determinados estados, se llega al nivel casi del detalle, de la anécdota, por ejemplo en Bélgica, con un sistema complejísimo de participación en la toma de decisiones. Si ponemos a España en una esquina, Bélgica está en la otra. Estos días estaba debatiendo cuál va a ser la posición del Gobierno belga en el nombramiento del presidente de la Comisión. Teniendo en cuenta la complejidad de la composición del Gobierno federal belga, teniendo en cuenta la complejidad del debate actual de los nuevos gobiernos regionales belgas, la conclusión va a ser que el Gobierno belga va a tener que abstenerse en la toma de decisión comunitaria, porque un determinado partido, o dos, a un nivel determinado, vetan la solución.

En cuanto al resto, Eduard, no tengo nada más que añadir, únicamente insistir de nuevo en lo que habíamos mencionado al principio, la gobernanza a múltiples niveles. Hay veces que nos perdemos con las teorías. No se trata tanto de quién tenga la competencia (si la tiene una comunidad autónoma o la tiene el Estado), sino de que hay que resolver un problema, y por ello habría que ir a veces mucho más al contenido en el marco de las competencias que tiene cada uno y ver si hay mecanismos que existen en determinados estados o entre determinados entes locales, regionales, estados, instituciones europeas, que podrían permitir desbloquear bastantes asuntos.

A raíz de la última conferencia de la profesora Susana Beltrán, quisiera comentar que más allá de las dificultades en la aplicación derivadas de la inconcreción de estos principios de autonomía regional y local, es importante en sí mismo que figuren, y más en el Tratado, en el artículo 4, como está propuesto. Y comparto con los aquí presentes mi experiencia muy reciente, porque me han pasado para informar el proyecto de código de consumo de Cataluña, donde se nos plantea un tema en el que la Generalitat y, en general, Cataluña es especialmente sensible, que es el de la lengua, y en concreto la lengua de etiquetaje de los productos.

Ya en el año 1982 se dictó un decreto por la Generalitat en el que se preveía la posibilidad de etiquetar en catalán, en castellano o en los dos idiomas. Fue impugnado por el Gobierno del Estado y dio lugar a la sentencia 69/1988, conocida, más bien, porque allí el Tribunal establece que las bases no pueden estar en una orden, sino que han de estar en normas con rango legal, en principio. El Estado sacó una norma propia de rango básico en la que decía que los datos obligatorios en el ámbito alimentario han de estar etiquetados en castellano, de forma que el catalán, pese a ser lengua oficial en Cataluña, por sí solo no era suficiente. Es decir, se rompía el equilibrio de la cooficialidad lingüística. Fue impugnado por la Generalitat, y el Tribunal, en la sentencia 147/1996 decidió, aunque no por unanimidad, pues hay votos particulares, que en este caso el Estado podía imponer la norma del castellano como norma básica y no entró, no quiso entrar, porque dijo que no era su función, en si la norma se adecuaba o no a las exigencias del derecho comunitario —uno de los votos particulares especialmente lo critica. Bien, la cosa quedó aquí, Europa cambió su directiva, permitió a los estados que impusieran el uso de una lengua oficial de la comunidad, por tanto el castellano en este caso, puesto que el catalán no es oficial de la comunidad y, si bien el Tribunal, en la sentencia 147/1996 que he citado, dijo que la Generalitat, por su parte, podría exigir lo mismo en catalán, siempre quedó la duda de si esto podría ser entendido ante Europa como una medida de efecto equivalente contraria a la libre competencia. Por consiguiente, no se podía exigir que fueran etiquetados también en catalán los productos que ya estaban en castellano, puesto que, desde el punto de vista de la salud de los consumidores, etc., como todos los españoles tienen la obligación de conocer el castellano, ya quedaba cubierto.

En cambio, la situación actual, con el nuevo Estatuto, permite entender, y así lo ha entendido la Generalitat cuando ha presentado otro proyecto de ley de código de consumo, que se puede exigir la presencia del catalán. Pero nos encontrábamos con esta dificultad de si esto podía ser entendido como una medida de efecto equivalente, porque, en efecto, puede ser entendido como tal. La postura que en este caso defendí era la de que, aun aceptando que fuera así, también se podía entender que, en este caso, había una excepción imperativa —término utilizado por el TJCE— para justificar esta medida, fundada precisamente en algo semejante a este principio de respeto de la identidad de las regiones, que vendría a justificar que se exigiera el uso del catalán en el etiquetado y que este uso no pudiera ser considerado como una medida contraria a la libertad de circulación del tratado. Esta es la situación, y yo llegué a esta conclusión que someto a su consideración por si quieren efectuar algún comentario.

SUSANA BELTRÁN GARCÍA

Jo estic d'acord amb vostè i crec que si, efectivament, entra en vigor el Tractat de Lisboa, la invocació d'*efectiva* de l'autonomia regional i local que, a més, el Tribunal de Justícia, en alguna sentència, ha dit que implica el respecte a la identitat lingüística, doncs encara farà que l'argumentació que indica sigui més ferma. En aquest sentit, quan al començament de la meva ponència deia que hi ha autors que la inclusió de l'autonomia regional i local la consideren com merament simbòlica perquè no canviarà res, afegia que jo, en aquest sentit, no hi estic d'acord, precisament per aquest tipus d'efectes que ara serviran per construir, molt millor, jurídicament, o invocar no només la salvaguarda de la identitat nacional, sinó la identitat regional lingüística.

EL DESARROLLO DEL MERCADO INTERIOR: LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales, Universidad
de Granada*

SUMARIO: 1. Descripción del proceso de Lisboa y de la génesis de la Directiva de servicios. 2. Exposición de los principales contenidos de la Directiva de servicios. 3. Análisis y valoración de las principales críticas que la Directiva ha recibido. A) Los derechos de los trabajadores desplazados. B) El tratamiento de los servicios públicos. 4. Fórmula de transposición elegida en España. A) La Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley paraguas). B) La Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus). C) La Ley de reforma de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias. 5. Reflexiones finales.

El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios constituyen libertades fundamentales del mercado común desde el comienzo del proceso de integración en los años cincuenta. Las normas de derecho derivado y la jurisprudencia interpretativa del TJCE han ido permitiendo desarrollar y perfeccionar estas libertades, que junto con la libre circulación de mercancías, trabajadores y capitales configuran el núcleo esencial de lo que hoy denominamos «el mercado interior» de la Unión Europea.

No obstante, la creciente importancia del sector terciario en la economía europea, y la persistencia de elementos distorsionadores de la prestación transfronteriza de servicios en la Unión Europea, justificaron una iniciativa normativa de gran alcance como es la Directiva de servicios, que los EEMM de la UE deben transponer a su Derecho interno antes del 28 de diciembre de 2009. Esta contribución analiza algunos de los elementos

esenciales de esta Directiva, valora el fundamento de ciertas críticas que se le han formulado y comenta la fórmula de transposición que se ha decidido utilizar en España, teniendo en cuenta las competencias de implementación de las Comunidades Autónomas en ese proceso.

1 · Descripción del proceso de Lisboa y de la génesis de la Directiva de servicios

La Directiva 2006/123/CE se adoptó en el marco de lo que se conoce como la Estrategia de Lisboa. En el Consejo Europeo de Lisboa en marzo de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE aprobaron un plan, denominado «Estrategia de Lisboa», con el pomposo objetivo de hacer de la Unión Europea la economía más competitiva del mundo y alcanzar el pleno empleo antes de 2010.¹ En un principio, esta estrategia tenía un pilar económico y otro social.² En el plano económico, se trataba de crear las condiciones para propiciar una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento, una economía que aprovechara al máximo los beneficios de la sociedad de la información, de la investigación y de la innovación. En el plano social, el objetivo se centra en la modernización del modelo social europeo gracias a la inversión en los recursos humanos y a la lucha contra la exclusión social.³

En este contexto, la Comisión planteó la necesidad de estimular el crecimiento y la competitividad del mercado europeo de servicios, que aporta aproximadamente un 70% del PNB y del empleo en la UE. Al hacer esto, se pretendía favorecer especialmente a las pequeñas y medianas empresas (en adelante PYMEs) y a los consumidores: a las PYMEs porque son las que más obstáculos encuentran en el comercio transfronterizo de servicios, y las que cuentan con menos medios para enfrentarse a esas dificultades; a los consumidores, que somos todos, también se les favorecerá porque, al ofrecérseles más opciones, encontrarán prestadores de servicios más baratos y de mayor calidad.⁴

1 Bolelín UE 3-2000, apartado 1º (I).

2 El Consejo Europeo de Gotemburgo ańadió en 2001 un pilar medioambiental a esta Estrategia.

3 La base de datos EurLex ofrece una informaci3n actualizada sobre todas las iniciativas normativas derivadas de la Estrategia de Lisboa en <http://eur-lex.europa.eu/es/dossier/dossier_13.htm>.

4 Ver los argumentos de la Comisi3n Europea en los documentos COM (2002) 441 final, de 30.7.2002 y COM (2004) 2 final, de 13.1.2004.

2 · Exposición de los principales contenidos de la Directiva de servicios

La Directiva de servicios prevé un importante ejercicio de simplificación administrativa, que pretende facilitar el acceso al mercado de servicios a todos los operadores económicos de los EEMM. En diciembre de 2009, dichos EEMM deberán contar con ventanillas únicas,⁵ en las que será posible realizar la totalidad de los trámites para obtener las autorizaciones necesarias para el ejercicio de cualquier actividad económica por cuenta propia prestada a cambio de una remuneración.⁶ Todos estos procedimientos y trámites se podrán realizar además por vía electrónica, a través de Internet.⁷

Posteriormente, la Directiva distingue el régimen jurídico del derecho de establecimiento del de la prestación de servicios.

Por lo que se refiere al derecho de establecimiento, la Directiva establece las condiciones en las que las Administraciones públicas pueden someter al requisito de autorización previa el ejercicio de una actividad económica de servicios. En primer lugar, la exigencia de autorización no puede resultar discriminatoria, debe estar justificada por una razón de interés general, y no puede generar efectos más restrictivos de lo necesario para conseguir ese objetivo (principio de proporcionalidad).⁸ En segundo lugar, se establecen una serie de criterios sobre las características y el procedimiento de autorización. En tercer lugar, se elaboran una «lista negra» (requisitos prohibidos) y una «lista gris» (requisitos que deben justificarse) de condiciones para la concesión de autorizaciones.

Por un lado, los EEMM tienen prohibido incluir los requisitos recogidos

5 Artículos 6 y 7 de la Directiva 2006/123.

6 Con excepción de los sectores de servicios excluidos del ámbito de vigencia de la Directiva 2006/123 por su artículo 2 (2). Lógicamente, ello no impide la aplicación de los artículos 49 y 56 TFUE a esos servicios (UYEN DO, T., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service?», en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 1/2006, pp. 128-129).

7 Artículo 8 de la Directiva 2006/123. Véase H. VILLAREJO GALENDE: «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 14, 2008, p. 47.

8 Artículo 9 de la Directiva 2006/123. Estos requisitos reproducen literalmente la jurisprudencia del TJCE en el marco del derecho de establecimiento. Véase, por ejemplo, la sentencia de 30.11.1995, *Gebhard* (C-55/94), Rep. p. I-4186.

dos en la lista negra en los procedimientos de autorización.⁹ Por otro lado, dichos EEMM deben examinar todos los requisitos incluidos en la lista gris que mantengan en su legislación y revisar si éstos respetan los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.¹⁰ Todo ello se somete a un procedimiento de evaluación recíproca, para que la Comisión y los demás EEMM puedan pronunciarse sobre la pertinencia del mantenimiento de esos requisitos.¹¹

El régimen jurídico previsto para la libre prestación de servicios también sigue las líneas generales trazadas por la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las disposiciones del derecho originario sobre esta libertad del mercado interior. No obstante, el artículo 16 de la Directiva limita los motivos de interés general alegables por los estados miembros para justificar las restricciones existentes en su normativa nacional¹² (sólo se consideran invocables el orden público, la seguridad pública, la salud pública o la protección del medio ambiente). Para los servicios no excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (fundamentalmente por el artículo 2), o de la aplicación del propio artículo 16 (los servicios mencionados en el artículo 17), éstas serán las únicas razones que podrán amparar una legislación nacional limitadora de la prestación de servicios¹³ (siempre y cuando la norma interna res-

9 Artículo 14 de la Directiva 2006/123. Entre los requisitos prohibidos figuran el de supeditar la concesión de la autorización a una necesidad económica o demanda en el mercado (apartado 5), o la intervención directa o indirecta de los competidores, incluso en órganos consultivos, en el proceso de autorización (apartado 6). Estos párrafos podrían considerarse directamente dirigidos contra la Ley catalana de Equipamientos comerciales (Ley 17/2000, de 29.12.2000, BOE n.º 20, de 23.1.2001). Las reformas introducidas por la Ley 18/2005, de 27.12.2005 (BOE n.º 33, de 8.2.2006), no han satisfecho a la Comisión, que ha demandado a España ante el TJCE al entender que la normativa catalana resulta discriminatoria e introduce elementos que permiten supeditar la concesión de la autorización a la existencia de una «necesidad de mercado» (Recurso interpuesto el 16.9.2008, *Comisión c. España*, asunto C-400/08).

10 Artículo 15 de la Directiva 2006/123.

11 Artículo 39 de la Directiva 2006/123.

12 En consecuencia, la Directiva 2006/123 tiene un efecto restrictivo sobre la capacidad estatal de regulación de los servicios que va más allá de los límites anteriormente establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios (PEGLOW, K., «La libre prestation des services dans la directive n.º 2006/123/CE», en *R.T.D.eur.*, vol. 44, n.º 1, 2008, pp. 75-105).

13 Para un comentario de la medida en que esta regulación supone la aplicación de la «regla del país de origen» a la prestación transfronteriza de servicios, véanse C. BARNARD: «Unravelling the Services Directive», en *C.M.L.Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 360-364; V. HATZOPOULUS: «Que reste-t-il de la directive sur les services?», en *C.D.E.*, n.º 3-4/2007, pp. 302-315; G. DAVIES:

pete los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad). Los EEMM deberán comunicar a la Comisión estas limitaciones, que serán trasladadas a los demás EEMM, para seguir un proceso de evaluación recíproca.

La Directiva se completa con una serie de disposiciones sobre calidad de los servicios¹⁴ y con un capítulo específicamente dedicado a la cooperación administrativa¹⁵ (entre los propios EEMM, y también entre éstos y la Comisión), que deberá incrementarse significativamente, si se quiere potenciar realmente el incremento del flujo internacional de servicios entre EEMM, al tiempo que se restringen las cargas administrativas para su prestación.

3 · Análisis y valoración de las principales críticas que la Directiva ha recibido

La Directiva se conoció popularmente como la Directiva Bolkenstein, que es el nombre del Comisario europeo que presentó la propuesta de redacción original de la Directiva en el año 2004.¹⁶ Algunos la rebautizaron como la Directiva Frankenstein, llegando a decir que se trataba del acta de defunción del modelo social europeo, o del paradigma de la Europa neoliberal. De hecho, el intenso debate que suscitó la iniciativa fue uno de los principales argumentos que contribuyeron al resultado del «No» en el referéndum francés sobre el difunto Tratado constitucional europeo.

«The Services Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration», en *E.L.Rev.*, vol. 32, 2007, pp. 238-239; P. PELLEGRINO: «Directive sur les services dans le marché intérieur. Un accouchement dans la douleur», en *RMC et de l'UE*, n.º 504, 2007, pp. 17-18.

- 14 Podría resumirse señalando que la Directiva 2006/123 incrementa los derechos de los consumidores con un catálogo de garantías, de entre las que pueden destacarse las siguientes: 1º) establece un sistema de asistencia a los destinatarios de servicios, que prevé la creación de una Red de centros europeos de los consumidores (artículo 21); 2º) introduce numerosas obligaciones de información a los destinatarios de los servicios (artículo 22) lo que redundará en una mayor calidad y transparencia del mercado europeo de servicios; y 3º) establece una serie de obligaciones para los prestadores de servicios, que tienen por objeto la protección del destinatario, en relación con cuestiones como los seguros y las garantías profesionales o la resolución de litigios (véase, en general, el capítulo V de la Directiva). Véase, al respecto, M. M. MARTÍN MARTÍNEZ: «En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkenstein», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 14, 2008, p. 135.
- 15 JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 14, 2008, p. 149.
- 16 Documento COM (2004) 2 final, de 13.1.2004.

Desde mi punto de vista, sin embargo, este texto legal no merecía semejantes críticas. Simplemente, apareció en el lugar y en el momento más inoportunos, mezclándose con el debate sobre la Constitución Europea, particularmente en Francia. Sin tanta demagogia, también se hubieran limado algunos excesos del texto inicial, en su trámite parlamentario, y posteriormente en el Consejo. Pero lamentablemente, el principal elemento sacrificado para hacer políticamente viable la Directiva ha sido la seguridad jurídica, ya que, en la versión definitiva, este texto jurídico se limita a reiterar los conceptos jurídicos indeterminados que, procedentes de la jurisprudencia del TJCE, ya venían presidiendo la aplicación de la libre prestación de servicios en el pasado.

Un análisis de algunas de las cuestiones más polémicas suscitadas por la Directiva permite ilustrar estas palabras.

A · Los derechos de los trabajadores desplazados

Hay que comenzar señalando que, en su redacción original, la Directiva de servicios establecía como regla general en la libre prestación de servicios el principio del país de origen. Esto quiere decir que a una empresa que se desplaza a otro Estado temporalmente para prestar un servicio, se le aplicarían las reglas sobre el ejercicio de esa actividad económica existentes en el país de residencia, y no las reglas del país donde se realiza la prestación. Sin embargo, se exceptuaban de esta regla los derechos de los trabajadores (se excluían del principio del país de origen en la redacción inicial presentada por la Comisión Europea, y se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva en la redacción final, tal y como fue enmendada en el Parlamento Europeo y aceptada por el Consejo). En su redacción definitiva, la Directiva 2006/123 dice expresamente:

La presente Directiva no afecta al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional (...). Tampoco afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social.¹⁷

¹⁷ Artículo 1 (6) de la Directiva 2006/123.

Esta disposición se ve reforzada a lo largo de la Directiva con otras cláusulas que refuerzan la aplicación de la legislación y las prácticas laborales del país de acogida a los trabajadores desplazados. Así, el artículo 1 (7) de la Directiva indica que ésta no afecta «al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales». Paralelamente, cuando el artículo 16 de la Directiva establece una lista negra de requisitos que los EEMM no pueden utilizar para restringir la libre prestación de servicios, el propio párrafo tercero del mismo artículo se guarda de señalar que esta disposición no impide que los EEMM apliquen «sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos».

Por lo tanto, carecen de sentido las acusaciones que se hicieron, y algunos todavía hacen, diciendo que esta Directiva abre la puerta al *dumping* social, y que contribuirá al deterioro de las condiciones de vida de los trabajadores de los países más desarrollados, mediante la importación de trabajadores en condiciones laborales que no respetan el derecho social del país de acogida.¹⁸

Por lo demás, conviene recordar que el derecho comunitario ya regula los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios en otro instrumento normativo: la Directiva 96/71/CE.¹⁹ Esta úl-

18 No obstante, deben reconocerse y saludarse positivamente las diferencias entre la redacción inicial de la propuesta de Directiva en 2004 y la redacción final, en relación con el desplazamiento de trabajadores. En la propuesta original de la Comisión [Doc. COM (2004) 2, de 13.1.2004], se incluían dos artículos (24 y 25) que limitaban la discrecionalidad de los EEMM para imponer obligaciones al prestador o al trabajador desplazado que, en el caso de España, hubieran obligado a modificar la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE n.º 286, de 30.11.1999, p. 41231). Así, por ejemplo, la declaración prevista en el artículo 5 de la Ley 45/1999, o las obligaciones sobre la documentación exigible por las autoridades españolas en virtud del artículo 6 de la misma Ley, parecen claramente incompatibles con lo dispuesto por el original artículo 24 de la propuesta de Directiva. Sobre esta cuestión, puede consultarse R. SERRANO OLIVARES: «La propuesta de “Directiva Bolkenstein”: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?», Febrero 2005, disponible en: <www.upf.edu>. La supresión de los artículos 24 y 25 de la propuesta de Directiva, y la inclusión del párrafo sexto del artículo 1, han reforzado los poderes de los EEMM para controlar el desplazamiento de trabajadores en su territorio, aunque la Comisión haya publicado una Comunicación en 2006 insistiendo sobre los requisitos que considera incompatibles con el artículo 56 del TFUE, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [Doc. COM (2006) 159, de 4.4.2006].

19 DO L 18/1, de 21.1.1997.

tima prima sobre la Directiva 2006/123 en caso de contradicción entre ambas,²⁰ y las cuestiones que regula son además excluidas de la aplicación del principio de libre prestación de servicios, en el sentido en que éste aparece definido en el artículo 16 de la Directiva 2006/123.²¹

Más concretamente, la Directiva 96/71 obliga a todos los EEMM a donde se han desplazado trabajadores que proceden de otro EM a que se aseguren de que se respeta su legislación sobre: períodos máximos de trabajo, vacaciones, salario mínimo, condiciones de suministro de mano de obra, salud, seguridad e higiene en el trabajo, medidas de protección aplicables a las mujeres embarazadas, los niños y los jóvenes, o la igualdad de trato entre hombres y mujeres.²² En estas cuestiones no se aplica la regla del país de origen, sino del país de destino. Si se procede de un país con bajos derechos laborales, el trabajador se beneficia de la protección adicional que le brinda la legislación del país de destino, al que se ha desplazado temporalmente.²³

Desde mi punto de vista, con esta regulación no es posible afirmar que la Directiva de servicios suponga un retroceso en los niveles de protección social existentes en la Unión Europea.

B · El tratamiento de los servicios públicos

Otra de las acusaciones que se escuchaban en el debate público era que esta Directiva cercenaba la capacidad del Estado para garantizar la prestación de servicios públicos, y que sometía dichos servicios a las insaciables leyes del mercado, con lo que los más pobres saldrían siempre perdiendo.

²⁰ Artículo 3 (1)(a) de la Directiva 2006/123.

²¹ Artículo 17 (2) de la Directiva 2006/123.

²² Artículo 3 (1) de la Directiva 96/71.

²³ El Tribunal de Justicia ha reconocido en su sentencia de 18.12.2007, *Laval (C-341/05)*, aps. 99-111, que «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general (...) que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado». Sin embargo, el mismo Tribunal ha considerado contrarias a los artículos 56 TFUE y 3 de la Directiva 96/71 las medidas de conflicto colectivo que pretendan obligar al prestador de servicios establecido en otro EM a adherirse a un convenio colectivo que establece condiciones más favorables para los trabajadores desplazados que las derivadas de las disposiciones legales del Estado de acogida, o que se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de la Directiva 96/71.

Lo primero que conviene matizar es que a los servicios públicos, en sentido estricto, es decir, la educación pública, la seguridad o la justicia, no se les aplica la libre prestación de servicios. Los servicios públicos son competencia nacional, y quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.²⁴ Los estados miembros son libres de regular la prestación de estos servicios públicos con total discrecionalidad.

No ocurre lo mismo con lo que en la jerga comunitaria europea se denominan servicios económicos de interés general, es decir, los servicios que prestan empresas privadas a cambio de una remuneración, aunque exista un interés general del Estado por garantizar el acceso a esos servicios.²⁵ Estamos hablando de la distribución eléctrica, de los servicios de telecomunicaciones, de los servicios audiovisuales, etc. Estos servicios sí entran dentro del régimen de la libre prestación de servicios, aunque con algunas particularidades: por ejemplo, el Tratado CE permite exceptuar estos servicios de la aplicación del derecho de la competencia en la medida necesaria para que estas empresas cumplan la misión de servicio público que les ha sido encomendada.²⁶

¿Qué aporta la Directiva 2006/123 en este contexto? En realidad, poca cosa desde el punto de vista de la limitación de los poderes reguladores del Estado,²⁷ aunque sí que realiza una contribución positiva desde el punto de vista de la simplificación administrativa y de la calidad de los servicios.

En primer lugar, numerosos servicios de interés económico general quedan completamente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva: la Directiva no se aplica ni a los servicios financieros, ni a los servicios de comunicación electrónica, ni al transporte, ni a las empresas de trabajo temporal, ni a los servicios sanitarios, ni a los servicios audiovisuales, ni a las apuestas, ni a los servicios sociales proporcionados por el Estado, etc.²⁸

²⁴ Artículo 2 (2)(a) de la Directiva 2006/123.

²⁵ Para una distinción de los conceptos de servicio de interés general y servicio económico de interés general, en el contexto de la Directiva de servicios, véase V. HATZOPOULUS: «Que reste-t-il de la directive sur les services ?», en *C.D.E.*, n.º 3-4/2007, pp. 324-327.

²⁶ Artículo 106 (2) del TFUE.

²⁷ Véase O. DE SCHUTTER / S. FRANCO : «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie», en *C.D.E.*, vol. 41, n.º 5-6, 2005, pp. 634-639.

²⁸ Artículo 2 de la Directiva 2006/123. Esta lista se vio considerablemente ampliada tras el paso de la propuesta de la Comisión por el Parlamento Europeo y por el Consejo. En su redacción inicial, la Comisión sólo excluía del ámbito de aplicación de la Directiva a los servicios financieros, los servicios de comunicación electrónicos y los servicios de transporte [artículo 2 de la propuesta contenida en el Doc. COM (2004) 2, de 13.1.2004].

Ni siquiera se aplica a los servicios de seguridad privada. La Directiva 2006/123 no condiciona la capacidad de regulación estatal de estos servicios públicos de interés económico general.

Por si esto no fuese suficiente, la Directiva excluye a los demás servicios de interés económico general (servicios postales, eléctricos o de distribución de gas, de suministro de agua o de tratamiento de residuos) de las obligaciones que la propia Directiva impone en materia de libre prestación de servicios.²⁹ Por tanto, en el mejor de los casos, a los prestadores de servicios de interés económico general sólo se les aplican las disposiciones de la Directiva relativas a la simplificación administrativa, y, lo que es más interesante desde el punto de vista de los destinatarios de los servicios, las disposiciones relativas a los derechos de los consumidores y a la calidad de los servicios, que beneficiarán por igual a todos los ciudadanos de la Unión Europea. De esta manera, se igualará (al alza) en derechos a los beneficiarios de esos servicios públicos en el continente europeo, ya que todos los EEMM deberán legislar para incorporar a su ordenamiento interno las garantías de calidad impuestas por la Directiva en la prestación de estos servicios.

A la vista del análisis realizado, parece fuera de lugar la afirmación de que la Directiva de servicios impide la prestación de servicios públicos de calidad, o en términos aún más radicales, que esta norma supone la defunción del Estado social.

4 · Fórmula de transposición elegida en España

La transposición del derecho comunitario en España se realiza de acuerdo con el reparto de competencias previsto en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía. El Tribunal Constitucional español, en una jurisprudencia hoy muy consolidada, ha reconocido:

la competencia autonómica para adoptar las disposiciones necesarias en complemento del Derecho comunitario europeo y para ejecutar y aplicar en su ámbito territorial normativa comunitaria siempre que, *ratione materiae*, las Comunidades Autónomas ostenten esa competencia y no reba-

²⁹ Artículo 17 (1) de la Directiva 2006/123.

sen la linde establecida por la normativa comunitaria y la estatal básica o de coordinación.³⁰

Por otro lado, para el derecho comunitario resulta indiferente quién es la autoridad estatal encargada de desarrollar normativamente o hacer cumplir la normativa comunitaria, siempre y cuando se garantice que ésta surte plenos efectos en todo el territorio del Estado miembro. El TJCE ha recordado en varias sentencias que, si bien corresponde al EM garantizar el efectivo cumplimiento del derecho comunitario en su territorio, este ordenamiento

no impone a los Estados miembros ninguna modificación del reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades públicas que existen en su territorio.³¹

En este marco de respeto a la estructura política y constitucional de los EEMM, la propia Directiva de servicios, en su artículo 6 (2) señala que:

La creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional.

Por tanto, conviene aclarar que la creación de ventanillas únicas no condiciona ni predetermina la administración competente para regular una determinada actividad de servicios, o para evaluar y aplicar los regímenes de autorización. En España esto se hará de acuerdo con el reparto actual de competencias existente en nuestra Constitución y en los Estatutos de Autonomía.³²

30 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 95/2001, de 5.4.2001, FJ 2. Esta sentencia continúa con una jurisprudencia consolidada desde las paradigmáticas sentencias relativas a las semillas y plantas de vivero (76/1991, de 11.4.1991 y 115/1992, de 23.5.1992), que establecieron los principios esenciales sobre los que se asienta la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al desarrollo y aplicación del derecho comunitario en España por parte de las comunidades autónomas.

31 Sentencia de 1.6.1999, *Konle* (C-302/97) § 61-65.

32 Por supuesto, frente a las autoridades comunitarias, el Estado es el responsable, en última instancia, de garantizar el cumplimiento del derecho comunitario, tanto desde un punto de vista europeo (sentencia *Konle*, ya citada, apartados 61-65), como desde la perspectiva del derecho constitucional español (artículo 93 de la Constitución española).

En el plano estatal, la transposición de la Directiva³³ se ha traducido, fundamentalmente, en la tramitación parlamentaria de tres grandes proyectos legislativos:³⁴

A · La Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley paraguas)

Esta es la ley de alcance general que pretende transponer la Directiva. En la mayoría de los casos, en el proyecto de ley se ha optado por reproducir las disposiciones de la propia Directiva sin apenas modificaciones.

Contrariamente a lo que venía siendo una práctica habitual en la legislación española, el proyecto de ley establece como principio general que el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización, y que, por tanto, la exigencia de ésta tendrá un carácter excepcional. Se trata de sustituir la supervisión *ex ante* por la supervisión *ex post*, siempre que ello sea posible. Además, yendo más allá de lo que exige la propia Directiva, se prevé una reserva legal para el establecimiento de dichos regímenes de autorización (artículo 5 (1) del proyecto de ley). Por lo demás, con carácter general, el proyecto de ley se limita a reproducir las por otro lado detalladas disposiciones de la Directiva relativas a las condiciones o el procedimiento de autorización. Los artículos del proyecto dedicados a la libre prestación de servicios también reproducen de manera fidedigna lo dispuesto en la Directiva.

En este contexto, sorprende que la Ley paraguas limite los motivos de interés general que podrían alegarse para justificar restricción territorial de la eficacia de las autorizaciones (circunscribiendo su vigencia a una parte del territorio del Estado). Mientras la Directiva contempla una lista

33 Para una descripción del entramado institucional que se ha articulado en España para coordinar la transposición de la Directiva entre el Estado, las comunidades autónomas y las Administraciones locales, puede consultarse L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a Further Completion of the Internal Market: Spanish Report», en H. F. KOECK / M. M. KAROLLUS (Eds.): *Proceedings of FIDE XXIII Congress Linz 2008*, Viena, 2009, pp. 137-142.

34 Estos proyectos se encuentran en trámite parlamentario en el momento de escribir estas líneas, por lo que su redacción definitiva puede sufrir modificaciones.

abierta de razones de interés general (artículo 10 (4) de la Directiva),³⁵ el proyecto de ley sólo permite alegar cuatro: el orden público, la seguridad pública, la salud pública o la protección del medio ambiente (artículo 7 (3) del proyecto de ley paraguas y artículo 7 (5) de la Directiva).

Las disposiciones relativas a la cooperación administrativa también reproducen fielmente lo prescrito por la Directiva. Destacan, entre ellas, la orden de no exigir la presentación de textos originales, copias compulsadas ni traducciones juradas, en el caso de los documentos expedidos por una autoridad competente de otro EM, salvo en los casos previstos en la normativa comunitaria o justificados por motivos de orden público o seguridad pública (artículo 17 (2) del proyecto de ley y artículo 5 (3) de la Directiva), así como el exhorto de que las Administraciones públicas fomenten el uso de otras lenguas comunitarias en la ventanilla única (artículo 19 (2) del proyecto de ley).

Adicionalmente, conviene señalar que este proyecto de ley paraguas prevé la creación de un Comité de Cooperación Multilateral compuesto por representantes de las administraciones central, autonómicas y locales para la coordinación futura de las actividades que deben desarrollarse en aplicación de la Directiva.

Desde el punto de vista de las competencias autonómicas, resultan relevantes las disposiciones finales tercera y cuarta del proyecto de ley, aunque ambas parecen en gran medida superfluas. En la primera de ellas se recuerda que cada Administración pública es competente, en su ámbito territorial, para aprobar las normas de desarrollo y ejecución de ese proyecto de ley. En la disposición final cuarta, tal y como es norma en nuestro sistema constitucional, se afirma que, en caso de que se deriven sanciones comunitarias para España del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley paraguas (o en la Directiva 2006/123), será la Administración pública a la que resulte imputable dicho incumplimiento la que tenga que hacer frente a esa responsabilidad con cargo a su presupuesto.

³⁵ Esta disposición debe leerse junto con el considerando 40 del preámbulo y el artículo 4 (8) de la Directiva 2006/123. Véase C. BARNARD: «Unravelling the Services Directive», en *C.M.L. Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 352-354.

B · La Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus)

En principio, este proyecto de ley tiene por objeto modificar las normas sectoriales de ámbito estatal que tienen rango de ley y que resultan afectadas por la Directiva. Más concretamente, esta Ley ómnibus pretende reformar 47 leyes estatales, distribuidas en las siguientes áreas: administración pública (3), consumo (1), servicios profesionales (3), empleo (4), servicios industriales y construcción (6), energía (3), transporte y comunicaciones (7), medio ambiente y agricultura (13), sanidad (3), propiedad intelectual (1), otras (3).

Balance de las modificaciones introducidas en la Ley ómnibus		Modificaciones
Número de leyes que se modifican		47
Número de regímenes de autorización que se suprimen...	...completamente	16
	...y se sustituyen por comunicaciones previas o declaraciones responsables	32
Número de requisitos que se eliminan		111
Número de requisitos que se sustituyen por otros menos restrictivos		11
Validez en todo el territorio nacional de la autorización o habilitación para el ejercicio de una actividad		22

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

No obstante conviene aclarar, desde el principio, que el Gobierno ha aprovechado este instrumento legislativo para introducir reformas en el sector servicios que no vienen directamente exigidas por la transposición de la Directiva. Así, por ejemplo, se modifican normas en el ámbito laboral,³⁶ o en relación con los servicios de transporte³⁷ y los servicios sanitarios,³⁸ entre otros, que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

³⁶ Excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 por su artículo 1 (6).

³⁷ Excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 por su artículo 2 (2)(d).

³⁸ Excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 por su artículo 2 (2)(f).

En cualquier caso, la aplicación en la práctica de esta ley resultará problemática, tanto por su complejidad como por las consecuencias que genera en numerosos sectores del ordenamiento jurídico. El hecho de sustituir procedimientos de autorización previa por procedimientos en los que simplemente se exige una declaración responsable requiere poner en marcha los adecuados mecanismos de seguimiento y verificación. Tanto los legisladores estatales como autonómicos deberán aprobar estas normas (es de suponer que de rango reglamentario) a la mayor brevedad, o se producirán importantes disfuncionalidades con la entrada en vigor de la nueva legislación. La cuestión es delicada, porque han de preverse distintos tipos de sanciones en función de las circunstancias (de la gravedad o la naturaleza de la infracción), y esos procedimientos deben respetar los derechos fundamentales de los administrados, con transparencia y seguridad jurídica. Paralelamente, los demás estados miembros deben ser informados del resultado de muchos de estos procedimientos sancionatorios.³⁹ No resultará una tarea fácil.

Una de las medidas con mayores repercusiones prácticas sobre las competencias autonómicas, consiste en el otorgamiento de validez en todo el territorio nacional de las autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de una actividad.⁴⁰ Aunque cada Comunidad Autónoma continúe gozando de libertad para establecer en su legislación autonómica los requisitos que considera convenientes para el establecimiento en su territorio, no podrá evitar que operadores autorizados a ejercer una actividad económica por otra Comunidad Autónoma operen también allí, incluso a través de sucursales. Si se mantienen condiciones muy exigentes, algunos operadores optarán por establecerse en otra Comunidad Autónoma y desarrollar desde allí su negocio (se puede pensar, por ejemplo, en las agencias de turismo). Se puede producir así una desregulación del sector servicios por la competencia entre las diferentes administraciones autonómicas (carrera a la baja), que sólo se evitará si se produce una coordinación adecuada entre éstas.

El sistema SIENA,⁴¹ puesto en marcha por el Ministerio de Economía y Hacienda para que las Comunidades Autónomas compartan su experien-

³⁹ Artículos 32 y 33 de la Directiva 2006/123.

⁴⁰ Se trata de la aplicación del artículo 10 (4) de la Directiva 2006/123. Véase, por ejemplo, el nuevo artículo 3 (3) de la Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales, tal y como éste queda modificado por la Ley ómnibus.

⁴¹ Sistema de Identificación y Evaluación de la Normativa Afectada [por la Directiva 2006/123] (véase <<http://serviciosweb.meh.es/apps/siena/identificacion.aspx>>).

cia normativa en la aplicación de la Directiva de servicios, no parece estar ofreciendo todos los resultados que de él se esperaban, ya que no siempre se encuentra actualizado y las aportaciones de las comunidades autónomas son muy desiguales.

Resultaría excesivamente prolijo detallar aquí todas las modificaciones sectoriales que introduce el proyecto de ley omnibus. No obstante, se pueden destacar las significativas reformas que ésta aporta al régimen jurídico de los Colegios profesionales.⁴² En principio, se suprimen las restricciones al ejercicio conjunto de dos o más profesiones y a la publicidad de los servicios profesionales. Si excepcionalmente se mantienen estas restricciones, sólo podrá hacerse mediante una norma de rango legal. Igualmente, se prohíbe a los Colegios profesionales establecer baremos sobre los honorarios profesionales (aunque sólo tengan carácter orientativo). El visado de los trabajos por el Colegio profesional sólo será voluntario, salvo que el Gobierno disponga otra cosa mediante Real Decreto. Los profesionales no tendrán que comunicar al Colegio el ejercicio de su profesión fuera del territorio de colegiación, y la cuota de inscripción en el Colegio no podrá superar los costes asociados a su tramitación. Además, los Colegios deberán crear un servicio de atención a consumidores y usuarios, para atender quejas y reclamaciones relativas a la actividad colegial o de los colegiados. Está por ver si todas estas disposiciones resisten el paso por el trámite parlamentario, donde algunos grupos políticos desearían introducir importantes matizaciones.

C · La Ley de reforma de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias

Esta ley se desgajó del conjunto de la Ley omnibus por la especial sensibilidad social que siempre plantea la modificación de las normas que afectan a la distribución comercial en nuestro país. No es casualidad que se estén desarrollando en la actualidad dos procedimientos de infracción comunitarios contra España por la legislación nacional y autonómica en vigor en este terreno, precisamente centrados en la normativa catalana (asunto C-400/08) y andaluza (todavía en fase pre-contenciosa).

⁴² Véase el artículo 5 del proyecto de ley omnibus, que modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que debe leerse conjuntamente con los artículos 15, 24 y 25 de la Directiva 2006/123.

En la permanente batalla que libran los pequeños comerciantes con las grandes superficies y los centros comerciales, los efectos liberalizadores de la Directiva 2006/123 parecen beneficiar a estos últimos. Sin embargo, no está nada claro que la nueva normativa estatal, y las paralelas reformas legislativas autonómicas, vayan a suponer un cambio radical en este sector.

La instalación de establecimientos comerciales podrá someterse a un único proceso de autorización (hasta ahora se requería una doble licencia municipal y autonómica), y será cada Comunidad Autónoma la que determine «la autoridad autonómica o local competente» para resolver las solicitudes de autorización. Conviene recordar, a este respecto, que la capacidad de regulación del comercio interior se configura como una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en los Estatutos de autonomía. Por tanto, pudiera darse el caso de que en algunos lugares de España la licencia para la apertura de un centro comercial sea autonómica, mientras que en otros sea local, dependiendo de lo establecido en la legislación autonómica. Así, en el momento de escribir estas líneas, mientras en Cataluña parece que desaparecerá la licencia local, y el régimen de autorización tendrá una naturaleza autonómica, en Andalucía serán los ayuntamientos los encargados de otorgar las autorizaciones (aunque aplicando los criterios establecidos por la administración autonómica).

Los requisitos para la concesión de las autorizaciones ya no pueden incluir, como hasta ahora, criterios de naturaleza económica, como la existencia de una demanda de mercado, o la intervención de competidores en los procedimientos de autorización. De esta forma, la instalación de grandes superficies sólo se podrá limitar por razones medioambientales, urbanísticas o relativas a la conservación del patrimonio histórico y artístico.⁴³ Además, los requisitos para la concesión de las autorizaciones de instalación deberán ser, entre otras cosas, claros, inequívocos, predecibles y transpa-

⁴³ Conviene aclarar, no obstante, que ni la Directiva ni el proyecto de ley de ordenación del comercio minorista, configuran esta relación de motivos de interés general como un listado cerrado (artículo 9 (1) de la Directiva 2006/123 y artículo 2 del proyecto de ley). En cualquier caso, tanto la Comisión Nacional de la Competencia como la patronal del gran y mediano comercio, se han mostrado decepcionados por el proyecto de ley que consideran excesivamente restrictivo, al tiempo que los representantes del pequeño comercio están satisfechos con el texto. También han mostrado su satisfacción con el proyecto de ley representantes autonómicos de Cataluña, Valencia y Baleares. Existe el convencimiento generalizado de que las Comunidades Autónomas utilizarán estos criterios de interés general para continuar limitando la instalación de medianas y grandes superficies comerciales con gran discrecionalidad.

rentes. El plazo máximo de tres meses para resolver las solicitudes, y la presunción de silencio positivo a falta de resolución expresa, dan cuenta del espíritu liberalizador de la reforma.

Otro elemento dinamizador de la prestación de servicios se encuentra en el artículo 3 del proyecto de ley, que sustituye la obligación de inscripción previa por la comunicación posterior, en el plazo de tres meses, en los registros de venta a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que también recogerá los datos suministrados por las Comunidades Autónomas donde exista registro autonómico. Por lo que se refiere a la venta automática, desaparece la autorización previa, y ésta se sustituye por el requisito de homologación del modelo de máquina, que corresponde realizar a cada Comunidad Autónoma.

Por último, cabe destacar aquí que, de la misma forma que ocurre en la Ley paraguas, la Disposición adicional única del proyecto de ley de comercio minorista señala que, en caso de que se deriven sanciones comunitarias para España del incumplimiento de lo dispuesto en el proyecto de ley, cuando éste entre en vigor, será la Administración pública responsable del incumplimiento la que tenga que hacer frente a esa responsabilidad con cargo a su presupuesto. Como ya se indicó anteriormente, esta disposición no aporta nada nuevo bajo el sol, y debe interpretarse como un mensaje político a aquellas comunidades autónomas que decidan adoptar normativas excesivamente proteccionistas del pequeño comercio: serán ellas las que tengan que asumir las consecuencias frente a las instituciones comunitarias.

5 · Reflexiones finales

Como puede apreciarse, la legislación estatal ha optado por fórmulas neutras, que reproducen el enunciado de la Directiva 2006/123, con lo que se ha evitado que se generen roces competenciales con las Comunidades Autónomas. En general, y salvo en cuestiones no sustantivas (como la reserva legal para el establecimiento de procedimientos de autorización, o la exigencia de seguros profesionales),⁴⁴ parece que la normativa estatal pro-

⁴⁴ El proyecto de ley paraguas introduce una reserva de ley tanto para el establecimiento de regímenes de autorización previa para el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios (artículo 5 del proyecto de ley paraguas), como para la exigencia de suscripción de seguros profesionales a los prestadores de servicios (artículo 21 del proyecto de ley paraguas). Ahora

puesta no se inmiscuye en ámbitos de competencia autonómica. Esto explica que el propio Estado lance un mensaje de naturaleza política a las Comunidades Autónomas, en el sentido de que serán ellas las que tendrán que hacer frente a las eventuales sanciones comunitarias derivadas de los procedimientos de incumplimiento generados por el mantenimiento de elementos proteccionistas en su legislación autonómica. De esta manera, se dejará en manos de la UE el hacer cumplir ciertos principios liberalizadores del sector servicios, que tendrían un coste político para el gobierno central que, probablemente, éste no desea asumir en este momento. Desde un punto de vista económico, no obstante, parece claro que el efecto estimulador y modernizador de la nueva legislación en el sector más importante de nuestra economía debe tener efectos positivos sobre la competitividad del país,⁴⁵ que se encuentra muy necesitado de mejorar en ese terreno.

A pesar de la intensa actividad normativa desarrollada tanto en el plano estatal como en el autonómico, es probable que la transposición de la Directiva de servicios en España acumule algunos retrasos. Parece razonable que las tres iniciativas legislativas estatales que constituyen el núcleo central de su transposición (ya comentadas en este trabajo), entren en vigor a finales de diciembre de 2009. También es probable que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas lleguen a tiempo con su principal ley de transposición de la Directiva. Sin embargo, lo más seguro es que muchas de las normas de rango reglamentario necesarias para la aplicación de esa legislación vayan conociéndose a lo largo de los primeros meses de 2009, o incluso más adelante. Por lo que se refiere a la Administración local, la Directiva de servicios no se aplicará en gran cantidad de municipios sino progresivamente, a lo largo de los próximos años.

La complejidad del proceso legislativo que implica la implementación de la Directiva 2006/123 es enorme, y otros EEMM están experimentando

bien, la Directiva se limita a señalar que las condiciones para la concesión de la autorización deberán ser objetivas, «hechas públicas con antelación», «transparentes y accesibles», pero de ello no se deduce necesariamente que tengan que estar reflejadas en una norma de rango legal. Podría discutirse si el legislador estatal puede obligar a las Comunidades Autónomas a aplicar una reserva de ley en un ámbito de competencia autonómica exclusiva.

⁴⁵ No obstante, algunos autores consideran que, tras las modificaciones introducidas al proyecto original de la Comisión, el efecto liberalizador de la Directiva es mínimo, y no tendrá grandes repercusiones desde un punto de vista macroeconómico (en esa línea, véase el trabajo de H. BADINGER / N. MAYDELL: «Legal and Economic Issues in Completing the EU Internal Market for Services: An Interdisciplinary Perspective», en *J. C. M. S.*, vol. 47, n.º 4, 2009, p. 693).

problemas similares al español, ya que también en ellos la descentralización política y administrativa hace más complicada su aplicación. En tales circunstancias, es de esperar una actitud comprensiva de la Comisión con los retrasos, al menos en los primeros meses. Sin embargo, no debe esperarse ninguna actitud flexible en relación con aquellas legislaciones autonómicas que escondan criterios proteccionistas en los motivos de interés general que permiten la pervivencia de los regímenes de autorización previa y, en ese contexto, Cataluña y Andalucía se encuentran en el punto de mira de la Comisión en relación con la legislación sobre apertura de centros comerciales.

Para terminar señalaré que, desde mi punto de vista, la principal aportación de la Directiva de servicios se centra en la simplificación administrativa y en la creación de ventanillas únicas, accesibles a través de Internet, para la realización de todos los trámites administrativos relativos al acceso y ejercicio de las actividades económicas cubiertas por su ámbito de aplicación. Para un Estado como el español, tradicionalmente lastrado en su competitividad por el exceso de burocracia, esta iniciativa normativa constituye un magnífico instrumento de progreso y de dinamización económica.

EL TRATADO DE LISBOA Y EL INCREMENTO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EN EL ÁMBITO DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA

*Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: 1. Los antecedentes: Ámsterdam, Niza y la Constitución Europea. 2. Un objetivo global de una nueva Unión personificada. 3. Una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. 4. El núcleo de la nueva regulación: el título v de la tercera parte del TFUE. 4.1. Las disposiciones transversales (capítulo 1): nuevos principios, disposiciones institucionales y procedimientos de decisión. 4.1.1. Los principios. 4.1.2. Las previsiones institucionales y de procedimiento. 4.1.3. Las reglas competenciales transversales: poderes positivos de actuación y limitaciones. 4.2. Las (nuevas) políticas comunes sobre control de las fronteras comunes, asilo e inmigración (capítulo 2). 4.2.1. Controles en las fronteras (artículo 77). 4.2.2. Asilo (artículo 78). 4.2.3. Inmigración (artículo 79): la definición de una política común. 4.3. Cooperación judicial en materia civil (capítulo 3): mayor transversalidad. 4.4. Cooperación judicial en materia penal y aproximación de legislaciones penales (capítulo 4): «comunitarización» con algunas inercias intergubernamentales. 4.4.1. Facultades generales sobre cooperación judicial en materia penal: «comunitarización» y ampliación. 4.4.2. Facultades sobre reconocimiento mutuo y aproximación de legislaciones penales: «comunitarización», ampliación y frenos de emergencia. 4.4.3. Eurojust: «comunitarización» y ampliación de facultades. 4.4.4. La base jurídica para la creación de una Fiscalía Europea. 4.5. Cooperación policial (capítulo 5). 5. Las modulaciones y excepciones. 5.1. Las modulaciones del régimen general: el Protocolo sobre el acervo de Schengen integrado en la Unión. 5.2. Las derogaciones del régimen general: el estatuto británico e irlandés y el estatuto danés. 5.2.1. La exclusión general - inclusión opcional y selectiva británica e irlandesa. 5.2.2. El multiestatuto danés. 6. Las cláusulas transitorias del Tratado de Lisboa: la diferida, gradual e incompleta desaparición del tercer pilar intergubernamental de la Unión. 7. El resultado global: una progresiva «comunitarización» general del tercer pilar intergubernamental.

1 · Los antecedentes: **Ámsterdam, Niza y la Constitución Europea**

La regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia en los actuales Tratados de Roma y Maastricht es, por su complejidad y el reparto de las vigentes bases jurídicas entre la Comunidad Europea y el tercer pilar intergubernamental, uno de los campos más necesitados de clarificación y simplificación normativa dentro del Derecho originario de la Unión. Fue el Tratado de Ámsterdam de 1997, en vigor desde 1 de mayo de 1999, el que alumbró esta disciplina básica,¹ con leves retoques que posteriormente introdujo el Tratado de Niza.²

El Tratado de Ámsterdam introdujo en ambos tratados constitutivos las bases jurídicas para la supresión de los controles fronterizos intracomunitarios sobre las personas y la adopción de las medidas compensatorias a esa supresión, en una interpretación amplia del principio comunitario general de libre circulación de personas. Atrás quedaban las iniciativas comunitarias en los setenta y ochenta, fracasadas por la oposición británica e irlandesa a renunciar al control de sus fronteras y a la metodología supranacional en estos campos. Además, el Tratado de Ámsterdam integró en la Unión Europea el acervo de Schengen, generado por vía intergubernamental entre los demás estados miembros con el fin de poner en marcha la supresión de controles y varias de sus medidas compensatorias, en calidad de cooperación reforzada en la que inicialmente no participaron británicos e irlandeses.

Desde entonces, la realización y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia es un objetivo transversal de la Unión, consistente

-
- 1 La regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia diseñada por el Tratado de Ámsterdam generó una abundante bibliografía, de la que cabe citar los siguientes trabajos: Hervé BRIBOSIA, «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace», *Revue du Marché Unique européen*, n.º 1-1998, pp. 27-54; Henri LABAYLE, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue trimestrielle de Droit européen*, vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 813-881; o, en España, F. Javier DONAIRE VILLA, «El Tratado de Ámsterdam y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 54, 1998, pp. 119-167. Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, 1998, pp. 41-78.
 - 2 Véase F. Javier DONAIRE VILLA, «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001, pp. 103-124. Sobre el conjunto de la regulación actual del espacio de libertad, seguridad y justicia en el Derecho originario, fruto de la disciplina inicial introducida por el Tratado de Ámsterdam más las modificaciones que ha supuesto el Tratado de Niza, David ORDÓÑEZ SOLÍS, «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, 2003, pp. 447-483.

en el binomio formado por la supresión de controles fronterizos intracomunitarios y la adopción de las pertinentes medidas compensatorias. Las bases jurídicas se reparten entre el título IV del TCE y el título VI del TUE, en sus versiones «Ámsterdam-Niza», correspondiendo a la Comunidad la competencia para esa misma supresión y sobre las medidas en materia de control de las fronteras exteriores, visados, inmigración, asilo, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa. A la cooperación de los estados en el marco del tercer pilar se encomendaron las restantes medidas compensatorias: la cooperación policial y judicial en materia penal, y la aproximación de legislaciones penales nacionales en lo relacionado con el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La autoexclusión general británica e irlandesa de la regulación comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia (*opt out*), con un discrecional derecho de participación selectiva en ella (*opt in*) fue el precio del acuerdo que posibilitó el Tratado de Ámsterdam. Junto con la similar exclusión danesa, sin otra posibilidad de participación que en la aplicación y desarrollo del acervo de Schengen basado en el título IV del TCE, bien que con arreglo a esquemas intergubernamentales no comunitarios.

No han tardado en aflorar dificultades y disfuncionalidades a causa de este complejo reparto entre mecanismos comunitarios e intergubernamentales: bloqueos debido a la exigencia de unanimidad en el ámbito del tercer pilar, fragmentación de medidas unitarias entre varios actos jurídicos diversos dados los distintos sistemas de fuentes de ambos pilares, o los problemas de legitimidad a causa del débil régimen de control parlamentario y jurisdiccional en el ámbito del título VI del TUE en cuestiones con fuerte impacto sobre los derechos individuales.

Por todo ello, la Convención Europea de 2002-2003 proyectó refundir los antiguos pilares en un único régimen comunitario, haciendo del espacio de libertad, seguridad y justicia, además de un objetivo global, una competencia, aunque compartida con los estados, de la nueva Unión personificada sucesora de la Comunidad, todo ello en el frustrado Tratado constitucional, con algunas inercias intergubernamentales en los antiguos sectores propios del tercer pilar de la Unión.³

3 La regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Constitución europea abarcaba las siguientes disposiciones: apartado 2 del artículo I-3 (objetivo de la Unión), apartado 2 del artículo I-13 (competencia compartida entre la Unión y los estados miembros), artículos I-42 (disposiciones particulares sobre el ejercicio de esta competencia) y I-43 (cláusula

Conservando de manera casi íntegramente literal las innovaciones de la frustrada Constitución Europea en cuanto al espacio de libertad, seguridad y justicia, las reservas generales nuevamente planteadas por el Reino Unido se resolvieron durante la Conferencia Intergubernamental de 2007 mediante dos concesiones adicionales. De un lado, la extensión del régimen especial británico e irlandés a todos los ámbitos del espacio de libertad, seguridad y justicia (como en el caso danés), y de otro, la inclusión de disposiciones *carve-out* permitiendo la acción de los estados en materia de seguridad nacional.

2 · Un objetivo global de una nueva Unión personificada

Por delante, incluso, de la realización del mercado interior, el apartado segundo del nuevo artículo 3 del TUE sitúa al espacio de libertad, seguridad y justicia entre los objetivos globales de la Unión. Manteniendo en lo esencial la redacción del todavía vigente guión cuarto del artículo 2 del TUE versión Ámsterdam-Niza, el precepto se hace eco del doble contenido del espacio de libertad, seguridad y justicia desde que el Tratado de Ámsterdam forjara esta noción.

En primer término, hace referencia, como finalidad de la Unión, a la supresión de controles fronterizos intracomunitarios, corolario del histórico principio comunitario de libre circulación de personas. De otra, en estrecha conexión, vincula esa supresión a la adopción de medidas compensatorias en los ámbitos de la inmigración en sus diversas formas, del mantenimiento de la seguridad interior y de la cooperación judicial.

Precisamente esa conexión entre supresión de controles y medidas compensatorias ha sido la condición esencial para el consenso entre los estados que, en su día, posibilitó la regulación inicial introducida por el Tratado de Ámsterdam, y que se ha renovado tanto en la nonata Constitución Europea como en la Conferencia Intergubernamental de 2007 autora del Tratado de

de solidaridad entre estados en caso de ataque terrorista o catástrofes), capítulo IV del título III de la parte tercera (bases jurídicas y procedimientos decisorios de la Unión en la materia), artículo III-377 (limitaciones a la competencia del Tribunal de Justicia), y Protocolo n.º 21 (acuerdos internacionales de los estados miembros sobre el cruce de las fronteras exteriores). A ello se unía la normativa relativa al acervo de Schengen (Protocolo n.º 17) y los estatutos especiales británico e irlandés (Protocolos n.ºs 18 y 19) y danés (Protocolo n.º 20).

Lisboa. En el bien entendido que no es la supresión de las propias fronteras comunes a los estados miembros lo que se persigue con este objetivo general de la Unión (lo cual plantearía un proceso constituyente en el sentido más literal del término, de muy hondo calado).

Que no es esa la meta, sino la de levantar los controles en la frontera para dar su más plena expresión al principio de libre circulación de personas, lo corrobora la declaración de respeto a la identidad nacional o a las funciones esenciales de los estados miembros. O, en el ámbito específico del espacio de libertad, seguridad y justicia, la salvaguardia explícita de «la competencia de los estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional», entendidas éstas en su acepción técnica de límites o criterios de demarcación del ámbito territorial de ejercicio de la soberanía de cada Estado.

3 · Una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros

El artículo 4.2.j) del que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) califica a la competencia de la Unión sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia como competencia compartida con los estados miembros. En consecuencia, y a tenor del artículo 2.2 del mismo Tratado, «la Unión y los estados miembros tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes», mientras que «los estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la suya, o hubiere decidido dejar de ejercerla».

Ese mismo carácter compartido abre paso a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, relativos al ejercicio de las competencias de ese carácter por parte de la Unión, con los consiguientes mecanismos de participación de los Parlamentos nacionales en su control (*early warning system*). Y también, a la de la técnica general de las cooperaciones reforzadas,⁴ más allá de la que ya existe, y que mantiene el Tratado

4 Como es sabido, la técnica de las cooperaciones reforzadas supone un mecanismo de flexibilidad que permite a un número mínimo de estados (nueve, en el Tratado de Lisboa) emprender nuevas políticas comunes o adoptar normas con arreglo a los procedimientos y mecanismos de la Unión, cuando no sea posible hacerlo a escala de todos los estados miembros.

de Lisboa, en el ámbito de aplicación del acervo de Schengen, como podrá comprobarse más adelante.

4 · El núcleo de la nueva regulación: el título v de la tercera parte del TFUE

La regulación detallada del alcance, los límites y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Unión sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia se ubica en el título v de la tercera parte del TFUE. Este nuevo título unifica la anterior regulación distribuida entre el título iv de la tercera parte del TCE y el título vi del TUE. En tanto que la Unión sucede a la Comunidad, esta refundición conlleva tanto la desaparición formal del tercer pilar intergubernamental de la Unión como su consiguiente «comunitarización», aunque con algunos vestigios intergubernamentales, tal y como se expondrá en seguida.

Esta opción (la refundición) pretende dar respuesta a las crecientes demandas de mejora de la coherencia de las políticas de la Unión, y a enjugar viejos déficits de control parlamentario y judicial en ámbitos directamente vinculados con los derechos fundamentales: los que al presente siguen siendo cometido propio de los estados en cooperación bajo el tercer pilar de la actual Unión «pre-Tratado de Lisboa». La exposición sigue la estructura de nuevo título v de la tercera parte del TFUE, tal y como queda redactado por el Tratado de Lisboa.

4.1 · Las disposiciones transversales (capítulo 1): nuevos principios, disposiciones institucionales y procedimientos de decisión

Los nuevos artículos 67 a 76 del TFUE, integrantes del capítulo i del título v del TFUE, sientan las reglas comunes aplicables a los distintos sectores materiales a que se extienden las competencias de la nueva Unión respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia. Se establecen en ellos tanto la parte dogmática (principios) como la parte orgánica (disposiciones institucionales y de procedimientos, poderes de la Unión comunes a todos los sectores del espacio de libertad, seguridad y justicia) aplicables a esas competencias, y aportan algunas novedades significativas con respecto a la regulación actual.

4.1.1 · Los principios

En cuanto a principios inspiradores o limitadores de la acción de la Unión, el nuevo artículo 67 del TFUE, significativamente en su primer apartado específicamente, enmarca por primera vez en el Derecho originario al espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que, *prima facie*, la expresa proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales como Derecho originario con el mismo rango que los tratados, la razón de esta adicional mención específica a los derechos es una reacción a las críticas que continuamente han recibido los tratados constitutivos en su todavía vigente versión previa al Tratado de Lisboa.

No obstante, más allá de esta simbólica toma de conciencia del constituyente comunitario, lo cierto es que la promoción y defensa de los derechos adquiere carta de naturaleza, con esta mención, como elemento interno inherente al contenido de todas las políticas y competencias de la Unión en este terreno. Incluso para Polonia, que habiendo obtenido un estatuto derogatorio de la Carta de los Derechos Fundamentales, sin embargo no goza de una exclusión particular con respecto a estas materias y, por tanto, se halla plenamente vinculada por dicha previsión.

Otro importante parámetro material, a la vez inspiración y límite de la acción de la Unión en este terreno, viene dado por el principio de respeto a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los estados miembros en el que, junto a la mención a los derechos fundamentales, se enmarca el concepto mismo del espacio de libertad, seguridad y justicia. De este modo, la armonización de legislaciones nacionales, o aun las propias normas de la Unión dotadas de eficacia directa, habrán de respetar las instituciones y convicciones jurídicas emanadas de la conciencia nacional de cada Estado, fruto de su respectiva identidad como estructura soberana.

De esta pauta hermenéutica deriva una suerte de «garantía institucional europea» de la pervivencia de las estructuras judiciales y policiales nacionales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. De este modo, y presu- puesta la vigencia del Tratado de Lisboa, no podrá generar la Unión al amparo del título v de la tercera parte del TFUE un único sistema (federal o europeo) de justicia y policía, aunque sí propiciar la convergencia de los sistemas nacionales en un espacio integrado que responda a principios compartidos definidos de manera comunitaria en el que, pese a ello, pervivan las identidades nacionales de los estados miembros.

Este límite material a la acción de la Unión erige un verdadero contrapeso al incremento de supuestos de decisión por mayoría cualificada, consecuencia del paso de la unanimidad en la regulación actual al procedimiento legislativo ordinario (antigua codecisión). No obstante, el carácter material de este límite, frente a la dimensión procedimental de la mayoría cualificada, determina que el respeto a las tradiciones y sistemas jurídicos pueda tener uno de sus principales escenarios de planteamiento en el momento del control de validez de la legislación comunitaria por el Tribunal de Justicia, por lo que tal vez abra este principio un nuevo frente al diálogo de jurisdicciones (como el que ha supuesto y sigue suponiendo el respeto a los derechos fundamentales).

Junto a estos nuevos principios transversales enunciados en el primer apartado del artículo 67 del TFUE, el apartado segundo enuncia otros heredados de la regulación anterior (concretamente, del artículo 29 del TUE en su versión Ámsterdam-Niza). Se trata del esfuerzo de la Unión por la garantía de un nivel elevado de seguridad. Este objetivo, añade el precepto, debe manifestarse en la adopción de medidas de prevención y lucha contra la delincuencia, el racismo y la xenofobia, de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal y la aproximación, en la medida necesaria, de las legislaciones penales. Dado que todas estas medidas corresponden a otros tantos ámbitos específicos de acción de la Unión en ejercicio de sus competencias concretas sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, no son tanto objetivos en sí mismas cuanto medios para la realización del objetivo general de la Unión en este ámbito, la garantía de la seguridad.

Además de estos dos principios transversales, comunes a todos los ámbitos de la competencia comunitaria de la Unión sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, los apartados 3 y 4 del artículo 67 establecen otros principios específicos de algunas de esas competencias, principios que también son novedad en el Derecho originario. Así, los de solidaridad entre estados miembros y equidad con los nacionales de terceros países, específicos de la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, y que, además, son novedad con respecto a la Constitución Europea. En este complejo y delicado terreno, el Tratado de Lisboa, una vez más, añade una dimensión material a las disposiciones meramente procedimentales, o como mucho, definitivas del objeto de una competencia, pero no de sus finalidades y límites. Esa nueva di-

mención material o teleológica sin duda habrá de jugar como importante parámetro de validez de las correspondientes disposiciones de Derecho derivado.

Finalmente, por lo que hace a los principios, el apartado cuarto y último del artículo 67 sitúa en calidad de principios orientadores de la acción de la Unión en relación con la cooperación judicial en materia civil el propósito de facilitar la tutela judicial, en general, y el principio de reconocimiento de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil, en especial. Más que redundante con las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales, en tanto reconocen como derecho subjetivo el derecho a la tutela judicial, hay que considerar convergente con ella al artículo 67.4 del TFUE. Añade éste una vertiente objetiva, fijando un parámetro genérico de actuación legislativa a la Unión, a la subjetiva que ya supone la proclamación del derecho fundamental para los ciudadanos; y, sobre todo, otorga a éste una proyección específica como criterio rector de la actuación de la Unión en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

4.1.2 · Las previsiones institucionales y de procedimiento

En cuanto a la parte orgánica, las disposiciones institucionales, son de diversos órdenes, y en varias de ellas se aprecia la huella intergubernamental del tercer pilar de la Unión. De una parte, las previsiones referidas al funcionamiento de la propia Unión en lo relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia. Y de otra, las que la relacionan con los estados miembros, o, más específicamente, con los Parlamentos nacionales, siendo estas últimas las que mayores novedades aportan con respecto al Derecho originario anterior al Tratado de Lisboa.

En cuanto a las previsiones dirigidas a la Unión *ad intra*, se trata de las relativas al papel del Consejo Europeo, y a la creación de un Comité permanente para el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. En cuanto a lo primero, el artículo 68 del TFUE prevé que el Consejo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Claramente redundante con el artículo 15 del TFUE, que ya prevé de manera general que el Consejo Europeo sea instancia de impulso político, cabe ver en esta previsión una huella y un reconocimiento al importante papel que esta institución ha jugado en la puesta en marcha de

las políticas relacionadas con el espacio de libertad, seguridad y justicia desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam, en especial en sus reuniones en Tampere y La Haya.

También hay que referirse, no tanto como novedad real pero sí en cuanto al cambio de denominación, a la previsión, en el artículo 71 del TFUE, de un Comité permanente en el Consejo para el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. Se trata del en su día denominado Comité K-4 (por la numeración originaria del precepto del Tratado de Maastricht que lo instituyó por vez primera), o Comité de Coordinación, previsto actualmente en el artículo 36 del TUE en su versión, aún hoy vigente, previa al Tratado de Lisboa.

Dado que este Comité, que actuaba anteriormente fuera del ámbito comunitario (el del tercer pilar intergubernamental de la Unión), lo hará dentro de él, supuesta la vigencia del Tratado de Lisboa, se plantean (como ya ocurrió en el pasado, incluso con el dato delimitador formal de la diversidad de pilares de la Unión) problemas de posible solapamiento con el COREPER. O más en concreto, con la faceta de éste, no cómo órgano interviniente en el proceso negociador de las iniciativas legislativas comunitarias en el seno del Consejo, sino en su calidad de posible órgano delegado por el propio Consejo para la realización de tareas determinadas.

El precepto trata de resolver esta cuestión mediante la cláusula sin perjuicio, proyectándola sobre el precepto regulador del COREPER, el artículo 240 del TFUE. La cláusula no es expresiva, sin embargo, de una regla de prelación, ni siquiera la presumible de especialidad. Nada impide que el propio COREPER pueda asumir tareas de coordinación por especial encargo del Consejo, pero ese encargo no podrá vaciar de contenido la labor del Comité de Coordinación específico del artículo 71 del TUE, lo que sí puede generar el riesgo de solapamientos. Por otro lado, y dada la sensibilidad y la tendencia a la opacidad en estas cuestiones, el precepto obliga a mantener informados de los trabajos del referido Comité tanto al Parlamento Europeo como a los Parlamentos nacionales.

Quizás el aspecto más relevante a destacar de las nuevas disposiciones institucionales *ad intra* es que el artículo 76 mantiene uno de los rasgos intergubernamentales más visibles en los nuevos procedimientos decisorios aplicables a las materias comunitarizadas del desaparecido tercer pilar de la Unión: la parcial ruptura del monopolio de iniciativa de la Comisión, que compartirá con los estados miembros en las materias que antes correspondían al citado pilar intergubernamental. Así, y con respecto a los actos con-

templados en los capítulos 4 y 5 (relativos a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial, respectivamente), y también en el artículo 74 (referente a la cooperación administrativa entre los estados miembros), serán adoptados a propuesta de la Comisión o por iniciativa de una cuarta parte de los estados miembros.

La última gran novedad en el capítulo institucional viene dada por la intervención de los Parlamentos nacionales y otras instituciones, a la que se dedican los artículos 69 y 70. En rigor, son dos las hipótesis, y una de ellas es común a todas las competencias compartidas entre la Unión y los estados miembros: se trata de la intervención de los Parlamentos nacionales en el control de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. El artículo 69 reitera en esta materia la disposición general relativa a esa intervención establecida en el artículo 12.b) del TUE. De nuevo, la reiteración, a la par que despeja toda duda sobre la obligatoriedad de esa intervención en todos los ámbitos del espacio de libertad, seguridad y justicia, debe leerse como una expresa reafirmación del constituyente comunitario de dar definitiva entrada al control parlamentario, paliando uno de los grandes déficit de legitimidad anteriores.

4.1.3 · Las reglas competenciales transversales: poderes positivos de actuación y limitaciones

Por último, se regulan también en el capítulo 1 del título v de la tercera parte del TFUE aspectos competenciales horizontales, comunes a los diversos sectores específicos de acción de la Unión sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Tanto en positivo, definiendo títulos competenciales, como en negativo, fijando límites o reservas de competencias nacionales, o modulaciones a las comunitarias.

En la primera línea, de enunciación de poderes de actuación, el artículo 70 ofrece la base jurídica para crear, mediante legislación derivada, los procedimientos que seguirán los estados miembros para evaluar objetiva e imparcialmente, en colaboración con la Comisión, la aplicación por las autoridades nacionales de las políticas de la Unión en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia. Esa legislación derivada, a tenor del precepto, podrá ser adoptada por el Consejo, a propuesta de la Comisión. En cambio, no se prevé la intervención (legislativa) del Parlamento Europeo en la adopción de estos procedimientos de evaluación.

Carente, pues, de efecto directo, y remitiendo la cuestión a dos de las instituciones, Consejo y Comisión, el precepto parece extender a todo el campo del espacio de libertad, seguridad y justicia los métodos de evaluación seguidos en el marco del acervo de Schengen. Pese a la importante restricción que supone la no intervención del Parlamento Europeo en la regulación de tales procedimientos (otra de las inercias intergubernamentales heredadas del funcionamiento institucional del tercer pilar), sí es de destacar la obligación de información a éste y a los parlamentos nacionales del contenido y los resultados de las correspondientes evaluaciones realizadas.

A ello hay que unir la base jurídica fijada en el artículo 74 para la adopción de medidas que garanticen la cooperación administrativa entre los servicios nacionales de los estados miembros en los ámbitos propios del espacio de libertad, seguridad y justicia, y entre dichos servicios y la Comisión. También este precepto se caracteriza por la inercia intergubernamental que aqueja a su antecesor, el todavía hoy vigente artículo 66 del TCE, al disponerse, como en este último, que las decisiones en la materia corresponden al Consejo, a propuesta de la Comisión, y con la mera consulta al Parlamento Europeo. Hay que constatar la ampliación del ámbito material de esta competencia con respecto a la que todavía hoy tiene la Comunidad Europea, al extenderse a los servicios nacionales competentes sobre áreas materiales en la actualidad correspondientes al tercer pilar intergubernamental de la Unión (cooperación policial y judicial en materia penal), que se comunitarizan en la nueva regulación, una vez vigente el Tratado de Lisboa.

Por su parte, el artículo 75, sin precedentes tanto en la regulación originaria actual como en la Constitución europea, establece una base jurídica para adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, y a través de reglamentos, un marco de medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos, con posible inmovilización de fondos u activos, a fin de prevenir y luchar contra el terrorismo.

En la segunda línea inicialmente apuntada, el señalamiento de límites o contrapesos explícitos a los poderes de la Unión, establece el artículo 72 que el título v de la tercera parte del TFUE se entiende sin perjuicio de las competencias y responsabilidades de los estados en cuanto al mantenimiento del orden público que, en consecuencia, ni se transfieren a la Unión, ni siquiera en parte, ni pueden verse afectadas por las competencias de ésta. Y como modulación, en un nuevo supuesto de las otrora denominadas cooperaciones más estrechas entre estados miembros, el artículo 73 permite a éstos organizar entre ellos, y bajo su propia responsabilidad (fuera, pues,

del marco comunitario de la Unión) formas de coordinación y cooperación entre los servicios competentes de velar por la seguridad nacional.

Se trata, en este caso, de una de las condiciones políticas que se hicieron precisas en la Conferencia Intergubernamental de 2007 para el asentimiento de la representación británica al Tratado de Lisboa.

4.2 · Las (nuevas) políticas comunes sobre control de las fronteras comunes, asilo e inmigración (capítulo 2)

El capítulo 2 del título v de la tercera parte del TFUE, que abarca los artículos 77 a 80, desarrolla y detalla las potestades y competencias de la Unión sobre el eje fundamental del espacio de libertad, seguridad y justicia: la supresión («ausencia», dice el Tratado) de controles en las fronteras interiores y las políticas sobre control en las fronteras exteriores, asilo e inmigración. La gran novedad que comparten las nuevas reglas relativas a los tres ámbitos es que, por primera vez, la competencia de la Unión sobre cada uno de ellos se define o califica como una política común, lo que significa la posibilidad de un enfoque general y más sistemático, frente al carácter fragmentario de los poderes con que en la actualidad cuenta la Comunidad, fruto, esencialmente, de la regulación introducida por el Tratado de Ámsterdam en el todavía hoy vigente título iv del TCE.

Se une a esta primera innovación la mayor profundidad y extensión material de los poderes concretos conferidos a la Unión en cada uno de estos tres ámbitos. Las novedades a destacar en este sentido son la nueva posibilidad de establecer un sistema integral de gestión de las fronteras exteriores, las mayores facultades en materia de inmigración, o la capacidad para establecer un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, y la fijación de las reglas materiales y procedimentales para su concesión por los estados miembros

4.2.1 · Controles en las fronteras (artículo 77)

El artículo 77 del TFUE regula la (nueva) política común de la Unión sobre el control de las fronteras de los estados miembros, inspirada, en síntesis, en la supresión de la vigilancia sistemática en las fronteras interiores, y la armonización de la que se practica en las exteriores. El apartado 1 del pre-

cepto delimita los objetivos ámbitos concretos a los que se extienden las facultades de la Unión en este campo, mientras que los tres apartados siguientes se refieren, respectivamente, a las potestades concretas que corresponden a la Unión y a los estados miembros para la realización de esos objetivos.

Con arreglo a esta metodología, los objetos de la política común de la Unión consisten en garantizar la ausencia de controles sobre las personas cuando crucen las fronteras interiores, la realización de los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores, y, como importante novedad frente a la regulación actual, la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Con estas finalidades, el segundo apartado del artículo atribuye competencia a la Unión para adoptar medidas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, en los siguientes ámbitos: política común de visados, que ahora, además, se extiende a otros permisos de residencia de corta duración; controles sobre las personas en las fronteras exteriores, condiciones de libre circulación de nacionales de terceros países dentro de la Unión durante un corto período, establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, y la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.

El apartado 3 del artículo 77 configura un nuevo título competencial, sin precedentes tanto en el actual título IV del TCE como en la fallida Constitución Europea. Su objeto se cifra en conceder una base jurídica a la Unión para facilitar, en relación con los ciudadanos de la Unión, el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia regulado en el artículo 20.2.a), mediante la regulación de los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, cuando los tratados no hayan previsto poderes de actuación a este efecto.

Se requiere a tal fin la unanimidad del Consejo previa consulta al Parlamento Europeo. Quedan así extraídas tales cuestiones del procedimiento legislativo ordinario, que de lo contrario resultaría aplicable, a tenor del artículo 21.2, a la regulación de estos derechos cuando el Tratado no haya previsto poderes específicos al respecto, como lo son precisamente los regulados en este apartado 3 del artículo 77.

Por su parte, el siguiente apartado del precepto, jurídicamente innecesario aunque quizá políticamente conveniente, evoca la competencia de los estados sobre la delimitación geográfica de sus fronteras conforme al Derecho internacional. Se trata de una proyección específica de la garantía de la permanencia de los estados como entidades soberanas que, por lo demás,

ya se deduce del hecho de que las competencias de la Unión no se refieren propiamente a las fronteras, sino a los controles que en ellas se realicen o deban dejar de practicarse sobre las personas.

El nuevo artículo 77 del TFUE, de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, simplificará la actual regulación de las competencias comunitarias sobre estas cuestiones en el vigente y más extenso artículo 62 del Tratado de Roma, ampliando el ámbito material de las referidas atribuciones. Frente al carácter fragmentario que hoy tienen las competencias comunitarias en relación con los visados, la definición de la que se confiere a la Unión en este proyectado precepto del TFUE como una «política común» permite entender incluidos todos los aspectos relativos a los visados que sean precisos para la realización y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Similar sentido expansivo puede detectarse en la competencia sobre control de las fronteras exteriores. Mientras el todavía hoy vigente artículo 62 del Tratado de Roma limita las atribuciones comunitarias a las normas y los procedimientos a aplicar por los estados en la práctica de dichos controles —letra b) del apartado 2 del precepto citado del TCE—, la formulación del artículo 77 del TFUE abarca todos los aspectos relacionados con los mismos, e incluye como novedad el posible establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

En cambio, la garantía de la ausencia de controles en las fronteras interiores, y las potestades conferidas a la Unión sobre las condiciones de circulación libre (que no de «libre circulación», o «libertad de circulación») de nacionales de terceros países, experimentan la modificación de que el intervalo temporal del desplazamiento, específicamente situado en el Derecho originario comunitario aún hoy vigente en tres meses, pasa a definirse más indeterminadamente, y por tanto con algún margen mayor de maniobra para las instituciones en su concreción (ampliando, pues, sus competencias), como un período breve.

4.2.2 · Asilo (artículo 78)

El nuevo artículo 78 del TFUE simplifica notablemente el contenido del todavía hoy vigente artículo 63 del Tratado de Roma, al tiempo que profundiza las competencias de la Unión en materia de asilo, igualmente permitiendo a ésta un tratamiento integral, y no aspectos aislados y de mínimos, como sucede con las actuales competencias que la Comunidad ya posee en

este ámbito. También en este caso se apodera a la Unión para desarrollar una política común, con el fin de proporcionar un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que precise protección internacional, y de garantizar el principio de no devolución, conforme a la Convención de Ginebra, el Protocolo de Nueva York y otros instrumentos internacionales pertinentes. En todo caso, la competencia de la Unión se limita a los nacionales de terceros países.

Así delimitados los campos y los principios rectores, se permite la adopción de medidas relativas a un sistema europeo común de asilo mediante el procedimiento legislativo ordinario. Esta competencia incluye la que hoy ya posee la Comunidad para fijar reglas relativas a la determinación del Estado responsable del examen de las demandas de asilo presentadas en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país.

Pero la regulación contenida en este nuevo precepto amplía esa competencia comunitaria preexistente a nuevos contenidos: determinación del estatuto material del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, fijación de procedimientos comunes para concederlo o retirarlo (reducida antes sólo a normas mínimas) y regulación de un sistema común para la protección temporal de personas desplazadas en caso de llegada masiva (antes, también, sólo de adopción de normas mínimas).

Además, se prevé en la letra g) del apartado 2 del artículo 78 una competencia externa de la Unión, que le permitiría legislar sobre la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar flujos de personas solicitantes de asilo o protección subsidiaria. También se suministra una base jurídica concreta, en el apartado 3 del precepto, para adoptar medidas provisionales por el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, ante una situación de emergencia motivada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países.

Se trata, una vez más, de una específica manifestación del principio de solidaridad entre estados miembros, que se señala como pauta general de ejercicio de las competencias de la Unión sobre control de fronteras, asilo e inmigración en el apartado 2 del artículo 67.

4.2.3 · Inmigración (artículo 79): la definición de una política común

El proyectado artículo 79 del TFUE habilita a la Unión para establecer una política común de inmigración, lo que supone, una vez más, la posibi-

lidad de dar paso a un planteamiento europeo integral en la definición de objetivos, estrategias y medidas. Como principios rectores, se señalan en el apartado 1 la garantía de una eficaz gestión de los flujos migratorios, el trato equitativo de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los estados miembros, y la prevención y la lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

Los siguientes apartados del precepto detallan las potestades de la Unión y las materias en que, dentro de la inmigración, y para los fines recién señalados, puede aquélla ejercerlas. Parte de esas potestades son transcripción de las que actualmente posee la Comunidad desde el Tratado de Ámsterdam: condiciones de entrada y residencia, normas relativas a la expedición por los estados miembros (a quienes por tanto corresponde la competencia aplicativa) de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, así como el tratamiento normativo de la inmigración legal y las condiciones de residencia en otros estados miembros de nacionales de terceros países que ya residan legalmente en un Estado miembro.

Pero a éstas se suman varias competencias nuevas. En las medidas relativas a la inmigración y residencia ilegales, a la repatriación se añade ahora, también, la expulsión de residentes ilegales. Y en relación con el estatuto de los residentes legales, se suma la habilitación para legislar sobre su libertad de circulación (presupuesto claramente del derecho de residencia en otros estados miembros), así como, más en general, para la definición de sus derechos.

En relación con los residentes legales extracomunitarios, dos son los títulos competenciales que se establecen en el nuevo artículo 79 del TFUE. Por un lado, la habilitación para establecer, mediante el procedimiento legislativo ordinario, medidas destinadas a fomentar y apoyar la acción de los estados miembros a fin de propiciar la integración de este colectivo, excluyéndose toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los estados miembros (apartado 4 del artículo 79). Por otro, la atribución de la referida competencia legislativa en el apartado 2.b) del mismo artículo, sobre, textualmente, «la definición de los derechos» de este mismo colectivo, incluyendo las condiciones que rigen la libertad de circulación y residencia en los demás estados miembros».

Sin precedentes en los apartados 3 y 4 del artículo 63 del Tratado de Roma hoy en vigor, ambos títulos fueron introducidos en el frustrado Tratado constitucional por la Convención, sobre la base de los trabajos del

Grupo de Trabajo n.º 10 de ésta, sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. A su vez, dicho se inspiró en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de diciembre de 1999, al evocar en su Informe Final para la Convención que en las mismas «se demandaba la adopción de una legislación de la Unión relativa al estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en situación de regular de residencia de larga duración en la Unión, que atribuya a estos residentes una serie de derechos y deberes uniformes (por ejemplo, el derecho de residencia, el derecho a la educación, al trabajo, a la no discriminación)⁵».

Para atender a este objetivo político definido en Tampere, el Grupo propuso en su Informe Final, más que dos competencias, dos alternativas para configurar sólo una. Se decía en él que algunos miembros del Grupo abogaban por incluir en el Tratado constitucional una base jurídica explícita que permitiera la adopción de medidas para otorgar a los nacionales de terceros países con residencia legal prolongada un conjunto uniforme de derechos y responsabilidades. Y *si no*, añadía el Informe, *parece* (hablando ahora en nombre de todo el Grupo) que la Unión podría potenciar los esfuerzos nacionales de integración, fundamentalmente mediante medidas de incentivo y apoyo, en lugar de hacerlo mediante la armonización legislativa (esto es, en lugar de hacerlo directamente mediante el ejercicio de una competencia legislativa que le permitiera regular esos derechos).

Frente a esta falta de acuerdo del Grupo de Trabajo en torno a la competencia de regulación de un estatuto jurídico uniforme, y en cambio el consenso del mismo sobre las competencias de apoyo sin armonización de legislaciones, la Convención hizo otra lectura, a juzgar por el Informe de la Presidencia, e hizo de las dos alternativas para una única competencia, sugeridas por el Grupo de Trabajo, dos competencias distintas de la nueva Unión. Aunque el planteamiento es lógico: se trataría de habilitar a la Unión para legislar sobre los derechos de los extranjeros extracomunitarios residentes legales (artículo 79.2.b), y también para emprender otras medidas de apoyo, como planes, programas o campañas institucionales de sensibilización, o iniciativas similares, que podrían yuxtaponerse a las acciones de los estados, sin armonización de sus legislaciones.

5 *Informe Final del Grupo de Trabajo X, «Libertad, seguridad y justicia»*, Documento CONV 426/02, WG X 14, Bruselas, 2 de diciembre de 2002, p. 5.

A no dudar, estas competencias de la Unión respecto a residentes legales constituyen la otra cara de la moneda en relación con las que se prevén sobre los extranjeros residentes legales. Esto es, medidas restrictivas para la residencia ilegal de extranjeros, frente a un trato en clave de acercamiento al estatuto jurídico de nacionales del Estado de acogida, y de los restantes ciudadanos de la Unión, por lo que se refiere a la residencia legal. Integración de unos frente a expulsión de otros.

Novedosa es también la habilitación a la Unión, en la letra d) del artículo 79.2, para la adopción de medidas destinadas a la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. Una vez más, se está ante uno de los cometidos en su día asignados por el artículo 29 del Tratado de Maastricht al tercer pilar intergubernamental de la Unión, y que ahora se sitúan bajo metodología comunitaria. Y además, sin las restricciones que se señalan en los capítulos 4 y 5 del mismo título, en los que se «comunitarizan» otros ámbitos del actual tercer pilar intergubernamental de la Unión (entre ellas, la ruptura del monopolio de iniciativa de la Comisión). Parece, no obstante, que la competencia no incluye el flanco penal, porque éste, en general, constituye el objeto de otra competencia incluida más adelante, entre los preceptos dedicados a la cooperación judicial en materia penal (capítulo 5, artículo 82.2).

Y siguiendo con las novedades competenciales con respecto a la situación actual, explícitamente se autoriza a la Unión en el apartado 3 del artículo 79 a celebrar acuerdos con terceros países para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países en situación de residencia ilegal. Se trata, en todo caso, de una competencia compartida, que los estados pueden seguir ejerciendo mientras no lo haga la Unión, y también cuando lo haga sólo parcialmente, en la medida en que quede espacio de actuación para las autoridades nacionales.

El apartado 5 del artículo 79 reserva la competencia exclusiva a los estados sobre establecimiento de volúmenes de admisión en su territorio de nacionales procedentes de terceros países, con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado. El matiz de la procedencia parece deberse a la posibilidad, prevista en el apartado 2.a), de que se reconozca la libertad de circulación y de residencia a los extranjeros extracomunitarios que ya residan legalmente en un Estado miembro. Recuérdese, no obstante, que este reconocimiento no es automático, sino que depende de su previsión en medidas de Derecho derivado a adoptar con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

La norma de cierre de este capítulo, el artículo 80, reitera como principios comunes, tanto en la definición de las políticas de la Unión reguladas en los artículos precedentes, como en su ejecución (tarea que es responsabilidad estatal), los de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los estados miembros, inclusive en el aspecto financiero. Se añade a ello, no obstante, una importante previsión adicional: el precepto suministra una base jurídica para la adopción de medidas apropiadas en aplicación de este último principio en todos los actos que adopte la Unión en virtud del presente capítulo.

4.3 · Cooperación judicial en materia civil (capítulo 3): mayor transversalidad

Un único precepto, el artículo 81, conforma el capítulo 3 del título v de la tercera parte del TFUE. De la nueva regulación, cabe destacar la ampliación de las competencias que anteriormente poseía la Comunidad en esta materia. Los poderes de la nueva Unión quedan enumerados en el apartado 2 del precepto.

Se mantienen dentro de él, en primer término, las competencias actuales de la Comunidad, que abarcan las siguientes materias: la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, garantía de la compatibilidad de las normas nacionales sobre conflictos de leyes y de jurisdicción, y de la cooperación en la obtención de pruebas, y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando en lo necesario la compatibilidad de las normas procesales civiles nacionales. Pero se añaden otras nuevas, que confieren mayor profundidad a las atribuciones de la nueva Unión.

Así, se confía a la Unión un poder normativo genérico para la garantía de la tutela judicial efectiva, que puede tener un importante potencial expansivo de las medidas de la Unión en este terreno. Y, asimismo, se le atribuyen otras dos nuevas competencias, de alcance más sectorial, pero en todo caso de notable relevancia. De una parte, la relativa al desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios, y de otro, la referente al apoyo a la formación de Magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

En cuanto a los procedimientos, se mantiene en lo esencial el actual esquema: codecisión, salvo las cuestiones vinculadas al Derecho de familia,

que requieren unanimidad del Consejo a propuesta de la Comisión (artículo 67.5 en relación con el artículo 67.1, ambos del actual TCE). En el apartado 3 del artículo 81 del TFUE, la regla general será el procedimiento legislativo ordinario, que supone, además del monopolio de iniciativa de la Comisión, el carácter colegislador del Parlamento Europeo junto al Consejo (artículo 294 del TFUE), y el voto por mayoría cualificada en el seno de este último (artículo 16.3 del TUE en su nueva redacción).

Y en un sentido similar al que inspiró las enmiendas introducidas en su día por el Tratado de Niza (lo que revela la escasa utilidad de éstas, al no haber sido empleadas aún), se prevé que el Consejo pueda adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa consulta del Parlamento Europeo, una decisión que determine los campos del Derecho de familia que puedan ser objeto de actos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

La significativa novedad que aporta el apartado 3 del artículo 81 del TFUE, en su último párrafo, es que la referida decisión del Consejo habrá de comunicarse a los parlamentos nacionales. Éstos disponen de un plazo de seis meses para notificar su oposición. Y una única oposición tiene valor de veto, al impedir la adopción de tal decisión, que sólo podrá acordarse en ausencia de expreso reparo de cualquier Parlamento nacional.

4.4 · Cooperación judicial en materia penal y aproximación de legislaciones penales (capítulo 4): «comunitarización» con algunas inercias intergubernamentales

Destaca de la nueva regulación de la cooperación judicial en materia penal, en primer término, el paso a la metodología comunitaria, al ubicarse junto con las demás políticas de la Unión personificada sucesora de la Comunidad sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Y en particular, por el hecho de que resulten aplicables los procedimientos legislativos comunitarios, y el sometimiento al régimen de recursos ante el Tribunal de Justicia, tomado del actualmente previsto en el Tratado de Roma.

No obstante, tanto este ámbito de acción de la Unión, cuanto el relativo a la cooperación policial que disciplina el capítulo siguiente del TFUE, acusa su pasado intergubernamental, al caracterizarse por la ruptura del monopolio de iniciativa de la Comisión, que comparte con una minoría

cualificada de al menos una cuarta parte de los estados miembros, en los términos ya señalados. A lo que se une la previsión, asimismo mencionada ya, de instrumentos específicos de control parlamentario nacional en la evaluación de las actividades de Eurojust.

La nueva regulación proyectada, por contraste con la actualmente vigente en el título VI del TUE, no sólo clarifica el alcance material de las (nuevas) competencias de la Unión conforme a un planteamiento más sistemático, sino que incluso amplía en gran medida los objetivos y las funciones previamente asignados a la cooperación de los estados en el marco del tercer pilar intergubernamental.

Los ámbitos materiales a que se extiende la nueva competencia de la Unión sobre la cooperación judicial en materia civil incluyen, en primer lugar, los precedentemente encomendados al tercer pilar, aunque ahora con mayor profundidad y alcance: la cooperación judicial en materia civil con carácter general, la aproximación de legislaciones penales en la medida requerida por el espacio de libertad, seguridad y justicia, y la regulación de la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust). Junto a ellos, se añaden algunos campos nuevos, entre los que sobresale la base jurídica para la posible creación de una Fiscalía Europea.

La metodología a la que obedece la atribución competencial a la nueva Unión sobre estas materias se basa, en primer término, en la fijación de objetivos, y en segundo lugar en la definición de competencias o bases jurídicas para la adopción de medidas de Derecho derivado. La enunciación de los objetivos se halla en el pórtico del capítulo, concretamente en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 82: se cifran en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, incluyendo la adopción de medidas para la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los estados miembros.

En cuanto a las potestades o competencias, el párrafo segundo del referido apartado 1 del artículo 82 establece los poderes generales para el impulso de esta cooperación. Seguidamente, el apartado 2 del precepto delimita los ámbitos a que podrá extenderse la aproximación de legislaciones nacionales en aplicación del principio de reconocimiento mutuo. El artículo 83 se refiere a la aproximación de las legislaciones penales. El artículo 84 confiere competencias que excluyen toda aproximación de legislaciones nacionales. El artículo 84 establece las bases jurídicas para la regulación y configuración de Eurojust. Y finalmente, el artículo 87 establece la base jurídica para la posible creación de una Fiscalía Europea.

4.4.1 · Facultades generales sobre cooperación judicial en materia penal: «comunitarización» y ampliación

En cuanto a los poderes relativos a la cooperación judicial en materia penal en general, el artículo 81.1.2 incluye los que ya correspondían al tercer pilar: la prevención de los conflictos de jurisdicción entre los estados miembros, y la facilitación de la cooperación entre autoridades judiciales nacionales o equivalentes en el marco del procedimiento penal y la ejecución de resoluciones. Pero, significativamente, añade otros nuevos: la resolución (y no sólo la prevención, como hasta ahora) de los conflictos de jurisdicción, el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia, y el establecimiento de normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales. Aunque desaparece la mención a la extradición (expresa, en cambio, en el actual artículo 31 del TUE), hay que entenderla subsumida en la competencia genérica sobre la cooperación judicial en el marco del proceso penal y la ejecución de resoluciones, recién mencionada.

La novedad más destacable con respecto a estas competencias generales es su «comunitarización». Quedan, pues, sometidas al sistema ordinario de fuentes de la nueva Unión (el anteriormente propio de la Comunidad Europea), al control del Tribunal de Justicia con arreglo a los recursos comunitarios, y al procedimiento legislativo ordinario (lo que incluye la mayoría cualificada del Consejo, frente a la unanimidad actual), con la posible adopción de disposiciones dotadas de efecto directo. Circunstancias, todas ellas, que no concurrían en la situación anterior, como consecuencia del tratamiento de estas materias, fuera del (primer) pilar comunitario, en el ámbito del tercer pilar (intergubernamental) de la Unión.

Como quedó adelantado, también se confiere a la Unión la capacidad de aproximar las legislaciones nacionales mediante normas mínimas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Dos son los grupos de supuestos. De un lado, cuando se trate de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones, y la cooperación en asuntos penales con dimensión transfronteriza (apartados 2 y 3 del artículo 82). De otro, cuando se pretenda la aproximación de legislaciones penales (artículo 83).

4.4.2 · Facultades sobre reconocimiento mutuo y aproximación de legislaciones penales: «comunitarización», ampliación y frenos de emergencia

En los dos casos, las normas mínimas deben fijarse mediante Directivas aprobadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, aunque para los dos se establece un freno de emergencia: cuando un Estado miembro considere que un proyecto de Directiva afecte a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar la suspensión del procedimiento mediante la remisión del asunto al Consejo Europeo. Si éste no alcanza un consenso, puede activarse (automáticamente) una cooperación reforzada, si así lo solicitan al menos nueve estados miembros.

En el primer caso (artículo 82.2 y 3 del TFUE), los campos de desenvolvimiento de las correspondientes Directivas, sin precedente en la actual regulación originaria de la Unión, son los siguientes: admisibilidad mutua de pruebas, derechos de las personas durante el procedimiento penal, derechos de las víctimas de los delitos.

En el segundo caso (artículo 83 del TFUE), consistente en la aproximación de legislaciones penales mediante normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, se incrementan los supuestos actualmente previstos en el artículo 31.1.e) del TUE: a la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas, se unen la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago y la delincuencia informática. Además, se señalan como requisitos que estos ámbitos delictivos sean de especial gravedad y tengan dimensión transfronteriza por su carácter, sus repercusiones o la necesidad de combatirlos según criterios comunes.

No sólo la ampliación notable del catálogo de infracciones penales, sino también la previsión de una cláusula evolutiva, son resultado de las experiencias acumuladas entre la vigencia del Tratado de Ámsterdam y la elaboración del Tratado de Lisboa. En ese sentido, se habilita al Consejo, mediante decisión unánime y previa aprobación al Parlamento Europeo, para determinar otros ámbitos delictivos susceptibles de esta labor de aproximación de legislaciones nacionales.

4.4.3 · Eurojust: «comunitarización» y ampliación de facultades

En desarrollo de las acciones de cooperación judicial en materia penal, y profundizando en la línea abierta a iniciativa francesa por el Tratado de Niza, cifrada en incluir dentro del Derecho originario de la Unión la existencia de una Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), como trasunto de Europol (prevista desde el Tratado de Maastricht), las disposiciones proyectadas por el Tratado de Lisboa dedican a Eurojust una regulación aún más detallada en el artículo 83 del TFUE que la actualmente vigente en el título VI del TUE.

La misión genérica de Eurojust, a tenor del apartado 1 del precepto, es actuar como instrumento de cooperación y coordinación de las autoridades nacionales competentes para la persecución de la delincuencia. El «hecho habilitante» para su intervención es el apoyo y refuerzo de la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más estados miembros, o que deba perseguirse según criterios comunes a la vista de las operaciones efectuadas y la información proporcionada por las propias autoridades nacionales o por Europol.

El principio fundamental es que continúa siendo tarea de los estados miembros la persecución judicial de la delincuencia, y que Eurojust es una instancia de cooperación y coordinación, no de actuación, jurisdiccional. Partiendo de este principio básico, el apartado 2 prevé la adopción de reglamentos conforme al procedimiento legislativo ordinario (esto es, exclusivamente una forma normativa de la Unión dotada de efecto directo) que regulen la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias de Eurojust.

A título de mero ejemplo, se mencionan en el precepto dos de esas posibles competencias. De un lado, el inicio de diligencias de investigación penal y la propuesta de incoación de procedimientos penales, por las autoridades nacionales competentes, particularmente en relación con infracciones que perjudiquen intereses financieros de la Unión, la coordinación de tales investigaciones y procedimientos, y la intensificación de la cooperación judicial, mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.

Obviamente, si el ejercicio de las acciones corre a cargo de las autoridades nacionales a tenor del precepto, el término «iniciación», quizá impropiamente utilizado, debería posiblemente entenderse como «preparación» o «cooperación para la preparación» de las acciones penales que ejerciten

o inicien las autoridades nacionales competentes. Que la competencia atribuida a Eurojust no es de ejercicio de la acción penal lo corrobora el apartado 3 del mismo artículo, cuando señala que serán los funcionarios nacionales competentes quienes adopten los actos formales de carácter procesal. Aunque queda campo para la duda, y así podría entenderse de la lectura del precepto, en torno a si la decisión efectiva de ejercer la acción puede tomarse por Eurojust, sin perjuicio de que la actuación formal precisa la ejecuten las autoridades nacionales.

Y siendo así, tampoco resulta claro cuál podría ser el tipo de vinculación o relación de dependencia, obligación de cumplimiento, o jerarquía, que podría establecerse mediante esta ley europea. En cualquier caso, si así fuera, se trataría de una cesión del ejercicio de la competencia de los estados, a través de sus órganos competentes, para decidir el ejercicio de la acción penal, lo que revestiría toda una novedad, de entrar en vigor el Tratado de Lisboa. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de la acción pública.

Junto a la cesión de competencias en todo lo relacionado con Eurojust que supone la «comunitarización» del tercer pilar de la Unión, el Tratado de Lisboa incrementa de dos modos las posibles funciones de esta Unidad. De una parte, al prever la posibilidad de que esas funciones lleguen a incluir, como se ha comprobado, el inicio de diligencias de investigación penal, o la propuesta de incoación del proceso penal, yendo más allá de las funciones de coordinación de autoridades nacionales e intensificación de la cooperación judicial que actualmente posee. Y de otra parte, porque no tasa las posibles competencias concretas de Eurojust, cuyo límite se halla, entonces, en la definición genérica de sus funciones que realiza el artículo 85.1, en los términos previamente descritos.

4.4.4 · La base jurídica para la creación de una Fiscalía Europea

Continuando con la justicia penal como campo de desenvolvimiento de parte de las disposiciones de este capítulo 4, reaparece en el proyectado artículo 86 del TFUE una figura que, propuesta por la Comisión en su día,⁶

⁶ Página 17 del Dictamen de la Comisión para la CIG 2000, COM(2000) 34, 26-1-2000, p. 17, ampliada en una contribución complementaria bajo el título de *La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo*, COM(2000) 6081, de 29-9-2000. Pos-

fue descartada en la Conferencia Intergubernamental autora del Tratado de Niza,⁷ y retomada en el frustrado proyecto de Tratado constitucional. Se trata de la posibilidad de crear una Fiscalía Europea, con verdaderas competencias propias, cedidas por los estados miembros, claro está, para el ejercicio de la acción penal ante las jurisdicciones nacionales.

No parece dudoso que se está ante un claro elemento federalizante que, de salir adelante con la vigencia del Tratado de Lisboa, y su creación mediante la legislaciónn derivada de la Unión, constituiría un avance en la construcción de un espacio judicial europeo, al menos en la fase de la persecución penal. Sin embargo, tal carácter se ve contrapesado por el establecimiento de un nuevo freno de emergencia (suspensión del procedimiento y remisión al Consejo Europeo a petición de un único Estado miembro), con la consiguiente autorización automática para generar una cooperación reforzada si, no habiendo consenso en el Consejo Europeo, lo solicitan al menos nueve estados miembros.

El artículo 86 establece una base jurídica que permita crear esta figura, la Fiscalía Europea, mediante Reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, consistente en la adopción unánime por el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. El ámbito de competencia de la Fiscalía (apartados 1 y 2 del artículo 86) se cifraría en descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, mediante el ejercicio de la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes de los estados miembros.

Se prevé, además, que los Reglamentos que fijen el Estatuto de la Fiscalía Europea determinen las condiciones de desempeño de sus funciones, las normas procedimentales aplicables a sus actividades, las que rijan la admisibilidad de las pruebas, y las referentes al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

No obstante, se ha cuidado que la redacción del artículo no establezca una reserva en exclusiva o monopolio del ejercicio de la acción penal, porque ello podría oponerse a sistemas jurídicos nacionales en los que, como

teriormente, la Comisión ha desarrollado esta propuesta en un *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, COM (2001) 715 final, de 11 de diciembre de 2001.

7 Acerca de esta cuestión, F. Javier DONAIRE VILLA, «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *op. cit.*, pp. 120-121.

el nuestro, rige también la acción popular, figura que garantiza el artículo 125 de la Constitución española. El apartado 4 del artículo 86 del TFUE habilita al Consejo Europeo para modificar, por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo y consulta a la Comisión, los apartados 1 y 2 del precepto, al objeto de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave con dimensión transfronteriza.

4.5 · Cooperación policial (capítulo 5)

El último capítulo del título v de la tercera parte del TFUE regula el otro gran sector actual de cooperación entre los estados miembros en el marco del todavía hoy existente tercer pilar intergubernamental de la Unión: la cooperación entre servicios policiales, aduaneros y otros con funciones coercitivas especializados en la prevención y la localización e investigación de delitos. En general, la definición de los ámbitos concretos sobre los que la futura Unión personificada, de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, tendría competencia legislativa se han simplificado notablemente con respecto a la actual redacción del título vi del TUE.

Así, la Unión podrá adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo, medidas referentes a la recogida, almacenamiento, tratamiento e intercambio de información, el apoyo a la formación y la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial, y a las técnicas comunes de investigación para localizar formas graves de delincuencia organizada (apartado 2 del artículo 87 del TFUE). También se permite la adopción de medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades policiales y similares ya citadas, mediante un procedimiento legislativo especial consistente en la unánime aprobación del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo (apartado 3 del mismo artículo).

Profundizando y perfeccionando la regulación que se contiene en el actual artículo 31 del Tratado de Maastricht, versa el artículo 88 sobre Europol. La misión genéricamente confiada a esta Unidad en el precepto es la de apoyar la actuación de las autoridades policiales mencionadas, y la colaboración mutua para prevenir la delincuencia grave que afecte a más de un Estado miembro, el terrorismo en cualquier caso, y las formas de delincuencia lesivas de intereses comunes objeto de una política de la Unión (apartado 1).

Conforme a los apartados 2 y 3 del mismo artículo, la regulación de Europol se realizará mediante Reglamentos adoptados con arreglo al pro-

cedimiento legislativo ordinario, pudiendo incluir las competencias de esta Unidad el tratamiento e intercambio de información, o la realización de investigaciones y acciones operativas junto con las autoridades nacionales competentes (únicas que podrán aplicar medidas coercitivas) o en equipos conjuntos de investigación, incluso colaborando con Eurojust. Esos mismos Reglamentos habrán de regular los procedimientos de control de Europol por el Parlamento Europeo, con la participación de los parlamentos nacionales.

El último precepto del capítulo y del título, el artículo 89, habilita al Consejo a establecer, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, las condiciones y límites de actuación de los órganos judiciales penales y las autoridades policiales y asimiladas de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, en contacto y de acuerdo con las autoridades de este último. Esto es, regula a un tiempo acciones transfronterizas de cooperación judicial en materia penal y de cooperación policial.

No supone este precepto una novedad, pues tiene su precedente en el hoy aún vigente artículo 32 del TUE. Lo que sí resulta una novedad es la sujeción de estas cuestiones a los métodos comunitarios, aunque con la inercia intergubernamental de que siga siendo el Consejo quien decida por unanimidad y con una mera intervención consultiva del Parlamento Europeo, como sucede actualmente en el ámbito del tercer pilar de la Unión.

No obstante, la posible aprobación de normas europeas dotadas de primacía y efecto directo, así como el hecho de que estas normas queden bajo el control del Tribunal de Justicia con arreglo a los recursos propios del ámbito comunitario, y no los intergubernamentales que se recogen, también hoy aún, en el artículo 35 del Tratado de Maastricht, suponen la «comunitarización» de este tipo de medidas. Y, por tanto, una nueva cesión de competencias estatales, en un aspecto tan relevante como es la decisión de admitir la presencia y actuación, aunque con límites, de funcionarios y agentes de otro Estado soberano en su propio territorio.

5 • Las modulaciones y excepciones

Hasta aquí llega el núcleo regulador común de las nuevas disposiciones originarias de la Unión Europea sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia proyectadas por el Tratado de Lisboa. Como ha podido comprobarse, estas reglas generales contienen ya algunas especialidades, consistentes en

los denominados «frenos de emergencia», que a su vez, y como «contrapeso al contrapeso», comportan la autorización automática para constituir cooperaciones reforzadas, si así lo solicitan al menos nueve estados miembros, sin necesidad de recabar al efecto la conformidad del Consejo por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, según el mecanismo general de las cooperaciones reforzadas resultante de los artículos 329.1 y 16.3 del TFUE.

Más allá de estas especialidades, *a priori* iguales para todos los estados miembros, las dificultades para el logro del consenso entre los estados miembros que requieren las reformas de los tratados han dado lugar a dos grupos de arreglos particulares, que excepcionan la aplicación de la normativa originaria general recién descrita a los estados que disfrutaban de dichos específicos arreglos: de una parte, Reino Unido e Irlanda; de otra, Dinamarca.

Por otro lado, se han mantenido, con algunas innovaciones, las modulaciones que supone la aplicación del acervo de Schengen, tras su integración en el marco institucional y jurídico de la Unión que realizó, desde su vigencia a partir del 1 de mayo de 1999, el Tratado de Ámsterdam.

5.1 · Las modulaciones del régimen general: el Protocolo sobre el acervo de Schengen integrado en la Unión

El Tratado de Lisboa, como la frustrada Constitución europea, incluye un Protocolo sobre el acervo de Schengen integrado en la Unión Europea, que reemplaza al actual Protocolo sobre la integración del acervo de Schengen en la Unión Europea, introducido en su día por el Tratado de Ámsterdam. El nuevo Protocolo mantiene el estatuto del acervo de Schengen como producto de una cooperación reforzada nacida directamente del Derecho originario, y en calidad de legislación derivada de la Unión amparada en las disposiciones pertinentes de sus tratados constitutivos sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Al tratarse, pues, de Derecho derivado, el acervo de Schengen basado en 1999 por el Consejo en el título VI del TUE en su «versión Ámsterdam-Niza» experimentará la «comunitarización» que supone el hecho de que sus nuevas bases jurídicas (las cuales se hallarán contenidas en el título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, una vez en vigor el Tratado de Lisboa) pasen a regirse por los métodos comunitarios en los términos previamente descritos.

No obstante, este Protocolo redactado por el Tratado de Lisboa difiere en un punto del que incluía la nonata Constitución Europea, y también del actualmente vigente, obra del Tratado de Ámsterdam. Como en ellos, se permite una voluntaria y selectiva participación de Irlanda, o el Reino Unido, o de ambos países, en la aplicación del acervo de Schengen elaborado antes de su integración en la Unión, mediante una notificación escrita en tal sentido al Consejo en un plazo razonable, quien ha de decidir por unanimidad de los países vinculados por el acervo de Schengen y el Estado autor de la notificación (artículo 4 del Protocolo).

La novedad, lógica por otra parte, reside en la posibilidad de participación de estos dos países también en las nuevas iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen (artículo 5 del Protocolo, en todas sus versiones). Igualmente se permite a cada uno de estos países, o a ambos, notificar su intención de participar en la aplicación dichas iniciativas en un plazo razonable, pudiendo los restantes estados adoptarla en caso contrario. Sin embargo, aunque de manera notablemente oscura, compleja, farragosa y por momentos ilegible, los apartados 2, 3, 4 y del artículo 5 del nuevo Protocolo Schengen aportan la novedad de regular aquellos casos en que pudiera presumirse que exista esa notificación en virtud de una decisión del Consejo adoptada con arreglo al artículo 4 del Protocolo.

En términos menos oscuros, lo que se concede a Reino Unido e Irlanda es el privilegio de no participar en una iniciativa de desarrollo del acervo de Schengen que afecte a disposiciones de dicho acervo en cuya aplicación hayan sido autorizados a participar. A tal fin, se prevé que en tres meses puedan solicitar su no participación en la iniciativa de desarrollo de tales disposiciones. Esta solicitud paraliza el procedimiento de adopción de la iniciativa de desarrollo del acervo de Schengen de que se trate, e incoa otro para desactivar o modular la previa decisión del Consejo que haya permitido a uno y otro país, o a ambos, participar en la aplicación de disposiciones integrantes del acervo de Schengen.

Este procedimiento puede tener, a su vez, dos fases. Una inicial (apartado 3 del artículo 5 del Protocolo), en que corresponde al Consejo determinar la extensión de esa desactivación o modulación de su previa decisión autorizando la participación irlandesa, británica, o ambas, en la aplicación del acervo de Schengen, a propuesta de la Comisión y con arreglo a los criterios sentados en el precepto: tratar de mantener el mayor nivel de participación posible del Estado miembro (en el conjunto del acervo de Schengen, parece entenderse), evitar que se afecte gravemente al funcionamiento de las

diversas partes del acervo de Schengen, y velar por el respeto a la coherencia de éste. Tras la propuesta de la Comisión, que debe presentarse «lo antes posible», el Consejo dispone de cuatro meses, y de dos reuniones sucesivas en ese intervalo, para pronunciarse.

Si el Consejo no decide en ese plazo, el apartado 4 del precepto habilita a cualquier Estado miembro a solicitar «inmediatamente» la remisión del asunto al Consejo Europeo, que deberá decidir en su siguiente reunión por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, y conforme a los criterios anteriormente mencionados. Y si ni el Consejo ni el Consejo Europeo deciden, finalizará la suspensión del procedimiento de adopción de la pertinente iniciativa de desarrollo del acervo de Schengen.

Reanudado el procedimiento de elaboración de la iniciativa de desarrollo del acervo de Schengen, si antes de adoptarse finalmente ésta, Reino Unido, Irlanda, o ambos países, no retiran su previa notificación rechazando participar en ella, la Comisión determinará finalmente, siguiendo los mismos criterios previamente señalados (los previstos en el apartado 3), en qué medida dejará de aplicárseles la anterior decisión del Consejo por la que previamente se haya aceptado la participación de cada uno o los dos países en el acervo de Schengen.

A no dudar, esta nueva e intrincada regulación comporta importantes privilegios para Reino Unido e Irlanda, pues les permite entrar y salir a voluntad en la aplicación del acervo de Schengen, frente al permanente carácter obligatorio que esa aplicación tiene para los demás estados miembros. La finalidad perseguida, indudablemente, ha sido la de poner fin desde el Derecho originario a las previsiones que, en las Decisiones que adoptó el Consejo entre 2000 y 2002 permitiendo a ambos países participar en la ejecución de una parte del acervo de Schengen, les obligaban a participar también en las ulteriores iniciativas de desarrollo de esa misma parte de dicho acervo.⁸

⁸ Artículo 8.2 de la Decisión del Consejo 2000/365/CE, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen: «Desde la fecha de la adopción de la presente Decisión se considerará de manera irrevocable que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha notificado al Presidente del Consejo, de conformidad con el artículo 5 del Protocolo de Schengen, su deseo de participar en todas las propuestas e iniciativas basadas en el acervo de Schengen mencionado en el artículo 1 (...)». Una disposición de similar tenor (artículo 6.2) puede hallarse también en la posterior Decisión del Consejo 2002/192/CE, de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen, en relación con este país.

Se trata, con toda claridad, de uno de los peajes para el consenso en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 2007 autora del proyecto del Tratado de Lisboa. Pero con esta posición privilegiada de ambos países ante el acervo de Schengen plantea un problema que, por su (innecesaria) complejidad técnica, sólo puede dejarse aquí apuntado. Se cifra en qué debe entenderse por desarrollo del acervo de Schengen, pues dependiendo de ese entendimiento, serán aplicables a un proyecto normativo de la Unión las complejidades decisorias recién expuestas, o las algo menos intrincadas reglas decisorias generales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, tal cual se establecen en el título v de la tercera parte del TFUE, anteriormente analizado.

5.2 · Las derogaciones del régimen general: el estatuto británico e irlandés y el estatuto danés

Junto a las modulaciones que supone el Protocolo sobre el acervo de Schengen, el Tratado de Lisboa establece derogaciones de esas reglas generales para Reino Unido e Irlanda, de una parte, y Dinamarca de otra. Se trata de otro de los peajes que han debido pagarse para la obtención del consenso que requiere la reforma de los tratados de reforma de la Unión, y que en este caso supone conservar y ampliar los regímenes especiales que el Derecho originario les reconoce actualmente en estos ámbitos desde el Tratado de Ámsterdam.

Estos regímenes derogatorios tienen su precedente en los estatutos especiales concedidos a estos países desde el Tratado de Ámsterdam, excluyéndoles con carácter general del ámbito de aplicación de la parte actualmente comunitaria del espacio de libertad, seguridad y justicia (título iv del Tratado de Roma sobre controles en las fronteras interiores y exteriores de la Comunidad, visados, inmigración, asilo, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa), pero concediéndoles al tiempo un derecho de participación voluntaria y selectiva en la adopción o aplicación de las pertinentes normas derivadas comunitarias (*opt out* general más *opt in* particular).

Esta especial posición fue también, en su día, el precio del consenso para llevar a la Unión el tratamiento de estas cuestiones mediante el Tratado de Ámsterdam, estructurado en torno a la noción del espacio de libertad, seguridad y justicia.

5.2.1 · La exclusión general - inclusión opcional y selectiva británica e irlandesa

El Tratado de Lisboa amplía la exclusión general de que actualmente disfrutaban Reino Unido e Irlanda en relación con el título IV del Tratado de Roma (relativo a la supresión de controles en las fronteras interiores, al control de las exteriores, los visados, la inmigración, el asilo, la cooperación judicial en materia civil y la cooperación administrativa), y su derecho de participación voluntaria y selectiva en la adopción y aplicación de las pertinentes normas comunitarias derivadas.

Como se sabe, este régimen particular, introducido por el Tratado de Ámsterdam, fue la concesión a ambos países, tradicionalmente opuestos a la renuncia al control de sus fronteras, y contrarios a la aplicación de la metodología comunitaria en las materias a que se refiere dicho título. Desactivada de este modo la oposición de ambos países, el Tratado de Ámsterdam pudo llevar al ámbito de la Unión (y dentro de ella, en gran parte, al de la Comunidad Europea) las experiencias intergubernamentales previas emprendidas por los restantes estados miembros en relación con la supresión de controles fronterizos intracomunitarios y medidas compensatorias, la principal de las cuales fue el sistema Schengen.

En contraste con la Constitución europea, que mantenía en lo esencial el alcance de esta exclusión británica e irlandesa, el Tratado de Lisboa la extiende al conjunto del régimen general del espacio de libertad, seguridad y justicia (título V de la tercera parte del TFUE). Quedan también estos dos países, por tanto, excluidos de las disposiciones relativas a la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial y el acercamiento de legislaciones penales, en las que en la actualidad participan, pero según el régimen de cooperación intergubernamental no comunitaria que establece el título VI del TUE, en su redacción «Ámsterdam-Niza», todavía hoy vigente.

Junto con el expreso reconocimiento a ambos países en el Protocolo n.º 20 anejo al TFUE del derecho a mantener sus controles fronterizos, el núcleo del referido estatuto particular se establece en el Protocolo n.º 21 anejo al TFUE, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia. Los artículos 1, 2 y 5 de este Protocolo establecen la exclusión general de los dos estados miembros con respecto a la aplicación del título V de la tercera parte del TFUE referente al espacio de libertad, seguridad y justicia, y a las medidas de Derecho de-

rivado que adopte la Unión a su amparo, al tiempo que regulan los efectos financieros de esa exclusión.

El derecho de participación opcional y selectiva en todas o algunas de esas medidas se regula en los artículos 3, 4 y 4 bis del Protocolo. El primer precepto reconoce a los dos países el derecho de intervenir en la adopción (y posterior aplicación) de medidas basadas en el título v de la tercera parte del TFUE, mediante notificación al Consejo en un intervalo de tres meses desde la presentación de la correspondiente propuesta, aunque transcurrido un plazo razonable que el Protocolo no cuantifica, dejando su concreción, pues, a la decisión política del Consejo, éste podrá adoptar la medida sin la participación del Reino Unido, Irlanda, o ambos. Similares previsiones se contienen en la regulación actual, «versión Ámsterdam-Niza».

Por su parte, el artículo 4 del Protocolo regula un similar derecho de participación opcional y selectiva respecto a medidas previamente adoptadas por el Consejo sin la inicial participación británica o irlandesa, algo que también puede encontrarse en la normativa originaria de la Unión todavía hoy vigente. Pero, como novedad respecto a ella, se declara aplicable a estos casos la nueva norma general sobre el derecho a la posterior participación de estados en una cooperación reforzada de la que no sean «socios fundadores», el artículo 331 del TFUE. A su tenor, la Comisión decidirá si Reino Unido, Irlanda, o ambos, según los casos, cumplen los requisitos necesarios para su participación, o fijará cuáles son éstos si no los cumplen, con posible recurso final al Consejo en caso de negativa de la Comisión sobre la solicitud de participación de estos estados miembros.

Por último, y también se trata de una novedad, el artículo 4 bis del Protocolo concede a Reino Unido e Irlanda el derecho a continuar participando o no en las medidas propuestas o adoptadas de conformidad con el título v de la tercera parte del TFUE que modifiquen una medida preexistente aceptada en su día por ambos países. Como contrapartida, puede el Consejo determinar por mayoría cualificada de los estados participantes en la iniciativa de modificación de la medida, a propuesta de la Comisión, que la falta de participación de británicos, irlandeses, o ambos, hace inviable la medida reformada para otros estados miembros o para la Unión, y conceder dos meses a uno o ambos países para notificar que participarán en la adopción de la medida de reforma.

Si no lo hacen, la medida existente dejará de serles aplicable por entero (esto es, también en la parte eventualmente no reformada). En tal caso, quedarán obligados a soportar las consecuencias financieras directas de la ter-

minación de su participación si así lo decide el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión. En todo caso, y a tenor del último apartado del artículo 4 bis del Protocolo, Reino Unido e Irlanda pueden replantearse su negativa, y ejercer su derecho general a participar en una medida preexistente en cuya adopción no hayan participado, en los términos anteriormente expuestos.

Teniendo en cuenta la reticencia de estos dos países a la aplicación de los métodos comunitarios en estos ámbitos, sorprende que, en la frustrada Constitución europea, Reino Unido e Irlanda sólo mantuvieran su *opt-out* general más *opt-in* selectivo sobre las materias a que afecta el todavía hoy vigente título IV del Tratado de Roma (control de las fronteras exteriores, supresión de controles en las interiores, visados, asilo e inmigración, esencialmente) y que aceptaran, en cambio, los métodos comunitarios en las materias todavía hoy propias del tercer pilar de la Unión (cooperación judicial en materia penal, cooperación policial y acercamiento de legislaciones penales), y por ello no sometidas a esos métodos.

En cambio, la mayor extensión de la exclusión británica e irlandesa (de las materias propias de los actuales títulos IV del TCE y VI del TUE, conjuntamente), según las nuevas previsiones proyectadas en el TFUE y sus pertinentes Protocolos, resulta coherente con esa reticencia de británicos e irlandeses, y representa, ciertamente, una nueva concesión a estos países en beneficio del consenso en la Conferencia Intergubernamental de 2007 para que pudiera redactarse finalmente el proyecto del Tratado de Lisboa, sometido al trámite de ratificación nacional en el momento de elaborarse el presente trabajo.

5.2.2 · *El multiestatuto danés*

Hasta tres son los regímenes que se reconocen, en el Protocolo n.º 22 anejo al TFUE, sobre la posición de Dinamarca, a este país: uno inicial más dos opcionales, dependientes de la decisión discrecional y unilateral danesa de pasar del primero a uno de los otros dos. El estatuto inicial, regulado en la Parte I del Protocolo, supone la general exclusión de Dinamarca (*opt-out* danés) con respecto a la aplicación del título V de la tercera parte del TFUE, y de la adopción y aplicación de todas las medidas de Derecho derivado basadas en él. Esto es, configura una exclusión global con respecto a todas las disposiciones originarias y derivadas de la Unión relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia.

La única excepción viene dada por las disposiciones integrantes del acervo de Schengen, en cuya aplicación participa Dinamarca a título de cooperación reforzada dentro del marco institucional y jurídico de la Unión, y respetando las disposiciones pertinentes de los tratados (artículo 1 del Protocolo n.º 19, sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea). Dado que, a pesar de su compleja oscuridad, el actual Protocolo sobre el acervo de Schengen, en su «versión Ámsterdam-Niza», determina que el acervo de Schengen generado fuera de la Unión y posteriormente integrado en ella tiene para Dinamarca la naturaleza de actos basados en el título VI del Tratado de la Unión Europea,⁹ ésa seguirá siendo su naturaleza y *status* con la vigencia del Tratado de Lisboa.

Así se desprende de la última frase del artículo 2 del Protocolo n.º 22 sobre la Posición de Dinamarca que el Tratado de Lisboa anexa al TFUE, a cuyo tenor los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (esto es, basados en el título VI del TUE «versión Ámsterdam-Niza»), adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que sean modificados seguirán siendo vinculantes y aplicables a Dinamarca sin cambios. En cuanto a los que sean modificados, junto con los que se adopten *ex novo*, entran dentro del concepto de iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen, que poseen un régimen distinto, establecido en el artículo 4 del referido Protocolo sobre Dinamarca.

Este precepto extiende a todas las materias relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia la actual peculiaridad contenida al respecto en

⁹ Artículo 2, apartado 1, párrafos 2 y 4, en relación con el artículo 3, párrafos 1 y 2, todos ellos del referido Protocolo. Conforme al artículo 2.1.2, el Consejo había de determinar las bases jurídicas de las disposiciones o decisiones integrantes del acervo de Schengen conforme a las disposiciones pertinentes de los tratados (esto es, situarla en cada caso, *ratione materiae*, en los preceptos pertinentes del título IV del TCE, o del título VI del TUE). Hasta esa determinación, y desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam, los elementos integrantes del acervo tuvieron la condición jurídica de actos del tercer pilar intergubernamental basados en el título VI del TUE, conforme al artículo 2.1.4 del Protocolo sobre la integración del acervo de Schengen en la Unión Europea. Dado que, a tenor del artículo 3.1 de dicho Protocolo, Dinamarca mantendría, con respecto a aquellas partes del acervo de Schengen cuya base jurídica quedara determinada en el título IV del TCE, los mismos derechos y obligaciones respecto a los demás signatarios de los acuerdos de Schengen que tuviera antes de la referida determinación de bases (producida en 1999), su régimen jurídico para Dinamarca siguió siendo el propio del título VI del TUE, regulador del tercer pilar de la Unión. Régimen que también alcanzó al resto del acervo de Schengen que fue basado por el Consejo en ese mismo título VI del TUE, conforme al artículo 3.2 del mencionado Protocolo.

su antecesor, el Protocolo sobre la posición de Dinamarca redactado por el Tratado de Ámsterdam, con respecto a las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen. Esto es, extiende el *opting-in* danés a todas las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen que se basen en el título v de la tercera parte del TFUE en su conjunto, el cual refunde bajo metodología comunitaria lo ya previamente «comunitarizado» por el Tratado de Ámsterdam (el título IV del TCE), junto con las materias que este mismo Tratado dejó bajo la responsabilidad del tercer pilar intergubernamental de la Unión, regulado en el título VI del TUE.

En efecto, el artículo 5 del Protocolo danés «versión Ámsterdam-Niza», aún en vigor al elaborarse el presente trabajo, permite a Dinamarca decidir discrecionalmente si adopta las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen que se basen en el título IV del TCE, pero como obligación de Derecho internacional, y no como Derecho comunitario derivado. En cambio, el artículo 4 del nuevo Protocolo danés, redactado por el Tratado de Lisboa, extiende ahora esta facultad danesa a toda medida de desarrollo del acervo de Schengen basada en el título v de la tercera parte del TFUE. Esto es, también a las materias que antes del Tratado de Lisboa se sometían (se someten todavía hoy, de hecho) al título VI del TUE, según un régimen de cooperación intergubernamental no comunitario en el que sí participaba Dinamarca, además de las que, aún hoy, se rigen por el título IV del TCE.

Junto a este estatuto inicial, con *opt-out* general respecto del título v del TFUE y de las normas derivadas basadas en él, combinado con un *opt-in* particular para las medidas de desarrollo del acervo de Schengen, el nuevo Protocolo danés redactado por el Tratado de Lisboa permite dos posibles alternativas de cambio del estatuto de Dinamarca respecto al citado título. La decisión corresponde discrecional y unilateralmente a este país, quien habrá de adoptarla de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales, en un singular y privilegiado caso de revisión de los tratados para un único Estado miembro.

La opción extrema abierta a Dinamarca consiste en el abandono de toda peculiaridad con respecto al título v de la tercera parte del TFUE, para pasar a integrarse en el régimen general aplicable a los demás estados miembros (excepción hecha de Reino Unido e Irlanda, obviamente), tal y como prevé el artículo 7 del Protocolo danés. En cambio, la opción intermedia consiste en activar la redacción alternativa a la Parte I del Protocolo (precisamente, la relativa al régimen de aplicación del título v de la tercera parte del TFUE

a Dinamarca), redacción alternativa que se contiene en el Anexo al propio Protocolo.

Esa redacción alternativa concede a dicho Estado miembro un estatuto similar al británico e irlandés. Esto es, un *opting-out* general, con posible *opting-in* discrecional y selectivo, no sólo en las iniciativas de desarrollo del acervo de Schengen, sino también en las propuestas de medidas «no Schengen» que se basen en el título v de la tercera parte del TFUE.

6 · Las cláusulas transitorias del Tratado de Lisboa: la diferida, gradual e incompleta desaparición del tercer pilar intergubernamental de la Unión

Se cierra la compleja reforma del sistema normativo del espacio de libertad, seguridad y justicia con una novedosa regulación transitoria sobre la condición jurídica en que quedarán las medidas y normas adoptadas por el tercer pilar de la Unión bajo la regulación antecedente (esto es, de conformidad con el título vi del TUE «versión Ámsterdam-Niza»), una vez que entre en vigor el Tratado de Lisboa. No fueron precisas estas previsiones en la anterior reforma de la Unión, pues el Tratado de Niza mantuvo en lo esencial el mecanismo diseñado previamente en el Tratado de Ámsterdam, y en particular, no «comunitarizó» materia alguna propia del tercer pilar de la Unión.

En cambio, aunque el Tratado de Lisboa hereda prácticamente toda la regulación que de estos temas hacía la frustrada Constitución Europea, la cual, aunque «comunitarizaba» el tercer pilar en su conjunto, como hace ahora el propio Tratado de Lisboa, carecía, en cambio, de previsiones transitorias acerca de la situación jurídica del acervo normativo generado sobre la base del título vi del TUE «versión Ámsterdam-Niza».

Subsanando esta importante omisión del naufragado proyecto constitucional, el título vii del nuevo Protocolo n.º 36 anejo al TFUE establece disposiciones transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los títulos v y vi del TUE antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Como regla general, el artículo 10 mantiene los efectos jurídicos de los actos y Convenios entre los estados miembros adoptados en virtud del TUE (por tanto, los adoptados por el tercer pilar, además de los propios de la PESC) antes de la vigencia del Tratado de Lisboa, mientras no sean derogados, anulados o modificados en virtud de la nueva regulación del TUE y el TFUE.

Durante cinco años desde la vigencia del Tratado de Lisboa (apartados 1 y 3 del artículo 10 del referido Protocolo), y respecto a tales actos, la Comisión no dispondrá de su competencia general de vigilancia del cumplimiento de los tratados prevista en el artículo 258 del TFUE. Por su parte, y a tenor del mismo precepto, el Tribunal de Justicia seguirá ejerciendo sobre ellos las atribuciones previstas en el actual artículo 35 del TUE (en su «versión Ámsterdam-Niza», previa al Tratado de Lisboa), que, como se sabe, establece un régimen peculiar de control jurisdiccional sobre los actos del tercer pilar intergubernamental de la Unión distinto al generalmente aplicable en el ámbito comunitario, y menos intenso que éste.

No obstante, como excepción, a los actos del anterior tercer pilar que sí sean modificados a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se les aplicarán las atribuciones de las instituciones tal y como se regulan en las nuevas disposiciones del TUE y del TFUE (apartado 2 del citado Protocolo). Y finalmente, se concede al Reino Unido en solitario, un nuevo derecho especial, un nuevo *opting-out*, consistente en desvincularse de las nuevas atribuciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia sobre los actos adoptados por el tercer pilar y no modificados con arreglo a las nuevas normas de los tratados, que puede ejercer hasta seis meses antes de concluir los cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Y a esta facultad acompaña otro derecho de *opting-in* voluntario y selectivo que permite al Reino Unido participar en actos que hayan dejado de aplicársele en virtud de la opción anterior.

7 · El resultado global: una progresiva «comunitarización» general del tercer pilar intergubernamental

Quizás lo primero que quepa plantearse a la vista de estas proyectadas disposiciones es si el Tratado de Lisboa produce un cambio global hacia técnicas supranacionales o comunitarias en aquellas partes del espacio de libertad, seguridad y justicia hoy sujetas al título VI del Tratado de la Unión Europea. La refundición de los tratados de la Unión y la Comunidad, y en particular, en este caso, del título IV del segundo y del título VI del primero en un único título del TFUE, el V de la tercera parte, supone la desaparición formal del tercer pilar de la Unión (aunque dejando algunos vestigios procedimentales, ya examinados, dentro de los mecanismos decisorios), y la sujeción a la metodología comunitaria de todos los ámbitos materiales del espacio de libertad, seguridad y justicia.

A esta conclusión apunta una de las principales consecuencias de la reforma, la eliminación de los actuales recursos y procedimientos específicos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre normas y medidas del tercer pilar (artículo 35 del Tratado de Maastricht), y su sometimiento al régimen procesal general, transcrito del vigente Tratado de Roma. No obstante, subsisten huellas del antiguo reparto de la materia entre el pilar comunitario y el intergubernamental sobre justicia e interior en el artículo 276 TFUE, donde, respecto a ámbitos que hoy son cometido de este último (la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial), se excluye el control del Tribunal de Justicia sobre la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, o sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a éstos respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.

En definitiva, el criterio a que responde el Tratado de Lisboa, como hacía su nonata antecesora, la Constitución europea, es el de proporcionar un tratamiento unificado y comunitario a todas las cuestiones directamente ligadas a la construcción y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Aunque con particularidades que suponen una mayor presencia nacional: así, por citar los más relevantes, la asociación de los Parlamentos estatales al control y evaluación de Europol y Eurojust, o el derecho de iniciativa compartido entre la Comisión y un cuarto de los estados miembros

El precio de esta «comunitarización» de todos los elementos integrantes del espacio de libertad, seguridad y justicia es, sin duda, la previsión de dos estatutos particulares para tres estados miembros, de general exclusión en todos los casos, y de un derecho de participación opcional y selectiva en dos de ellos. Aunque ello supone, indudablemente, la ruptura de la uniformidad en el Derecho comunitario derivado aplicable en estos importantes ámbitos de acción de la Unión, debe relativizarse la relevancia de tal circunstancia. No sólo por el dato cuantitativo del carácter minoritario de estos estatutos particulares, sino porque el expediente de las derogaciones y exclusiones singulares de algunos estados miembros no es nuevo, y tiene importantes precedentes en otros ámbitos de acción de la Unión, como es, por ejemplo, el caso de la Unión monetaria y el euro.

De otra parte, esta situación no es nueva. No la crea el Tratado de Lisboa, sino que ha sido una constante desde la incorporación de británicos, irlandeses y daneses a las Comunidades Europeas. La aparición del sistema

Schengen fuera, inicialmente, del marco comunitario, es elocuente en este sentido. La introducción de mecanismos de integración diferenciada ha sido el precio del consenso entre los estados miembros para poder llevar, primero a la Unión (Tratado de Ámsterdam), y finalmente a la metodología comunitaria de forma plena (Tratado de Lisboa), todo lo relativo a la supresión de controles fronterizos intracomunitarios y la adopción de las medidas compensatorias en relevantes sectores, como son la vigilancia de las fronteras exteriores, las cuestiones inmigratorias y el asilo, la cooperación judicial o la cooperación policial.

Sin duda, la traslación de estas cuestiones desde el opaco contexto de la cooperación intergubernamental paracomunitaria al marco de la Unión Europea, cosa que en su día possibilitó el Tratado de Ámsterdam, supuso un importante avance desde la perspectiva del control parlamentario y jurisdiccional en estas materias, con fuertes implicaciones sobre los derechos fundamentales de la persona. Con el interludio del Tratado de Niza, que básicamente amplió los supuestos de mayoría cualificada y codecisión en las materias previamente «comunitarizadas» del espacio de libertad, seguridad y justicia por el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa, recogiendo en lo esencial las disposiciones que proyectó la fracasada Constitución Europea, profundiza en esa misma lógica de extensión de la mayoría cualificada y la codecisión (ahora bajo la denominación de «procedimiento legislativo ordinario») dentro de lo que ya era competencia comunitaria.

Pero, junto a ello, y sobre todo, «comunitariza» el antiguo tercer pilar intergubernamental de la Unión Europea, ampliando las competencias de la nueva Unión personificada que sucede a la Comunidad Europea sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia hacia los mecanismos de cooperación policial y de cooperación judicial en materia penal entre los estados miembros, y hacia la adopción de medidas que supongan la aproximación de las legislaciones penales de éstos en ámbitos relacionados con ese mismo espacio, materias éstas que antes retenían los estados miembros, aunque cooperando, pero sin cesión de soberanía (o de su ejercicio), dentro del tercer pilar de la Unión.

La nueva regulación de estas cuestiones en el Tratado de Lisboa ofrece un enfoque más coherente que en el Derecho originario precedente. Frente a las innecesarias y complejas dificultades técnicas que plantea la distribución de las funciones para la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia entre el primer pilar (comunitario) y el tercer pilar (intergubernamental) de la Unión, las reformas proyectadas por el Tratado de Lisboa uni-

ficar el tratamiento y el régimen jurídico, con las modulaciones ya examinadas (sobre todo en relación con las materias «comunitarizadas» en esta ocasión), del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Hay, pues, en esta reforma nuevas cesiones de competencias de los estados miembros sin estatuto especial (veinticuatro de los veintisiete miembros) a la Unión personificada, como consecuencia de la citada «comunitarización» (y consiguiente desaparición) del tercer pilar intergubernamental de la Unión Europea. Y también se profundiza en la lógica supranacional de las competencias cedidas en anteriores reformas de la Unión (Tratados de Ámsterdam y Niza), al prescribir el paso al procedimiento legislativo ordinario (mayoría cualificada en el Consejo, codecisión entre éste y el Parlamento Europeo) en varios casos.

LA ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

ENRIQUETA EXPÓSITO GÓMEZ

*Profesora titular de Derecho Constitucional,
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. La protección de los consumidores en la Unión Europea: Una perspectiva evolutiva. 1.1. La puesta en marcha de la acción comunitaria a favor de los consumidores. 1.1.1. Las escasas e insuficientes referencias al consumidor en las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. 1.1.2. La «sensibilización» de las instancias comunitarias por los consumidores: la Conferencia de París de 1972 y el *Programa Preliminar* de 1975. 1.1.3. La cuestión competencial. 1.1.4. Las previsiones del Acta Única Europea. 1.2. La concepción de la protección de los consumidores como una de las políticas comunitarias y su expresa previsión en los tratados constitutivos. 1.2.1. La reforma del TCEE por el TUE: el nuevo artículo 129. A TCE. 1.2.2. El refuerzo de la política de protección de los consumidores: el Tratado de Ámsterdam. 1.2.3. Las limitadas aportaciones del Tratado de Niza. 1.2.4. Las previsiones del Tratado de Lisboa. 1.2.5. *Addenda*. Una ocasión perdida: los consumidores y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2. La defensa de los consumidores en el ordenamiento constitucional interno: un análisis a la luz del derecho comunitario. 2.1. Su consagración en la Constitución: el artículo 51 CE. 2.2. La protección de los consumidores en el Estado autonómico. 2.2.1. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: dificultades y reglas de articulación. 2.2.2. La aportación de los «nuevos» Estatutos de Autonomía. 2.2.3. La actuación normativa de las competencias y el impacto del derecho comunitario. 3. Consideraciones finales.

«Nosotros somos todos, por definición, consumidores». Con esta frase iniciaba, en marzo de 1962, el entonces presidente de los Estados Unidos,

J. F. Kennedy, su discurso al Congreso norteamericano.¹ En él se ponía un especial énfasis en que los consumidores, a pesar de constituir el grupo económico más importante, son la colectividad peor organizada, lo que provoca que sus intereses generalmente no sean tenidos en cuenta.

Desde esa fecha hasta la actualidad, la protección del consumidor ha tenido una importante evolución que hace que se matice, en gran manera, la situación de desamparo en la que tradicionalmente se han situado los derechos de este colectivo. Pero lo que sí permanece vigente es la idea de que todos somos consumidores —reales o potenciales—, hasta el punto de haber convertido esta intervención a favor del consumidor en la defensa de los derechos e intereses del ciudadano en un ámbito muy específico: el contexto económico que diseña el mercado.

En el presente trabajo se examina, desde una óptica estrictamente constitucional, la protección de los consumidores en el ordenamiento español. Pero en la medida que España participa en el proceso de integración europea, este estudio no puede prescindir de la perspectiva que ofrece el derecho comunitario en este concreto ámbito. Derecho que, por las propias especialidades de esta organización, se incorpora a los ordenamientos internos impregnando la legislación y condicionando la actuación de los poderes públicos estatales.

Desde esta premisa, el análisis que se presenta ha pretendido abordar el siguiente interrogante: ¿cuál es el impacto de la normativa comunitaria en materia de defensa de los consumidores en el ordenamiento interno? La respuesta a esta cuestión se centrará específicamente en algunas de las consecuencias de esta incidencia en el ámbito autonómico, tema que constituye el objeto de discusión del presente seminario.

A tal fin, comenzaré por esbozar, a grandes líneas, el *iter* evolutivo de la acción comunitaria en este ámbito. Una vez descrito este marco europeo me centraré en analizar la defensa de los consumidores en el ordenamiento interno desde dos perspectivas. La primera la constituye la consagración constitucional de la protección de este colectivo en el artículo 51 CE. En la segunda abordo la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en esta materia, deteniéndome en su desarrollo legislativo, en especial, por parte del legislador autonómico para comprobar hasta qué punto ha incidido, en esta actuación, el acervo

¹ El conocido *Special message to the Congress on protecting consumers interest*.

comunitario. Concluyo el trabajo con una serie de consideraciones finales que, retomando algunos de los puntos analizados, expondrán lo que, a mi juicio, constituyen los aspectos más significativos de la respuesta al interrogante planteado como hipótesis del trabajo.

1 · La protección de los consumidores en la Unión Europea: una perspectiva evolutiva

1.1 · La puesta en marcha de la acción comunitaria a favor de los consumidores

La protección de los consumidores constituye uno de los ámbitos en los que se ha ido imponiendo la acción comunitaria a pesar de la ausencia de referencias a esta política en los tratados constitutivos. A diferencia de otros sectores, además, esta intervención responde a una imperiosa necesidad de colmar una laguna de los tratados originarios para hacer posible una intervención en un ámbito tan esencial no ya para el buen funcionamiento del mercado interior, sino sobre todo para su propia viabilidad. En efecto, si tenemos presente que las tres comunidades creadas en los años cincuenta constituyen organizaciones de carácter exclusivamente económico cuyo principal objetivo es conseguir la integración de los mercados nacionales para crear un único mercado común, no se entiende la ausencia de una política que tenga presente y ampare los intereses de uno de los agentes de ese mercado: el consumidor. No es hasta la promulgación del Tratado de la Unión Europea, en 1992, cuando se acoge en la Parte relativa a las «Políticas de la Comunidad» un título específico dedicado a la protección de los consumidores.

El «olvido» de los tratados fundacionales no constituirá, sin embargo, un obstáculo para que la propia Comunidad, tempranamente, emprendiera acciones en este específico sector para paliar lo que constituía, a la luz de los fines de integración económica, una de las carencias más relevantes de los tratados. Sin embargo, esta intervención, al no estar contemplada en los tratados, requería de una justificación específica. Y, de esta manera, la CEE tuvo que afrontar una doble dificultad. En primer lugar, identificar qué tipo de competencia podía actuar en un sector, que como el que analizamos, no tenía previsión en los tratados. Pero también, una vez identificada la competencia, determinar su alcance, esto es, qué tipo de acciones permite eje-

cutar y a que ámbito material de la protección de los consumidores puede referirse esta intervención.

1.1.1 · Las escasas e insuficientes referencias al consumidor en las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

En el texto del TCEE las referencias expresas al consumidor son escasas y aisladas, y suelen hallarse en preceptos relativos a la política agrícola y de competencia,² por ser las prácticas que se generan en el funcionamiento de estos sectores las que más directamente pueden repercutir en perjuicio del consumidor. Ahora bien, no se puede entender que éstas sean suficientes por sí mismas para justificar y proporcionar una cobertura jurídica sólida a las instituciones comunitarias que les permitan, más allá de los sectores referidos, actuar una política de protección de alcance más general. Y tampoco puede afirmarse que en los mismos aparezca, aún de forma implícita, la necesidad de su formulación: la mayoría de ellos están dirigidos a regular un ámbito muy diferente en el que, si bien pueden concurrir los derechos e intereses de los consumidores, éstos, en ningún caso, constituyen el objeto principal de estas normas.

1.1.2 · La «sensibilización» de las instancias comunitarias por los consumidores: la Conferencia de París de 1972 y el Programa Preliminar de 1975

Los orígenes de la política comunitaria en defensa de los consumidores suele situarse en 1972. En octubre de ese año se celebra, en París, una Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros en la que,

2 Así, el artículo 39.1 TCEE cita entre los objetivos de la política agrícola común: «e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables». El artículo 40 TCEE, concretamente en relación con los mercados agrícolas, prescribe una prohibición de «discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad». El artículo 86.c) alude a los consumidores cuando califica como práctica abusiva incompatible con el mercado común «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores». Por último, en esta misma sede, el artículo 92.2.a) alude a los «consumidores individuales» como destinatarios de ayudas estatales de carácter social.

por primera vez, se manifiesta de forma expresa y conjunta por parte de los Estados, la necesidad de poner en práctica una política de protección de los consumidores. Y, precisamente, una de las conclusiones de la Conferencia fue la «invitación» que se realizaba a las instituciones comunitarias para que antes de 1974 adoptaran, «previa consulta de los agentes sociales», un programa de acción el cual debería acoger las propuestas formuladas en la Conferencia.

Este llamamiento fue «contestado» por la Comisión sometiendo a la consideración del Consejo el *Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*, y que el propio Consejo aprobó mediante Resolución de 14 de abril de 1975.

Este *Programa Preliminar* es adoptado con el firme propósito de poner en marcha una política de protección del consumidor. Constituye, por tanto, un plan de acción tendente a garantizar la protección de los consumidores en la Comunidad mediante la tutela de los derechos e intereses de los consumidores en diversos sectores de acción comunitaria y la concreción de los objetivos y principios generales, así como las actividades prioritarias que habían de garantizar la efectividad de cada uno de estos derechos.

Si bien exenta de normatividad, esta resolución acoge la primera declaración de derechos de los consumidores en la CEE. Bajo la genérica categoría de «intereses del consumidor», se proclaman una serie de derechos susceptibles de ser agrupados en cinco categorías: salud y seguridad, protección de los intereses económicos, asesoramiento, asistencia y reparación de daños, educación e información y la representación y consulta. Todos ellos, además, se califican como «derechos fundamentales». Sin embargo, algunas previsiones del Programa apuntan, si no a jerarquizar los derechos, sí a determinar los que asumen la configuración de derechos sustantivos (salud, seguridad e intereses económicos), diferenciándolos de aquellos otros que, pudiendo ser calificados de instrumentales, sirven para la plena realización de los primeros (información, educación, representación y consulta y reparación).

A pesar de constituir un hito en la CEE, el elenco de derechos que se acogen en este *Programa Preliminar* no puede calificarse como una operación «completamente original»,³ si tenemos en cuenta la existencia de las

3 Concretamente ISAAC, G., «La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor», *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, 1979, p. 820.

acciones que, en el ámbito regional europeo, ya habían sido adoptadas por otros organismos como la OCDE⁴ y, muy especialmente, el Consejo de Europa. Concretamente, el Comité para la política de los consumidores de la OCDE (creado en 1969) emite, desde 1972, informes sobre «la política de los consumidores en los países miembros» que, si bien se centran en el examen de las medidas legislativas existentes en todos los Estados miembros, su importancia radica en que se enumeran los cinco objetivos de acción básica en favor de los consumidores: protección contra los daños que amenazan la seguridad y la salud; protección contra las prácticas engañosas; derechos e instrumentos de reparación adecuados; información y educación y la participación de los representantes de los consumidores en la elaboración de las disposiciones y políticas económicas que les interesen. Estos documentos constituirán uno de los instrumentos de trabajo para la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que adopta la *Carta Europea de protección del consumidor* (resolución n.º 543, de 17 de mayo de 1973)⁵ —de directa influencia en la redacción del *Programa Preliminar* comunitario.

Más allá de presentarse como una Carta de derechos, si nos centramos en el interior de la CEE, el *Programa Preliminar* establece el deber de tenerlos en cuenta en cualquier actuación comunitaria. Se revela, desde este momento, una de las principales características que va a definir la política comunitaria a favor de este colectivo: su transversalidad.⁶ Pero también, y no menos significativo, es que se explicita un deber de armonizar, señalándose la directiva como el instrumento jurídico idóneo para llevar a la práctica las acciones en este ámbito.

Y finalmente, por lo que respecta a los Estados miembros, este *Programa Preliminar* genera un efecto reflejo: en virtud del artículo 5 TCEE,

4 Ver RINGSTEDT, N., «OECD and consumer policy», *Journal of Consumer Policy*, n.º 4, vol. 13, 1990, pp. 467-475.

5 ISAAC, G., «La acción de la Comunidad Europea...» ob. cit., pp. 820-821.

6 El Programa partía del convencimiento de que «teniendo en cuenta las misiones confiadas a las Comunidades, resulta claro que el conjunto de las acciones llevadas a cabo tiene repercusiones sobre los consumidores» (punto 14, parte II: «Objetivos de la política comunitaria con respecto a los consumidores»), y por ello entre los objetivos a conseguir con la actuación de esta política, se encontraba preferentemente el de «tomar ampliamente en consideración los intereses de los consumidores en los diversos sectores de las actividades comunitarias y satisfacer sus necesidades colectivas e individuales [...] Con relación a otras políticas comunes, se trata de una orientación general encaminada a mejorar la situación del consumidor cualquiera que sea el sector de la producción, de la distribución o de las prestaciones de servicio de que se trate».

éstos se comprometían a adoptar medidas que aseguraran el cumplimiento además de las obligaciones dimanantes del TCEE, también de las «resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad». Así, a la espera de que la propia Comunidad dictara las medidas armonizadoras oportunas, las orientaciones establecidas en el Programa, concretando los fines y estableciendo los medios para conseguirlos, trazaba el diseño de las líneas de actuación y límites *pro futuro* de cualquier medida que los Estados llevaran a cabo a favor de este colectivo.

Las previsiones de actuación acogidas en el *Programa Preliminar* de 1975, lejos de quedar anquilosadas, fueron completadas con la adopción del *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*, Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981.

En el texto de este documento se alude al Programa de 1975 como identificador de «una primera etapa» y se presenta como el sucesor de sus orientaciones. Este elemento de continuidad se constata en varios aspectos. Por una parte, se sigue considerando la protección de los consumidores como un instrumento para la consecución del mercado. Y, por la otra, vuelve a reiterarse la necesidad de realizar una política comunitaria específica y, a la vez, transversal al resto de políticas.

Pero, más allá de estos aspectos continuistas, el *Segundo Programa* introduce algunas significativas novedades. Entre ellas se destaca la adopción de un modelo de intervención de tipo participativo y voluntario. En efecto, el documento de 1981 asume como finalidad la mejora del diálogo entre los distintos agentes económicos —consumidores, productores y distribuidores. Esta nueva orientación obedece a la necesidad de cambiar la percepción de una «política de los consumidores, que se ha presentado sobre todo, bajo un aspecto defensivo» hacia una perspectiva «más positiva y abierta al diálogo, con objeto de crear condiciones necesarias para que el consumidor participe en la elaboración y aplicación de las grandes decisiones económicas que le afectan en primer lugar, en calidad de comprador o usuario y que determinan en gran medida sus condiciones de vida a título individual o colectivo». A tal fin se determina «que los dirigentes políticos y económicos procuren tomar en consideración [...] el punto de vista de los consumidores en la elaboración y aplicación de las decisiones que puedan afectar al interés de estos últimos». Y en esta potenciación de la participación del consumidor, sus asociaciones más representativas van a tener un papel protagonista.

1.1.3 · La cuestión competencial

Un diseño exacto de lo que podía o no realizarse implica tener muy presentes las diferencias entre la acción comunitaria y las acciones de los Estados miembros: la Comunidad Europea no es un Estado nacional. Por tanto, no dispone de una competencia general e ilimitada, sino que debe actuar en el cuadro de atribuciones que le ha sido atribuido por los tratados fundacionales. Y, como es sabido, estos tratados —hasta el más reciente Tratado de Lisboa (2007)— no contenían expresamente un listado de distribución de competencias similar a los que eran utilizados en los Estados compuestos, que permita identificar claramente el ámbito de actuación de las instituciones europeas frente al de los Estados miembros.⁷ El Tratado CEE únicamente describía una serie de objetivos a alcanzar (artículo 2 TCEE), habilitando a la Comunidad para adoptar medidas concretas orientadas a su consecución (art. 3 TCEE). A lo anterior se añade el hecho de que estas funciones y objetivos eran susceptibles de ser interpretados de forma evolutiva. Ésta, además de ser una exigencia implícita en todo proceso de integración que, como el europeo, se presentaba con un fuerte dinamismo, ya estaba prevista en las disposiciones del propio TCEE. En su articulado se contemplaban procedimientos que podían ampliar el campo de actuación de la Comunidad, cuando ello fuera necesario, sin tener que acudir al gravoso mecanismo de reforma del Tratado. Se hace referencia, especialmente, a la cláusula contenida en el

7 A pesar de que esta distribución no ha llegado a formalizarse en el texto de los tratados, no puede desconocerse la existencia de proyectos que sí proponían introducir este sistema en el ámbito de la UE. Uno de los más significativos fue el Proyecto de Tratado Constitutivo de la Unión Europea que presentó, en el año 1984, el Parlamento Europeo (JOCE C 77, de 19 de marzo de 1984) —más conocido como «proyecto Spinelli». El artículo 12 de este documento plasmaba esas aspiraciones reconociendo un doble orden de competencias: las exclusivas y las concurrentes. En relación con las primeras, «las instituciones de la Unión serán las únicas competentes para actuar», los Estados miembros sólo podrán intervenir cuando así lo autorizara la norma comunitaria o mientras tanto la Unión no hubiera actuado legislativamente. Las concurrentes eran definidas como aquellas en las que «la Unión sólo intervendrá para realizar funciones que puedan ser emprendidas en común de una manera más eficaz que por los Estados miembros separadamente, en particular aquellas cuya realización exija la acción de la Unión dado que su dimensión y sus efectos superan las fronteras nacionales». En estos supuestos, «la acción de los Estados miembros se ejercerá allí donde no haya intervenido la Unión» (Texto en castellano consultado en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 11, n.º 1, 1984, pp. 349-377). Este espíritu fue también acogido en el malogrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004) que dedicaba el Título III de la Parte I a regular las competencias de la Unión (arts. I-11 a I-18).

artículo 235 TCEE (art. 352 en la nueva numeración del TFUE), por la que se permitía extender la competencia funcional de las instituciones en los supuestos en los que fuera necesaria la acción comunitaria a fin de perseguir la realización de uno de los objetivos de la Comunidad. Todas las anteriores disposiciones fueron utilizadas para justificar la acción comunitaria en este ámbito. Una vez se recondujo la protección de los consumidores a uno de los objetivos previstos en el artículo 2 TCEE, la base jurídica que se utilizó, para dar cobertura normativa a esta actuación fue la que contemplaba el citado artículo 235 TCEE,⁸ además de utilizar la armonización de legislaciones a través de la directiva (art. 100 TCEE). El recurso a la armonización, además, era del todo coherente habida cuenta que esta armonización actúa, sobre todo, en ámbitos materiales que, hasta ese momento, eran de competencia de los Estados miembros no afectados por la cesión.

Pero fijémonos que estas dos últimas disposiciones exigen que la intervención de las instancias comunitarias sea necesaria bien para lograr algunos objetivos de la Comunidad, en el funcionamiento del mercado común (art. 235 TCEE), bien para aproximar las disposiciones de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común (art. 100 TCEE).

La cuestión que, a la vista de estas dos últimas previsiones, se suscita es si esta intervención era o no necesaria desde la perspectiva de la integración económica. Y ciertamente, la respuesta no puede ser más que positiva si tenemos presentes dos exigencias: la que plantea la lógica interna del mercado y la que se requiere para su funcionamiento entre los diversos Estados. Éstas, además, han sido las razones por las que la acción comunitaria a favor de los consumidores fuera inicialmente concebida como una especie de política correctora del desarrollo económico, a la vez que un instrumento de organización de ese mismo mercado. Concepción que, a su vez, convertirá esta actuación en una «política» subsidiaria y fuertemente subordinada al mercado interior:⁹ una acción instrumental a la consecución de la libre circulación de mercancías, de tal manera que todo aquello que no pudiera ser reconducido a esta finalidad se entendía de competencia de los Estados miembros.

8 Cláusula que ya se mencionaba en la citada Cumbre de París de 1972 y, posteriormente, en los programas *Preliminar* y *Segundo* de los años 1975 y 1981, respectivamente.

9 Un «subproducto» de las demás políticas comunitarias; BOURGOIGNIE, T., *Elementos para una teoría de derecho del consumo*, IVAP, Vitoria, 1994, pp. 81, 86 y 380-381.

En efecto, ya se ha señalado que la visión mercantilista de la que partía, en sus inicios, la creación de un mercado común, adolecía de algunos fallos. La «soberanía del consumidor» como uno de los elementos que integraban las fuerzas del mercado no era del todo cierta: el consumidor no estaba siempre en situación de igualdad con respecto al resto de los agentes que participaban en el mercado, directa o indirectamente. De ahí que, desde la perspectiva comunitaria, la defensa del consumidor se planteaba en los términos de restituirle su papel activo en el mercado y, por tanto, como uno de los mecanismos tendentes a «corregir» los fallos de un sistema económico basado primordialmente en el libre juego de las fuerzas que habían de actuar en ese mismo mercado, posibilitando de esta manera su mejor funcionamiento.

Por otra parte, los Estados miembros habían ido adoptando regulaciones que, teniendo en cuenta los intereses del consumidor nacional, trataban de dar desarrollo, con distintos grados y niveles de tutela, a la dimensión social que exige la articulación jurídica del sistema económico interno. La eficacia que estas normas desplegaban en el interior de los territorios de los Estados constituía, en muchas ocasiones, un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías, al posibilitar que estos Estados pudieran acogerse a una de las causas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 TCEE (en especial, la protección de la salud y la vida de las personas), conducía a exceptuar la prohibición —prescrita en el artículo 30 TCEE— «de restricciones cuantitativas a la importación» y a todo tipo de «medida de efecto equivalente», sin que estas restricciones «pudieran constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

Y es, además, en la interpretación conciliadora del alcance de estos dos últimos preceptos, en el que se sitúa el preponderante papel que, en el ámbito competencial, ha desempeñado el Tribunal de Justicia a través de su jurisprudencia, especialmente a partir de la conocida sentencia *Cassis de Dijon* —Sentencia de 20 febrero 1979, As. 120/78 *Rewe Central A.G./Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.¹⁰ En ella se confirma indirecta-

10 Previamente, el Tribunal de Justicia ya había abordado la cuestión en la Sentencia de 11 de julio de 1974, dictada en el Asunto As. 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* o en la de 20 de febrero de 1975, As. 12-74, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* —«Sekt». Y con posterioridad, la doctrina sentada en la Sentencia *Cassis* fue confirmada por las de 17 de junio de 1981, As. 113/80, *Commission c. Irlanda* —«Irish

mente la legitimidad de la actuación de las instancias comunitarias en materia de consumidores, al reconocer que del artículo 36 TCEE no se derivaba una cláusula de reserva de competencia estatal exclusiva para dictar medidas en este ámbito: sólo en ausencia de normativa común correspondería a los Estados miembros adoptar o mantener leyes de protección al consumidor.¹¹ Todo ello lleva a reconocer, en este ámbito, lo que el reciente Tratado de Lisboa consagra como una competencia compartida.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las disposiciones del TCEE hasta el momento citadas, ofrecían la cobertura jurídica necesaria e identificaban el instrumento de actuación de la CEE en este sector. Sin embargo, la propia CEE requería, además, definir las orientaciones a las que debían someterse los órganos comunitarios. Y esta necesidad se cubrió con distintas técnicas de programación y planificación que dotaron de una visión global a este conjunto de acciones fundamentadas en los diversos preceptos del Tratado. Inicialmente fueron los ya mencionados programas de 1975 y 1981, pero con posterioridad a los mismos —incluso en la actualidad— tanto la Comisión como el Consejo fueron incorporando las directrices que debería seguir la propia Comunidad en este ámbito material a través de comunicaciones,¹²

Souvenirs»— o la de 2 de marzo de 1982, As. 6/81, *BV Industrie Diensten Groep c. J.A. Beele Handelmaatschappij BV*—«*Beele*»—; de 10 de enero de 1985, As. 229/83, *Leclerc c. Sàrl Au blé vert*; de 20 de abril de 1983, As. 59/82, *Schutzverband gegen Unwesen c. Weinvertriebs-GmbH*—«*Vermouth*»— o de 15 de octubre de 1985, As. 281/83, *Comisión c. República Italiana*—«*Vinagre II*».

11 Como indica Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la única lectura que puede darse a la norma del artículo 36 TCEE, por lo que se refiere a la competencia comunitaria, es que la protección de los consumidores es competencia general de los Estados, aunque la Comunidad puede impedir las medidas estatales en este campo cuando supongan obstáculos a la libre circulación de mercancías; «solo entonces la Comunidad es competente en esa misma materia, pero no para proteger a los consumidores, sino para la consecución del mercado interior». Según este mismo autor, cualquier otra interpretación en el sentido de inferir de dicho precepto una competencia comunitaria en materia de protección del consumidor supondría invertir el diseño inicial de la distribución de competencias entre los Estados y la Comunidad Económica, puesto que se entendería que la competencia comunitaria se presume mientras que la estatal se habría de probar, cuando en realidad la competencia o la actuación de la CEE ha de estar explicitada en los tratados. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria*, Actualidad editorial, Madrid, 1990, pp. 44-47.

12 Entre las que se destacarían las siguientes: COM (85) 314 final, de 28 de julio de 1985, relativa a un nuevo impulso a la política de protección de los consumidores; COM (90) 98 final de 3 de mayo de 1990 en la que se acoge el *Plan trienal de acción sobre política de los consumidores en la Comunidad Europea (1990-1992)*; COM (93) 378 final, de 28 de julio de 1993 relativa al *Segundo Plan trienal de acción para la política de protección de los consumidores*

resoluciones,¹³ recomendaciones¹⁴ o, en contadas ocasiones, las decisiones.¹⁵ Orientaciones que, en la gran mayoría de casos, aparecen como meras declaraciones programáticas que habían de ser, posteriormente, ejecutadas a través de acciones legales concretas de los órganos comunitarios.

La ventaja de no ser instrumentos vinculantes es que su objeto puede ser muy amplio y exceder, incluso, del marco competencial propio. Así, al determinar los aspectos más prioritarios en los que debe centrarse la actuación a favor de los consumidores, la Comunidad puede abarcar todas las cuestiones que considere oportunas, incluso aquellas en las que sólo tiene reconocida una competencia complementaria o subsidiaria con respecto a los

en la Comunidad Europea (1993-1995); COM (96) 456 final de 10 de noviembre de 1993 al Consejo y al Parlamento referente al uso de las lenguas para la información de los consumidores en la Comunidad; COM (94), 260 final, de 23 de junio de 1994, relativa a las Nuevas orientaciones en materia de responsabilidad del prestador de servicios; COM (98) 696 final, de 1 de diciembre de 1998, plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001; COM (2002) 208 final al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006, o más recientemente COM (2007) 99 final, de 13 de marzo de 2007, por las que se fija la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013.

- 13** Entre las resoluciones del Consejo, además de las que aprobaban los Programas Preliminar y segundo ya referidos, pueden resaltarse las de 23 de junio de 1986, relativa a *la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores*; de 15 de diciembre de 1986, sobre *la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes*; de 25 de junio de 1987, sobre *el acceso de los consumidores a la justicia*; de 9 de noviembre de 1989, sobre *futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor*; de 13 de julio de 1992, sobre *futuras prioridades de desarrollo de la política de protección de los consumidores*; la de 19 de enero de 1999, sobre *la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información*; la de 28 de junio de 1999, sobre *Política comunitaria relativa a los consumidores 1999-2001*.
- 14** Destacan las 87/598/CEE de 8 de diciembre de 1987, sobre un *Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores)*; la 88/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988, relativa a *los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas*, o la 92/295/CEE, referente a los *códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia*.
- 15** Decisión n.º 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, *por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias a favor de los consumidores*; la n.º 20/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, *por la que se establece un marco general para la financiación de acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores en el período 2004-2007* o la n.º 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, *por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013)*.

Estados. Con ello, se consigue crear un marco general de actividades que sirva como punto de referencia efectivo dentro del ámbito de una política global que atendiera a todos y cada uno de sus aspectos, y no únicamente una actuación sectorial.

Y es, precisamente, en este marco donde estos instrumentos de planificación adquieren una específica virtualidad, por su proyección a los Estados miembros. Si los diferentes órganos comunitarios fijan los aspectos en los que debe centrarse y a cuya consecución debe dirigirse la acción comunitaria, más allá de lo que la propia Comunidad pueda actuar en virtud de sus propias competencias, condiciona la actuación estatal, la cual, pese a ser preferente, deberá facilitar a la Comunidad «el cumplimiento de su misión» (art. 5 TCEE).

1.1.4 · Las previsiones del Acta Única Europea

La reforma que introduce el Acta Única Europea (AUE, en adelante) al TCEE no satisfizo las expectativas generadas en orden al reconocimiento expreso de una política de protección de los consumidores. A pesar de la dinámica que había venido desarrollándose por la vía práctica de las instituciones comunitarias en este ámbito, y conscientes estas mismas instancias de la carencia de una base jurídica expresa en los tratados que amparasen sus acciones en relación con este colectivo —cobertura que incluso el propio TJCEE había venido reclamando de forma implícita en su jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías— la reforma del Tratado, finalmente no culminó esta aspiración.

Este hecho adquiere mayor trascendencia al constatar que con el AUE la actuación comunitaria se amplió a ámbitos tan diversos como la investigación y el desarrollo (Título VI), el medio ambiente (Título VII) o la política de cohesión social (Título V). Si bien todos ellos eran ámbitos en los que la CEE ya había ido actuando, la introducción de todos estos títulos en el Tratado tiende a consolidar las competencias comunitarias en estos sectores. Esta situación era, por tanto, idéntica a lo que sucedía con los consumidores en el ámbito europeo y, sin embargo, la modificación del TCEE no supuso un paso adelante en su reconocimiento como una política propia y diferenciada.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que en los trabajos preparatorios a esta reforma del Tratado aparecía una referencia expresa a la pro-

tección del consumidor fijándose, al mismo tiempo, cuáles serían los ámbitos en los que habrían de incidir las instancias comunitarias. Así, en el proyecto de Tratado que aprobó el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 —más conocido como *Proyecto Spinelli*— se acogía, en su artículo 57, esta exigencia.¹⁶ El precepto mencionado preveía literalmente que las instancias comunitarias pudieran «establecer reglas destinadas a proteger la salud y seguridad del consumidor, así como sus intereses económicos, especialmente en caso de perjuicios». Además, esta norma hacía también referencia a la posibilidad de «fomentar acciones encaminadas a promover la educación, la información y la participación/consulta de los consumidores».

Finalmente, la protección de los consumidores aparece en el artículo 100.A TCEE referido a la «Aproximación de legislaciones». En su apartado tercero se establece un expreso mandato a la Comisión para que «en sus propuestas previstas en el apartado primero referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medioambiente y protección de los consumidores» se base «en un nivel de protección elevado».

Las dos únicas novedades que pueden identificarse en esta disposición son las de elevar la defensa de los consumidores a la categoría de objetivo de la política legislativa comunitaria, pero, sobre todo, la modificación del mecanismo de adopción de acuerdos en el Consejo al acoger la regla de la mayoría cualificada. Esta reforma conllevaba, como es obvio, la «derogación» del criterio de la unanimidad —exigida en el TCEE y vigente hasta el AUE. De esta manera, se permite una actuación comunitaria más fluida en un sector como el de la defensa de los consumidores caracterizado por una disparidad de niveles de protección en el interior de cada uno de los Estados miembros.

Por lo demás, el artículo 110.A.3 TCEE sigue siendo una alusión de alcance indirecto y limitado, además de insuficiente, para concebirla como una política propia y con una entidad autónoma. Y sigue consolidando su instrumentalidad con respecto al mercado interior.

16 Esta disposición referida a los consumidores se insertaba en la parte relativa a las «Políticas de la Unión» (artículos 45-62) y más concretamente en el apartado correspondiente a la «Política de la Sociedad» (artículos 56-62), que abarcaba sectores como la política social y sanitaria (artículo 56), política regional (artículo 58), medio ambiente (artículo 59), política de educación e investigación (artículo 60), política cultural (artículo 61) y política de la información (artículo 62).

1.2 · La concepción de la protección de los consumidores como una de las políticas comunitarias y su expresa previsión en los tratados constitutivos

1.2.1 · La reforma del TCEE por el TUE: el nuevo artículo 129.A TCE

La entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante) supuso dotar de rango de derecho originario a la política de protección de los consumidores. Aun así, no podemos afirmar que estemos ante una «innovación revolucionaria», sino más bien de una «consagración tardía de un campo de acción comunitaria».¹⁷

El TUE sigue manteniendo la redacción del artículo 100.A.3 del Tratado e incorpora dos nuevas referencias a los consumidores. La primera es la significativa actualización que realiza de los objetivos de la Comunidad Europea consagrados en los artículos 2 y 3 del modificado TCE. Objetivos entre los que, por primera vez, junto con otros —educación, cultura, salud pública, industria, etc.— se acoge el «fortalecimiento de la protección de los consumidores» (artículo 3s TCE). Y la segunda, y más singular, es la inclusión, en la Parte III del Tratado constitutivo, relativa a las «Políticas de la Comunidad», de un nuevo Título XI referido exclusivamente a la «Protección de los consumidores». El único precepto que integra este título, el artículo 129.A TCE confirma en gran medida la acción comunitaria desarrollada hasta este momento, al tiempo que clarifica su ámbito y su alcance.

De entrada, este artículo 129 A TCE alude en su apartado 1.b) a la salud, la seguridad, los intereses económicos y la información de los consumidores. Ahora bien, lejos de aparecer como una declaración de derechos de rango «originario», lo único que hace es delimitar las competencias comunitarias con respecto a la de los Estados miembros en lo que concierne a esos sectores materiales.

Y, desde esta perspectiva, el artículo 129.A TCE delimita dos áreas materiales de intervención que en la práctica anterior al TCE se confundían, originando problemas de legitimidad y legalidad de la actuación normativa europea: la que se refiere a la realización del mercado interior (artículo 129.A.1.a) y la que se dirige, por exclusión, a otros aspectos no conectados con dicho marco de referencia, y que el propio artículo 129.A en su apar-

¹⁷ Así, SIMON, D., «Protection des consommateurs», en *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, p. 382.

tado 1.b) alude con la enumeración de algunos derechos que ya acogía el *Programa Preliminar* de 1975, aunque no todos. La intervención de la Comunidad en ambas es precedida por la obligación de la Comunidad de «contribuir a que se alcance un alto nivel de protección».

Esta ordenación, además de dilucidar el campo de actuación de la Comunidad, sirve para ensancharlo. Si bien es cierto que el apartado 1.a) del artículo 129.A TCE la sitúa —por remisión al artículo 100.A— en el ámbito normativo de aproximación de las legislaciones —y, en este sentido el TUE consolida lo que ya venía funcionando desde la aprobación del AUE—, el apartado 1.b) lo amplía al hacer referencia a otras «acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros», sin determinar a qué tipo de acciones se está haciendo referencia. La generalidad de términos con los que este artículo se refiere a la intervención comunitaria, conduce a pensar que el TCE está aludiendo a una actuación más allá del plano estrictamente normativo, especialmente si se tiene en cuenta la distinción que, en su redacción, realiza el artículo 129.A.1 TCE entre «medidas» (apdo. a.) y «acciones» (apdo. b.), diferenciación terminológica que permitiría considerar que el segundo de los conceptos podría abarcar también la adopción de otros actos que, siendo igualmente vinculantes, no tuvieran valor normativo.¹⁸

Esta delimitación del alcance de la acción comunitaria tiene además consecuencias desde la perspectiva de las competencias de la propia Comunidad, y especialmente en relación con las facultades estatales en este sector material. El nuevo artículo 129.A TCE alude a dos tipos de competencias.

Por una parte, una competencia compartida por lo que se refiere a la actuación comunitaria en favor de los consumidores que se proyecta en el marco de la realización del mercado interior, en la cual la actuación comunitaria debe ser considerada preferente. En este sentido, la remisión que realiza el apartado 1.a) de este precepto a «las medidas que se adopten en virtud del ar-

¹⁸ Se entiende que mientras que el concepto de «medidas» parece hacer alusión a las de índole legal enumeradas en el artículo 189 TCE, el término de «acciones» —que no había sido utilizado, al menos en el sentido propuesto por el artículo 129.A, con anterioridad en una disposición del TCE— haría referencia a otras intervenciones de la Comunidad que excederían del carácter normativo para centrarse en su naturaleza de impulso, y que se materializarían en actuaciones de promoción, campañas, proyectos, financiación, etc. Así, DAHL, B., «Consumer protection within the European Union», *Journal of Consumer Policy*, vol. 16, núms. 3-4, 1993, pp. 349-350. También, GUILLÉN CARAMÉS, J., «Perspectivas de la política comunitaria de protección a los consumidores: reflexiones a propósito de la reestructuración de la Dirección General de Política de los consumidores y de protección de su salud», *Estudios sobre Consumo*, n.º 47, 1998, pp. 58-59.

tículo 100.A en el marco de la realización del mercado interior» recuerda bastante al enunciado del artículo 100.A.3 TCEE en la redacción introducida por el AUE —todavía subsistente en el nuevo TCE. Incluso la cláusula «alto nivel de protección» que se incorpora al artículo 129.A.1 TCE no dista mucho, en cuanto a su literalidad y alcance, de la del «nivel de protección elevado» ya utilizada en el artículo 100.A.3 en la redacción introducida por el AUE.

Y, por la otra, a una nueva competencia, también sometida en su realización a la exigencia del «alto nivel de protección», que se extendería a todos aquellos aspectos de la protección de los consumidores que exceden del marco anterior. Tesis que es expresamente confirmada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 7 de marzo de 1996.¹⁹ En dicho pronunciamiento el Tribunal afirma literalmente que el artículo 129.A «crea una competencia comunitaria para acciones concretas relacionadas con la política de protección de los consumidores al margen de las medidas adoptadas en el marco del mercado interior» (FJ 19). Competencia que el TCE asume con carácter complementario y subsidiario en relación con las facultades de acción que, en este ámbito, se reservan los propios Estados miembros. El artículo 129.A.1.b) es contundente al afirmar que la Comunidad podrá emprender «acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada». De la literalidad del precepto resulta del todo manifiesto, a mi juicio, la naturaleza accesoria pero también limitada de la competencia comunitaria. El carácter accesorio, y en todo caso subsidiario, se fundamenta en la utilización del verbo «apoyar». El carácter limitado y complementario se justifica, a su vez, por la alusión al verbo «complementar» referido, igualmente, a estas acciones estatales que inciden en esos aspectos «más sociales» de la política de protección de los consumidores no tan directamente relacionados con la realización del mercado interior. Por esta razón, la intervención de la Comunidad en estos ámbitos no puede suplantar las políticas de los Estados miembros: no puede innovarlas pero tampoco contradecirlas.²⁰

Los adjetivos anteriores que acotan el alcance de la competencia comunitaria, confirman lo que, en definitiva, ya se intuía con la dinámica normativa europea anterior a la aprobación del TUE: son aspectos que quedan

¹⁹ Dictada en el asunto C-192/1994 (*El Corte Inglés S.A. c. Cristina Blázquez Rivero*).

²⁰ Aspecto enfatizado por MARTÍN BURGOS, J., *España y el Tratado de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 1994, p. 224.

reservados a los Estados miembros. En consecuencia, quedan invertidos los términos que se refieren a la actuación comunitaria con respecto a la estatal, cuya intervención es preferente.

Esta reserva estatal debe, sin embargo, matizarse, ya que no se está aludiendo a una competencia exclusiva, ni mucho menos excluyente, en virtud de la cual los estados puedan actuar libremente en los campos enumerados por el artículo 129.A.1.b) TCE. Por el contrario, debe tenerse en cuenta el deber de colaboración que incorpora el artículo 5 TCE orientado, especialmente, a los ámbitos en los que la Comunidad no goza de una competencia plena.²¹ Así lo confirma la propia redacción del artículo 129.A.3 TCE. Dicho precepto, además de «constitucionalizar» la técnica de la armonización mínima que ya había venido actuándose en la dinámica normativa de las instituciones europeas, acoge la facultad de los Estados miembros de mantener y adoptar medidas de mayor protección —más estrictas—²² al margen de las acciones emprendidas por la Comunidad, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el Tratado y se notifiquen a la Comisión. De esta manera parece inferirse la facultad de la Comunidad, no sólo de apoyar y complementar, sino además de confirmar o, incluso, impedir o bloquear dichas medidas estatales, en la medida, claro está, que éstas puedan contravenir lo establecido en los tratados.²³

1.2.2 · El refuerzo de la política de protección de los consumidores: el Tratado de Ámsterdam

Con la firma, en octubre de 1997, del Tratado de Ámsterdam, se da un significativo paso hacia adelante en la acción comunitaria desarrollada hasta el momento a favor de los consumidores.²⁴

21 ISAAC, G., *Manual de derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1985 (1ª ed.), p. 49. Específicamente en relación con el artículo 129.A, ver las consideraciones realizadas por MICHLITZ, H. W. y WEATHERILL, S., «Consumer policy in the European Community: before and after Maastricht», *Journal of Consumer Policy*, núms. 3-4, vol. 16, 1993, pp. 303-304.

22 Interpretación aceptada expresamente por el Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992; ver Anexo 2, declaración a) del acuerdo resultante, en PÉREZ BUSTAMANTE, R. y PALACIO, A., *Los Consejos Europeos*, MAP, Madrid, 1998, p. 439.

23 Facultad que expresamente deducen DE SOLA, M. y JEUNIAUX, M., «La politique communautaire en faveur des consommateurs», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 1, 1992, p. 85 y SIMON, D., «Protection des consommateurs», cit., p. 388.

24 A pesar de las numerosas críticas realizadas en su día al Tratado de Ámsterdam, algunos autores han resaltado la importancia de reformas específicas y puntuales de determinados temas.

En el ámbito de los principios, la Comunidad seguirá contribuyendo, «para la consecución de los fines enunciados en el artículo 2 [...] al fortalecimiento de la protección de los consumidores», redacción ya dada al artículo 3s TCE por el TUE y que aparece, con la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, en el artículo 3t TCE. A partir de ahí, la principal novedad que se incorpora en el TCE es, precisamente, la relativa a la regulación sustancial de esta política en el reformado artículo 129.A TCE que, con la nueva enumeración, pasará a ser el artículo 153 TCE.

Una lectura comparativa de este nuevo artículo 153 TCE en relación con su antecesor pone de manifiesto, en primer lugar, cómo la tradicional conexión entre protección de consumidores y consecución del mercado interior (que encabezaba la regulación sustantiva del anterior artículo 129.A TCE) se «relega» a un tercer apartado; mientras que la «declaración de derechos básicos» del consumidor aparece en el primer párrafo del nuevo precepto destinado a acoger la política comunitaria de protección de los consumidores. Esta inversión del orden de los factores, si se me permite la expresión, encierra, a mi juicio, una gran trascendencia en cuanto que por primera vez, en una norma de derecho originario, se «prioriza», por así decirlo, el reconocimiento de los objetivos básicos a los que debe atender la Comunidad en la actuación de sus atribuciones frente a la instrumentalidad con la que era concebida, desde sus inicios, esta misma acción comunitaria con respecto al mercado interior.

Pero también son especialmente relevantes los nuevos términos que incorpora la nueva redacción de la disposición, especialmente por lo que se refiere al apartado primero del artículo 153 TCE, relativo a la «declaración de derechos básicos» del consumidor. En la misma no sólo se utiliza el verbo «fomentar», sino que además se acompaña por el de «garantizar». Pero, además, también a la regulación que aparecía en el artículo 129.A.1.b TCE, relativa a las acciones específicas de apoyo y complemento que tendría que llevar a cabo la Comunidad, se añade el vocablo de «supervisar».

Este último aspecto lingüístico, por sí mismo no adquiriría ninguna relevancia, si no es por el hecho que estos nuevos términos van referidos a un

En especial, las que conciernen a las políticas que directa o indirectamente hacen referencia al estatuto de ciudadanía europea, en las que se enmarcan, precisamente, las reformas que se introducen en el tema objeto de estudio. Son, todas ellas, modificaciones que se aprovechan para «incorporar o mejorar la respuesta de los Tratados a los problemas reales de los ciudadanos». Ver MANGAS MARTÍN, A., «El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del pilar comunitario», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, D-29, 1998, p. 65.

ámbito material más amplio que el que encerraba el artículo 129.A TCE en la redacción dada por el TUE. Así, en el apartado primero del artículo 153 TCE se acoge una declaración de intereses y derechos básicos que además de aludir de forma expresa a la salud, la seguridad, los intereses económicos y la información (que se «eleva» a derecho en el artículo 153 TCE) de los consumidores, incorpora dos nuevas referencias: los derechos «a la educación» y «a organizarse para salvaguardar sus intereses». Esta extensión material permite realizar dos consideraciones distintas. La primera pretende poner de manifiesto cómo la inclusión de estos nuevos «derechos» culmina el proceso evolutivo de positivación en normas de derecho originario de los mismos. La nueva redacción del precepto incorpora a los tratados fundacionales todos los derechos ya reconocidos a favor del consumidor en el *Programa Preliminar* de 1975, con excepción del derecho de acceso a la justicia. Y la segunda es que, en la línea ya iniciada por el TUE, el Tratado de Ámsterdam da un paso hacia adelante de cara a consolidar una nueva concepción de la ciudadanía que, lejos de ceñirse al ámbito estrictamente político, alcanza los ámbitos que más preocupan en la vida cotidiana a los ciudadanos de la Unión.

Además, con respecto a todos ellos se amplía la actuación comunitaria. La Comunidad no sólo debe apoyar y complementar «la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos, y de garantizarles una información adecuada» (mandato que ya contemplaba el anterior artículo 129.A TCE). El artículo 153 TCE prescribe que la Comunidad, «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección [...] contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». La Comunidad, en definitiva, no sólo debe favorecer «que se alcance un alto nivel de protección», sino que éste debe ser garantizado.

Igualmente es importante subrayar que el Tratado de Ámsterdam incorpora, en el apartado segundo del artículo 153 TCE, una previsión cuya novedad es ciertamente relativa: la referente a la necesaria integración de la política de protección de los consumidores en la definición y ejecución de «otras políticas y acciones comunitarias». La originalidad de esta disposición radica únicamente en que por primera vez una norma de derecho originario asume el carácter de transversalidad y horizontalidad de la acción europea en este ámbito material. Por lo demás, ésta era una exigencia que ya aparecía for-

mulada en el *Programa Preliminar* de 1975, el cual, como ya se ha analizado, partía de una visión horizontal en la concepción de la protección de los consumidores. Percepción que también asumía el *Segundo Programa* de 1981. No obstante, no fue hasta la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1986, *sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes*, en la que se articula y consolida esa exigencia en la acción comunitaria: partiendo de la base de la probada incidencia que la adopción y ejecución de determinadas políticas comunes tienen en los intereses del consumidor, se explicita la previsión de que sean los propios consumidores los que pudieran dar a conocer su postura en el momento de la elaboración de disposiciones normativas y en la toma de decisiones que les afectarían.

Por esta razón, y a pesar de que anteriormente se ha puesto de manifiesto la relativa originalidad de esta norma contenida en el artículo 153.2 TCE, no por ello su específica inclusión en el TCE carece de relevancia. Por el contrario, su incorporación en el derecho originario es especialmente positiva, dada la heterogeneidad de ámbitos en los que ésta puede desplegarse. Supone, en primer lugar, superar esa visión puramente instrumental de la política de los consumidores con respecto al resto de políticas comunitarias. Pero, también, implica incorporar los mecanismos de actuación de esta transversalidad potenciando los procedimientos de consulta y representación de los consumidores.

1.2.3 · Las limitadas aportaciones del Tratado de Niza

La regulación introducida en el TCE por el Tratado de Ámsterdam permanece inalterada con el Tratado de Niza, cuya única novedad en el tema que nos ocupa es que, por primera vez, los consumidores aparecen explícitamente como uno de los grupos con representación propia y directa en el Comité Económico y Social (artículo 257 TCE). Se repara, de esta manera, la omisión de los consumidores en la enumeración de las categorías sociales y económicas que lo integraban. Omisión que no dejaba de ser sintomática en un órgano que, a pesar de su naturaleza consultiva y la falta de vinculación de sus dictámenes, se configuraba como un auténtico foro de deliberación y debate de intereses.²⁵

²⁵ SERRA CRISTÓBAL, R., *El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas*, McGraw-Hill, Madrid, p. 27.

1.2.4 · Las previsiones del Tratado de Lisboa

Las reformas que, en este ámbito, se introducirán con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa son de distinta significación.

La más destacable, por su trascendencia más general, es el sistema de reparto de competencias entre los Estados y la Unión. En efecto, el Título I de la Primera Parte de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) regula las «categorías y ámbitos de competencias de la Unión» calificándolas como exclusivas, las compartidas y de coordinación.

La protección de los consumidores aparece como uno de los ámbitos materiales de competencia compartida entre la Unión y los Estados (artículo 4.2.f TFUE). Según el artículo 2 TFUE, en virtud de esta competencia «la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya». En este sentido, el Tratado de Lisboa no hace más que elevar a rango de derecho originario lo que ya había sentenciado el Tribunal de Justicia en esta materia desde la conocida Sentencia *Cassis de Dijon* (1979).

Por otra parte, la redacción del artículo 169 del TFUE (en la nueva numeración que se da al artículo 153 TCE) sufre una leve modificación al suprimirse el apartado segundo del citado artículo 153 TCE. Esta es una reforma que, sin embargo, no conlleva la derogación de esta exigencia de transversalidad que incorpora el Tratado de Ámsterdam al contenido de la política de protección de los consumidores, sino que aparece como una norma autónoma en el nuevo artículo 12 del TFUE, el Título II de la Primera Parte relativo a las «Disposiciones de Aplicación General».

A la vista de lo anterior, la única cuestión que puede plantearse es si la competencia compartida se proyecta en la protección de los consumidores (artículo 4.2.f TFUE) sin especificar en qué concretos ámbitos de esta amplia materia se refiere: ¿puede considerarse que se amplía la competencia de la UE también a aquellos sectores de la defensa de este colectivo que no inciden en el mercado interior? A mi juicio, la literalidad del artículo 169 TFUE, en especial de su apartado 2, no avala semejante interpretación.

En definitiva, puede seguir manteniéndose la instrumentalidad de la acción europea en la protección de los consumidores respecto del mercado

interior. La Unión Europea regulará los aspectos de esta política —teniendo en cuenta las exigencias de transversalidad, pero también de subsidiariedad y proporcionalidad—, en aquellos aspectos de la misma que reviertan en una mejora de este mercado, lo que no impide que los Estados puedan mantener regulaciones propias que dispensen una mayor protección del consumidor, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con los tratados (artículo 169.4 TFUE). En el resto de aspectos, la Unión se limitará a apoyar, complementar y supervisar la actuación estatal (artículo 169.2.b TFUE). Competencia cuyo ejercicio por parte de la Unión no puede llegar a sustituir la competencia de los Estados en dichos ámbitos, y sin la que los actos jurídicamente vinculantes que pueda adoptar la Unión «no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (artículo 2.5 TFUE).

1.2.5 · Addenda. Una ocasión perdida: los consumidores y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Al margen de cuáles sean los derechos que se acogen en el texto de la Carta —a la que el Tratado de Lisboa reconoce el mismo valor jurídico que los tratados (artículo 6)—, lo cierto es que la valoración de ésta por lo que se refiere a los consumidores es claramente decepcionante, sobre todo porque no hay ninguna referencia, ni siquiera implícita, a sus derechos. En efecto, el artículo 38 CDFUE —inserto en el Capítulo IV, referido a la Solidaridad— sólo hace una escueta declaración de principios: «Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores». Esta parca alusión contrasta no ya con la formulación de la gran parte de los derechos que enumera la Carta, sino con los que se acogen en el mismo Capítulo IV, especialmente los relativos a la salud o el medio ambiente, los cuales han aparecido siempre muy conectados a la protección de los consumidores.

Por este motivo no creo que pueda afirmarse que el contenido de este artículo 38 CDFUE aporte algún avance a la situación de este colectivo en el ámbito europeo, más bien al contrario. Las disposiciones del TCE/TFUE son mucho más generosas a la hora de explicitar los derechos e intereses de los consumidores. No pueden, por tanto, esgrimirse razones de falta de competencia —por utilizar los términos en los que se declara el ámbito de aplicación de la propia CDFUE (artículo 51.2) y el alcance material de los derechos contemplados en la misma (artículo 52)— para justificar esta de-

claración que «a modo de compromiso» se realiza en relación con los consumidores. Por el contrario, parecen haber sido razones de pura oportunidad las que han conducido a esta restrictiva formulación. Consideración que se confirma a la vista de los trabajos preparatorios de la CDFUE.

Así, en el Proyecto de Carta presentado en mayo de 2000, el entonces artículo 45 se refería a la protección de los consumidores en los siguientes términos: «En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud, de la seguridad y de los intereses de los consumidores». La explicación que se adjuntaba a dicho enunciado era del todo coherente con la regulación que de esta política se realizaba en el TCE: «el Tratado establece la competencia. La Carta consagra un principio que se concreta a través de la legislación comunitaria o las nacionales. Su formulación se aproxima a la del artículo 153 TCE».

Este precepto se mantuvo literal, aunque con distinta enumeración, en el proyecto presentado en julio de 2000 —argumentando que ésta sería la redacción más coherente con el artículo 153 TCE. Finalmente, en la redacción definitiva del artículo 38 se suprimió.

Si tenemos en cuenta la evolución de la Comunidad Europea en este tema desde el primer documento normativo que enumera los derechos básicos del consumidor, el *Programa Preliminar* de 1975, hasta el vigente artículo 153 TCE, los términos en los que se inserta la protección de los consumidores en la Carta no dejan de producir una cierta desazón, unida al desconcierto de que más que un avance estamos ante un verdadero retroceso, al menos desde el punto de vista de equiparar el estatuto de agente pasivo del mercado al de ciudadano del proceso de integración. Consideración que todavía es más grave si tenemos en cuenta que la CDFUE se adopta con el propósito de dotar a la UE de una verdadera carta de derechos del ciudadano europeo, a imagen y semejanza de las declaraciones constitucionales de los Estados miembros.

2 · La defensa de los consumidores en el ordenamiento constitucional interno: un análisis a la luz del derecho comunitario

2.1 · Su consagración en la constitución: el artículo 51 CE

En el año 1978, cuando se promulga la Constitución española, ningún otro texto constitucional del entorno europeo proclama, de forma expresa,

en la parte relativa al reconocimiento de derechos de la ciudadanía, la protección del consumidor,²⁶ dotándola de un contenido concreto a partir del reconocimiento de una serie de derechos constitucionales. Y, sin embargo, en esa misma fecha la entonces CEE ya había iniciado su acción en este ámbito y definido sus líneas estratégicas y objetivos en el *Programa Preliminar* de 1975. Si además tenemos en cuenta que la elaboración de una norma constitucional raras veces constituye un ejercicio de completa originalidad por parte de sus redactores, sino que responde, en la mayoría de los casos, a diversas circunstancias políticas, sociales, económicas y culturales internas pero también, y con especial relevancia, de su contexto exterior, no cabe duda de la influencia que, en este ámbito, proyectó el derecho de la CEE,²⁷ y ello a pesar de que España formalizara su proceso de adhesión a las Comunidades Europeas a mediados de los años ochenta.

Desde la óptica estrictamente constitucional, la protección del consumidor proclamada en el artículo 51 CE se proyecta, en el orden interno, en dos planos distintos —objetivo y subjetivo— con distinta intensidad.

Objetivamente, integra lo que identificamos con la ya acuñada expresión de «Constitución económica», esto es, el «conjunto de normas consti-

26 Si bien es cierto que también la Constitución portuguesa de 1976 ya acogía en el momento de su promulgación una explícita mención a la protección de los consumidores, lo hacía con un alcance mucho más limitado: la reconocía en la parte relativa a los «Principios Generales» de la «Organización Económica» (Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución) y la concebía como un genérico mandato de la actuación pública en dicho ámbito. En efecto, la originaria redacción del artículo 81.m de la Constitución lusa establecía el compromiso prioritario del Estado «de proteger al consumidor especialmente a través del apoyo a la creación de cooperativas y de asociaciones de consumidores». Sólo a partir de posteriores reformas, la Constitución portuguesa ha ido ampliando el alcance de esta protección. Así, en 1982 se introduce (art. 110) una explícita enumeración de los derechos del consumidor y de sus asociaciones, pero sigue manteniendo esta norma en la parte relativa a la Constitución económica. No será hasta la reforma de 1989 cuando la protección del consumidor y los derechos que integran su estatuto jurídico constitucional aparezcan en la Primera Parte de la Constitución relativa a los derechos y deberes fundamentales, concretamente en el Título III dedicado a los «Derechos y deberes económicos, sociales y culturales» (nuevo art. 60).

27 En realidad, el derecho comunitario, junto con otros documentos de la OCDE o el Consejo de Europa, estuvieron muy presentes en el contenido del artículo 51 CE. Precisamente, esta redacción se debe a una enmienda presentada por la Agrupación Independiente en la Cámara Alta, la n.º 681. En ella se justificaba la redacción de los apartados 1 y 2 del citado precepto constitucional para incorporar en el ordenamiento constitucional el moderno enfoque que, mediante la fijación de una política global, dispensaban las anteriores organizaciones internacionales, en especial, la CEE. Ver CORTES GENERALES (Ed.), *Trabajos constituyentes*, vol. III, Madrid, 1980, p. 2950.

tucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica» (STC 1/1982, FJ 1). El mandato contenido en el artículo 51 CE se erige en una expresa legitimación de los poderes públicos para intervenir en el mercado en el que las relaciones igualitarias entre los distintos sujetos que intervienen en el mismo no necesariamente coinciden en el plano del derecho y en el plano de la realidad: una de las partes (productores y distribuidores) está, en numerosas ocasiones, en situación real de imponer sus condiciones a la otra (los consumidores). Esta ruptura del equilibrio entre productores-proveedores y consumidores conlleva, como consecuencia, el desamparo de la parte más débil de la relación, el consumidor.

Por esta razón, la intervención pública que exige el artículo 51 CE pretende salvaguardar la posición del consumidor en el mercado. La finalidad de dicha intervención no es tanto garantizar la libertad de consumo, cuanto garantizar o restituir las condiciones de igualdad a unos de los sujetos intervinientes en la economía y en el mercado para asegurar el ejercicio de su libertad en ese mismo ámbito. De esta manera, el contenido del artículo 51 CE aparece como un intento de reconstitución de la igualdad real²⁸ y, a través de la misma, de la libertad del consumidor.²⁹

El anterior es uno de los principales objetivos presentes en toda política de intervención de los poderes públicos en el mercado a favor de los consumidores, como así se ha constatado en el análisis realizado del derecho comunitario europeo. Por tanto, si ese artículo 51 CE sólo incorporase la pretensión de garantizar la libertad de los diversos agentes en el ámbito económico del mercado, posiblemente se habría de concluir en que no hubiera sido necesaria su inclusión en el texto constitucional. Primero, porque esta finalidad ya se conseguiría con la aplicación, en el orden interno, de la nor-

28 RUIZ RICO, J. J., «Defensa de los consumidores y usuarios» en ALZAGA, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, vol. IV, EDERSA, Madrid, 1984, pp. 408-409 y 416; CASCAJO CASTRO, J. L., «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», en AAVV, *Estudios sobre el Derecho del Consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991, p. 42; QUINTELA GONÇALVES, M. T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986, pp. 50, 51, 53-54, 80, 81 y 83 y CANOSA USERA, R., «Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y CANOSA USERA, R. (Eds.), *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 77.

29 HERRERO DE MIÑÓN, M., «La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, 1999, p. 22.

mativa que la Comunidad Europea fuese adoptando en cada momento y para cada sector específico en el que se actuara esta defensa de los intereses de los consumidores. Y segundo porque incluso, desde la perspectiva constitucional, esta exigencia ya subyace como uno de los objetivos implícitos en el sistema de economía de mercado contemplada en el artículo 38 CE. Recordemos que en este precepto se reconoce la libertad de empresa «en el marco de la economía de mercado», y ordena a los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio «de acuerdo con las exigencias de la economía general». Y es precisamente dentro de esta última exigencia en la que debe tenerse en cuenta la protección de los consumidores.³⁰

A pesar de lo dicho, en el marco normativo esbozado, la constitucionalización de la protección de los consumidores, lejos de ser redundante, conlleva no sólo dotar de un rango superior y supremo la acción pública en esta materia, sino también posibilita la puesta en funcionamiento, con una cierta coherencia jurídica, de mecanismos de tutela que excedan de una visión puramente reactiva e individualizada —que era la que impregnaba el ordenamiento jurídico preconstitucional en este sector. Se avala, de esta manera, su concepción como política global,³¹ convirtiendo los dictados del artículo 51 CE en un auténtico programa legislativo.³²

30 Expresamente en estos términos se pronuncia la STC 227/1993, FJ 4 e.

31 En este último sentido se pronuncian expresamente RUIZ RICO, J. J. y CONTRERAS, M., «Art. 51. Defensa de los consumidores y usuarios», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*. Vol. IV, EDESA, Madrid, 1996, p. 405. Opinión contraria, sin embargo, mantienen autores como Miguel REBOLLO, que secundado por Javier GUILLÉN, entienden que la configuración constitucional del principio de protección de los consumidores no lleva aparejada «el establecimiento de los pilares sobre los que cimentar una política de protección». A su juicio, el artículo 51 CE se limita solamente a «afectar la actuación de los poderes públicos a un fin concreto, la protección de los consumidores, sin definir una forma específica de actuación pública»; es decir, la Constitución se limita únicamente a «fijar el ámbito específico sobre el que los poderes públicos deben desplegar su actuación, aunque ello no implica una delimitación que contribuya mucho a perfilar la defensa de los consumidores». Ver REBOLLO PUIG, M., «La actividad administrativa de limitación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F. (coords.), *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, INC, Madrid, 1990, pp. 365-367 y GUILLÉN CARAMÉS, J., *El marco jurídico constitucional de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 72-73 y 143-144.

32 CASCAJO CASTRO, J. L., «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», cit., p. 41 y CANOSA USERA, R., «Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios», cit., p. 82.

Por otra parte, su inclusión en la parte del Título Primero relativo a los principios rectores de la política social y económica permite atribuirle una eficacia que lo aleja de ser concebido como un mero principio general del derecho,³³ configurándolo como un auténtico mandato constitucional de obligado cumplimiento. El artículo 51 CE encierra una habilitación para que los poderes públicos intervengan a favor de este colectivo. Pero, además, esta habilitación lleva implícita la posibilidad de establecer excepciones y limitaciones a determinados derechos y libertades económicas clásicas, legitimando, en este sentido, «una eventual actuación legislativa que los recorte en beneficio del interés o bienestar social».³⁴

Y es en el contexto anterior en el que puede afirmarse que el artículo 51 CE cumple una importante función correctiva del orden económico y social diseñado por la Constitución.³⁵ La protección de este colectivo no sólo constituye uno de los elementos definidores de este sistema económico constitucional, sino una fuente de limitaciones importante a otros derechos basi-

33 Concepción que venía avalada por una interpretación estrictamente literal del artículo 53.3 CE al referirse a la eficacia informadora y orientadora de todas las disposiciones que incorporaran principios rectores. En base a la misma, algunos autores han llegado al extremo de asimilar el alcance jurídico de estas normas a los principios generales a los que alude el Título Preliminar del Código Civil en su artículo 1.4. Ver, entre otros, SEQUEIRA MARTÍN, A. J., «Defensa del consumidor y derecho constitucional económico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10, 1984, pp. 93-94 y 104; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil», en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid, 1978, pp. 19 y 29; QUINTELA GONÇALVES, M. T., *La protección de los consumidores y la Constitución...*, ob. cit., pp. 80 y 81 o LASARTE ÁLVAREZ, C., «La protección del consumidor como principio general del derecho», *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre «Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado»), n.º 6, 2007, pp. 61 y ss.

34 «La intervención pública en la economía debe justificarse en finalidades que puedan inscribirse en la Constitución. Ello está claro, naturalmente, cuando esta intervención comporta una restricción de los derechos y libertades de los particulares, pues en este caso sólo la existencia de una finalidad legítima que exija dicha limitación podrá convertirla en legítima a su vez.[...] Estas finalidades tienen en la Constitución un grado de concreción muy diverso que va desde el muy genérico “interés general” que exige el artículo 128.2 CE [...] hasta las relativamente más específicas y concretas que en el ámbito económico se contienen en otros preceptos del Título VIII, y también extendiéndose al ámbito social, del Capítulo Tercero del Título I CE»; ver ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución», en TRUJILLO, G. y otros (Dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 143-144.

35 Así, SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56, 1987, pp. 100 y 119.

lares de este mismo sistema económico, en particular la libertad de empresa, con respecto a la cual la defensa de los consumidores viene a representar un factor de compensación.³⁶

En definitiva, es en este plano objetivo en el que la defensa de los consumidores difícilmente puede concebirse como un fin en sí misma, sino que constituía, en la mayoría de las ocasiones, un imperativo o un instrumento para garantizar otro interés como era la efectiva libertad de las partes o el buen funcionamiento del mercado y, por ende, del sistema económico.

Ahora bien, la proclamación que se realiza en el artículo 51 CE no tendría nada de original si sólo se analizara desde el plano objetivo. Por esta razón, la cuestión que inmediatamente se plantea es la de identificar cuál es el salto cualitativo que incorpora la Constitución española de 1978 en relación con el derecho comunitario. Y es, precisamente, la perspectiva subjetiva la que ofrece la respuesta. Perspectiva que, por otra parte, viene justificada desde la propia óptica del constitucionalismo orientado, ya desde sus orígenes, principalmente a la finalidad de conseguir la libertad de los individuos frente al ejercicio del poder a través de dos principios que a la vez constituyen el contenido mínimo y suficiente de los textos constitucionales: el respeto a los derechos de los ciudadanos y la consagración de la separación de poderes.

De entrada, el artículo 51 CE —ubicado en uno de los capítulos en los que se estructura internamente el Título I relativo a los derechos fundamentales— reconoce a los consumidores y usuarios una serie de derechos que pasan a ser englobados en la categoría de nuevos derechos, que acoge el constitucionalismo social en el que la Constitución española de 1978 constituye un claro exponente. Son todos ellos derechos cuyo reconocimiento se fundamenta en las «relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia»,³⁷ lo que permite ubicarlos en la categoría de los denominados derechos de tercera o cuarta generación.³⁸

36 GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, p. 26; PEINADO GRACIA, J. I., «El pretendido “Derecho de los consumidores” y el sistema», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 224, 1997, p. 816. En cierto sentido, también ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución Económica...», ob. cit., p. 146.

37 PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, 1991, p. 206.

38 PORRAS NADALES, A. J., «Derechos e intereses. Problemas de tercera generación», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, 1981, p. 221 y PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos humanos», cit., pp. 206 y 210.

Por otra parte, esta perspectiva subjetiva que introduce la Constitución en el artículo 51 CE —y que, a mi juicio, la aleja notablemente del tratamiento que este colectivo recibe desde la perspectiva comunitaria— supone un cambio de concepción de la figura del consumidor: de ser un mero agente del mercado que, en ocasiones, por sí mismo puede aparecer como un centro de imputación normativo, la Constitución da un paso más al concebirlo como un verdadero titular de derechos. Derechos que, si bien ya aparecen expresamente formulados en el *Programa Preliminar* de la CEE, a diferencia de éste, la Constitución cuando los atribuye al consumidor le está confiriendo, por un lado, un conjunto de facultades de acción y de reacción frente posibles conductas lesivas —públicas o privadas— y, por el otro, la capacidad de intervenir de forma preventiva y positiva en ese mismo mercado, dejando de ser meros destinatarios pasivos de los bienes y servicios que en él se distribuyen (en especial a través de la representación y participación).

De ahí que el consumidor deje de ser una figura subjetiva considerada en atención a su específica situación en una determinada relación jurídica, ya consumada, y pasa a ser concebido como miembro de una colectividad caracterizada por una concreta situación social y económica en un contexto muy determinado como es el mercado. El consumidor se conceptualiza, a los efectos del texto constitucional, como un específico *status* de ciudadanía, al cual vienen atribuidos una serie de derechos que, si bien es cierto que aparecen como concreciones de otros derechos del Capítulo II del Título I CE (vida e integridad física, información veraz, asociación, tutela judicial, participación, etc.) adquieren un sentido constitucional propio y relativamente autónomo cuando se trasladan al ámbito material económico y, más concretamente, al colectivo subjetivo de los consumidores.³⁹

³⁹ En este sentido coincido plenamente con la tesis de Javier JIMÉNEZ CAMPO expresada en *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías* (Trotta, Madrid, 1999), p. 131. Concretamente por lo que se refiere a los consumidores también es la tesis defendida por Juan GÓMEZ CALERO en la monografía ya citada *Los derechos de los consumidores y usuarios*. Para este autor no puede considerarse que exista tal reiteración o redundancia con los derechos reconocidos en otras normas constitucionales, puesto que «el artículo 51 es privativo y específico de los consumidores y usuarios» sino mientras que «los otros preceptos constitucionales aludidos se refieren a los ciudadanos en general; de modo que si afectan a los consumidores y usuarios no es en cuanto tales sino en la medida en que tienen la condición de personas» (pp. 26-27, en el mismo sentido también p. 41).

2.2 · La protección de los consumidores en el Estado autonómico

2.2.1 · *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: dificultades y reglas de articulación*

El análisis de la protección de los consumidores desde la perspectiva competencial no es una cuestión fácil de abordar sin hacer frente a dos dificultades de distinta magnitud.

La primera es la ausencia de un específico título competencial en el Título VIII CE que ofrezca cobertura o al Estado o a las Comunidades Autónomas para intervenir en este ámbito. Resulta un tanto paradójico que el constituyente en 1978 quisiera afirmar la protección de los consumidores otorgándole un expreso rango constitucional pero, sin embargo, no adecuó esta voluntad al principio de distribución territorial del poder político. A lo anterior se añade que las previsiones del artículo 51 CE, más allá de contener un llamamiento a la intervención pública en este sector,⁴⁰ no podían ser concebidas como un título habilitante ni a favor del Estado ni a favor de las Comunidades Autónomas.⁴¹ Como el resto de normas que integran el Capítulo III del Título I de la CE, el artículo 51 CE se limita a formular principios que deben guiar la acción de los poderes públicos, y que adquieren materialidad sólo a través de políticas públicas.⁴² De ahí que lo dispuesto en este precepto, si bien no servirá para fundamentar una actuación estatal o autonómica, sí que va a tener una influencia muy directa en las mismas, en la medida que fija las condiciones, directrices o

40 «Un derecho social postula siempre una competencia pública para la satisfacción de una necesidad o una demanda social»; CRUZ VILLALÓN, P., «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (eds. y coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993, p. 107.

41 Expresamente en relación con el artículo 51 el Tribunal Constitucional ya lo venía afirmando desde la STC 64/1982, FJ 2. En un sentido mucho más contundente se pronunció en la STC 15/1989 al afirmar que «resulta indiscutible que el artículo 51 de la CE no es conceptuable como norma competencial» (FJ 1) —afirmación que reitera en idénticos términos en la STC 62/1991, FJ 2 y 202/1992, FJ 5. Y, en esta misma línea argumentativa, en la STC 133/1992, se precisa que la referencia a los poderes públicos que realiza el artículo 51 CE al encomendar la garantía de la defensa del consumidor se realiza «en abstracto» (FJ 4).

42 CONTRERAS, M., «Nota sobre el legislador autonómico en los derechos sociales, económicos y culturales (el caso aragonés)», en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos. Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1998, p. 459.

límites al ejercicio de las competencias que habrían de reconocerse a las diferentes instancias.⁴³

A pesar de todo, el hecho de que la protección de los consumidores estuviera ausente en los listados contenidos en los artículos 148 y 149 CE no constituyó un obstáculo para que todos los Estatutos de Autonomía, en virtud de la cláusula del artículo 149.3 CE, acogieran competencias —de muy distinto tipo— en esta materia, originando con ello un paisaje competencial nada homogéneo. De las diecisiete normas estatutarias promulgadas entre finales de los años setenta y principios de los ochenta, sólo las de Cataluña (art. 12.1.5), País Vasco (art. 10.28), Galicia (art. 30.1.4), Andalucía (art. 18.1.6), Valencia (art. 34.1.5) y Navarra (art. 56.1.d) la asumían como una competencia exclusiva. Aragón aludía literalmente a una competencia de desarrollo legislativo y ejecución «en el marco de la legislación básica del Estado» (art. 36.1). Y el resto de Comunidades asumía sólo la «función ejecutiva» en esta materia. Esta heterogeneidad de niveles competenciales viene a relativizarse con el paso del tiempo. Tras la promulgación de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, por la que se realiza la transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas de «vía ordinaria», y las consiguientes reformas de los diferentes Estatutos de Autonomía llevadas a cabo en los noventa para asumir como propias estas competencias transferidas, el horizonte competencial en la defensa del consumidor varía sustancialmente: la defensa del consumidor es asumida como una competencia o exclusiva o concurrente. Sólo los Estatutos de Ceuta y Melilla siguen acogiendo una competencia ejecutiva de la legislación del Estado en esta materia (art. 22.1.2, en ambos casos). El denominador común en todos ellos es, sin embargo, la genérica referencia a la defensa del consumidor como competencia autonómica sin más especificación.

Cuestión esta última que enlaza con el segundo de los problemas presentes en el reparto de poderes en este concreto ámbito: la dificultad de concebir la defensa de los consumidores como un título competencial autónomo, con las consecuencias que se derivan si tenemos presente que esta

43 Como afirma C. VIVER PI-SUNYER, las disposiciones constitucionales que integran los principios rectores de la política social y económica «son una concreción de esas competencias, actúan como cauce de las mismas y, a su vez, se expresan a través de ellas». Ver, de este autor, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 92, 96 y 107. Tesis a la que literalmente se adhiere Javier GUILLÉN CARAMÉS en *El marco jurídico constitucional de la Ley 11/1998...*, ob. cit., pp. 171-173.

delimitación constituye una de las piezas clave para el reparto de poderes y su correcto funcionamiento.⁴⁴

En efecto, nos hallamos ante una expresión esencialmente teleológica y de carácter interdisciplinar que provoca la imposibilidad de definir, *a priori*, con contornos precisos, lo que se entiende por defensa del consumidor. Pero también, al definir competencias aludiendo a lo que es el objeto de la norma,⁴⁵ impide que pueda hablarse de una competencia única para el Estado o las Comunidades Autónomas: existen tantas competencias, a favor de un ente u otros, según sea el aspecto o sector concreto que pueda reconducirse a ese concepto tan heterogéneo. En esta misma línea se pronunciaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia 88/1986, en la que al entender el «derecho del consumidor» como «el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al consumidor» se afirmaba cómo «la misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en que incide, hace que, en un Estado descentralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica» (FJ 4). Y, de forma más expresa, en la STC 202/1992, se definía la protección de los consumidores como una materia «resultado de un conglomerado de diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias» (FJ 5).⁴⁶ En definitiva, siendo el elemento finalista o teleológico el que preside la definición de dicho mandato constitucional, la defensa del consumidor ha sido concebida como una «materia» susceptible de ser deli-

44 Así C. VIVER PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, cit., p. 13. Entre esas mismas consecuencias que puede tener la delimitación precisa de la materia, este mismo autor indica, desde un prisma político, el *quantum* de poder atribuido a la instancia competente —relativizado por otros aspectos—, lo que para las Comunidades Autónomas, especialmente, se traduce en la garantía de la existencia estable de un ámbito material propio exclusivo de autogobierno, o desde una perspectiva estrictamente teórica y jurídica, la certeza con la que puede actuar la instancia competente a la hora de actuar sus respectivas potestades, evitándose o reduciéndose, de esta manera, los conflictos constitucionales de competencias y limitando al mínimo el casuismo jurisdiccional posibilitando a la vez una doctrina jurisprudencial más continua (pp. 17-18).

45 Ver, entre otras, las SSTC 71/1982, FJ 2; 95/1984, FJ 7; 69/1988, FJ 4; 15/1989, FJ 1; 62/1991, FJ 2 o 133/1992, FJ 4.

46 Para J. A. SANTAMARÍA nos hallamos ante un «concepto abstracto y globalizador, que enmarca desde una perspectiva finalista concreta una pluralidad de actuaciones públicas que, para el texto constitucional, pertenecen a diversas “materias” de las que enumera en los dos artículos citados». Ver «I. La regulación normativa de la distribución competencial», *Estudios sobre Consumo*, n.º 3, 1984, p. 165.

mitada como tal por referencia a actividades públicas dirigidas a ese fin, lo que en última instancia le confiere un carácter residual, ocupando espacios que le dejan otras materias que puedan concurrir con la misma.⁴⁷

La cuestión era especialmente problemática para aquellas Comunidades cuyos Estatutos de Autonomía asumían la competencia en defensa de los consumidores y usuarios en términos de exclusividad, sin especificar —como ya se ha señalado— a qué concretos ámbitos de actuación en este sector venían referidas las facultades exclusivas que se asignaban a los órganos autonómicos. A pesar de que el Tribunal Constitucional ya había ido atemperando el alcance de esta competencia autonómica en su jurisprudencia,⁴⁸ no es hasta la STC 15/1989 cuando, a propósito de resolver los recursos de inconstitucionalidad presentados por los Gobiernos de Cataluña, País Vasco y Galicia contra la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 29 de julio), entiende que nos hallamos ante una competencia «compartida». La incidencia que en dicha materia pueden tener otros títulos competenciales estatales, a pesar de no tener como objeto principal la tutela del consumidor, conduce al Tribunal a reconocer literalmente que «estamos ante una materia que dado su carácter pluridisciplinar, resulta en todo caso compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que, por lo demás, fácilmente se comprueba en algunos Estatutos de Auto-

47 Así, VIVER PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, cit., p. 244.

48 En la STC 95/1984, FJ 7, ya se advertía dicha «atemperación» en el caso de las competencias exclusivas de Cataluña y País Vasco. También en la STC 68/1988 se afirmaba que a pesar de la calificación de exclusiva de la competencia catalana en el artículo 12.1.5 EACat., ésta no podía ser interpretada como tal en su alcance efectivo, por dos tipos de razones. La primera, por la propia dicción literal de la disposición estatutaria que «contempla la concurrencia de competencias estatales específicas al ordenar que su ejercicio habrá de realizarse “de acuerdo con las bases...”». Y la segunda es que, además de estos límites expresados en el propio Estatuto de Autonomía, el Tribunal recuerda que «esta competencia tampoco podrá ejercerse en términos tales que resulten menoscabadas o invadidas otras competencias estatales, aun cuando no vengan expresamente citadas en dicha norma pues el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (FJ 3). Igualmente, en el caso de Cataluña, en la STC 88/1986 se afirmaba que la competencia reconocida en el artículo 12.1.5 EACat. era «limitada por diversos principios constitucionales y títulos competenciales estatales», por lo que «la exclusividad [...] con la que la CA de Cataluña ha asumido esta competencia debe significar que es a ella a quien corresponde, en su ámbito territorial, la garantía del objetivo de la defensa del consumidor y del usuario con los límites derivados de la Comunidad y del propio Estatuto, particularmente en la medida que configuran competencias reservadas al Estado» (FJ 4) —y a esta misma argumentación se remite la STC 148/1992, FJ 2.

nomía al reconocerse que la competencia exclusiva de la Comunidad en esta materia se actuará “en los términos de lo dispuesto” [...] o “sin perjuicio de” [...]» (FJ 1).

Y, en este específico contexto, se ha puesto un especial hincapié en las competencias que la Constitución atribuía al Estado en los títulos transversales contenidos en los artículos 149.1.13 —ordenación general de la economía— o 149.1.1 —regulación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales—; o en otros más específicos como la legislación mercantil o procesal —artículo 149.1.6— o la sanidad —artículo 149.1.16—; o, incluso, aquéllas que pudieran derivarse de la cláusula de «unidad de mercado»⁴⁹ —artículo 139 CE—, concebida como una garantía tanto de la libre circulación de bienes, impidiendo la adopción, por parte de ninguna autoridad, de medidas, incluso normativas, que directa o indirectamente la obstaculicen, como de la igualdad de derechos y obligaciones de las personas, también en su condición de agentes económicos (consumidores, productores y/o distribuidores), en cualquier parte del territorio.

Tal concurrencia de reglas competenciales sobre un mismo ámbito ha hecho del todo necesario establecer criterios a cuya luz habrá de examinarse cuál de ellas es la prevalente y, por tanto, la que identifica el título competencial y su titular en el caso concreto. Y en este sentido han sido dos las técnicas perfiladas: la razón o fin de la regla, de manera que prevalece la norma que tiende más directamente a la tutela de este colectivo, y la preferencia del título más específico sobre el de más amplio alcance.

El criterio teleológico ha sido especialmente utilizado por el Tribunal cuando en una misma norma concurrían al menos dos finalidades que, aunque conectadas, podían reputarse distintas. Este es el supuesto que se plantea cuando la norma va destinada a un contexto tan amplio como es el mercado y todo lo relativo a su ordenación, en el cual la actuación dirigida a un objetivo, como por ejemplo la defensa de la competencia, puede incidir en la de-

⁴⁹ Se trata, como expresamente indica Javier GARCÍA ROCA, «de un límite de génesis jurisprudencial que condiciona de modo tácito el ejercicio de todas las competencias autonómicas en estas materias», límite que, en cierto modo, «no deja de ser una manifestación de la Nación como un mercado unitario». GARCÍA ROCA, J., «Defensa del consumidor, concurrencia imperfecta de competencias entre las Administraciones Públicas y unidad del mercado nacional», en *Curso de Doctorado sobre derecho de los consumidores, Constitución Económica y Derecho del consumo*, Dirección General de Comercio y Consumo, Madrid, 1987, p. 105.

fensa de los consumidores y a la inversa. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha intentado establecer una diferenciación en la actuación de una u otra finalidad, al entender que ambos elementos «de la ordenación del mercado [defensa de la competencia y protección de los consumidores] pueden diferenciarse desde una perspectiva general, partiendo del criterio consistente en considerar que el primero de ellos —la defensa de la competencia— se refiere a la regulación de la situación recíproca de las empresas [...] en el mercado, en cuanto que los sujetos a considerar, es decir, las empresas, compiten en una situación que se quiere de igualdad en el mercado; mientras que el segundo aspecto —la defensa de los consumidores— hace referencia a una situación distinta en cuanto que el consumidor aparece como destinatario de unos productos ofrecidos por las empresas» (STC 88/1986, FJ 4 o, más recientemente, la 106/2009, FJ 3). De esta manera, correspondería a la Comunidad Autónoma la competencia para regular aquellas materias predominantemente relacionadas con la defensa de los consumidores y al Estado la de aquellas vinculadas sobre todo a la defensa de la competencia.

No obstante su utilidad, el recurso a la definición finalista otorgada tiene el riesgo de extender el alcance de un título a ámbitos materiales que objetivamente corresponden a otras materias.⁵⁰ Se produciría, entonces, una conexión de la materia tal que permitiría reconocer en los fines la competencia principal a cuyo ámbito se reconducirían las materias accesorias.⁵¹ Así se constata, por ejemplo, en las SSTC 71/1982, 15/1989 y 313/1994, en las que el derecho a la información de los consumidores es reconducido al ámbito competencial estatal cuando su regulación suponga la creación de nuevas obligaciones en las relaciones contractuales entre los consumidores y los empresarios; mientras que si no se introduce este *novum* «la determinación de la información que debe darse al consumidor, se sitúa en la materia defensa del consumidor» (FJ 2, STC 313/1994).

La preferencia del título más especial frente al más general se ha utilizado en supuestos en los que la defensa del consumidor entraba en conflicto con la publicidad, haciendo prevalecer esta última como título más específico frente al más genérico de la información de los consumidores (STC 146/1996). Pero también, de una forma más significativa, los casos en los que concurrían los títulos de sanidad y defensa de los consumidores, en los

⁵⁰ VIVER PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, cit., p. 156.

⁵¹ Definición de materia conexa ofrecida por MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1982, p. 382.

que el Tribunal ha reconocido en la sanidad el título competencial más especial y, en ocasiones, más específico que el de la defensa de los consumidores (SSTC 71/1982, FFJJ 6 y 7; 87/1985, FJ 8; 102/1985, FJ 1; 69/1988, FJ 4; 80/1988, FJ 3; 136/1991, FJ 2; 67/1996, FJ 3 y 147/1996, FJ 5).⁵²

Junto a los criterios anteriores —el de la finalidad y el de la especialidad/especificidad— han operado otros como el del contenido objetivo o el de la delimitación por disciplinas jurídicas, que también han contribuido a sustraer del ámbito autonómico facultades que aun siendo instrumentales a la defensa del consumidor se ubicaban objetivamente en otras competencias. De esta manera, por citar alguno de los ejemplos más significativos, se ha reconocido que el título contenido en el artículo 149.1.6 CE —legislación mercantil— habilitaba al Estado, y no a la Comunidad Autónoma, para regular sobre los requisitos relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, la forma y contenido en la que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones en el ejercicio de esa actividad (SSTC 71/1982, FJ 9B final; 227 y 228/1993, FJ 5 y 9, respectivamente o 157/2004, FJ 9). Este mismo título amparaba la competencia estatal para regular el arbitraje y los proce-

52 Si bien ya es de por sí criticable esta calificación de título más especial o específico, lo más significativo es cómo, en ocasiones, la utilización expansiva de este criterio de la especialidad y/o especificidad se ha desbordado de tal manera que el Tribunal lo ha llegado a aplicar con relación a la exigencia de la lengua del etiquetado de los productos destinados al mercado. En efecto, si bien el tema de la lengua en relación instrumental con la información a suministrar a los consumidores, había sido tratada en SSTC como la 69/1988, 80/1988 o 67/1996, no es hasta la STC 147/1996, cuando con la excusa que el carácter más específico de la sanidad prevalece sobre el más general de la defensa de los consumidores, el Tribunal declara la competencia del Estado para disciplinar los datos que obligatoriamente «han de figurar en el etiquetado de los productos alimenticios» (FJ 5 final). Las competencias sobre política lingüística no son obstáculo para reconocer la titularidad de la competencia controvertida al Estado, «materialmente encuadrable en la competencia exclusiva estatal sobre las bases y coordinación general de la sanidad [...] dada la transcendencia para la salud de los consumidores de la disciplina que en la misma se establece (FJ 8). Esta argumentación fue contundentemente cuestionada en sendos votos particulares formulados, respectivamente, por C. VIVER PI-SUNYER, al que se adhiere, V. GIMENO SENDRA, y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. En ambos se discrepa del alcance que se otorga a la competencia estatal sobre bases de la sanidad. Y concretamente en el primero de ellos se aboga por reconocer la competencia autonómica para regular la lengua en la que debe suministrarse la información, incluso cuando ésta esté en estrecha relación con la salud de los consumidores. La garantía de la igualdad se realiza impidiendo que la Comunidad «pueda imponer o permitir la utilización exclusiva de esta lengua en supuestos en que esta imposición o permisión pueda llevar a los consumidores al desconocimiento o a la confusión de datos relevantes para su salud —ya que con ello invadirían la competencia estatal sobre bases de la sanidad—».

dimientos de garantía y acceso —legitimación— de los consumidores y sus asociaciones (SSTC 71/1982, FJ 20; 15/1989, FJ 9B; 62/1991, FJ 5; 173/1998, FJ 16a o 135/2006, FJ 12a). A la competencia formulada en el artículo 149.1.18 CE se han reconducido tanto la creación de nuevas obligaciones en las relaciones contractuales consumidor-empresario, en relación con el deber de suministrar información veraz, (SSTC 71/1982, FJ 18; 62/1991, FJ 4F; 284/1993, FJ 5 o 157/2004, FJ 9), como lo relativo a la regulación incidente en las condiciones generales de contratación, contenido de los contratos y acciones por incumplimiento, modalidades de venta cuando introducen un *novum* en el contenido contractual (STC 264/1993, FJ 5).

Los aspectos anteriormente analizados han provocado reconocer que en este ámbito la competencia autonómica tiene un margen muy reducido como título competencial autónomo. Y tampoco puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional haya servido ni para clarificar el panorama competencial ni para dotar de mayor alcance a las competencias de las Comunidades Autónomas. No ha sido muy clarificadora, puesto que en los frecuentes supuestos de concurrencia de la defensa del consumidor con otros títulos competenciales, especialmente estatales, se ha llegado a unos resultados tan desiguales y dispares que se ha acabado por crear un clima de tal confusión que no sólo impide determinar *a priori* la instancia, estatal o autonómica, competente, sino que, incluso, una vez identificada ésta, no se sabe con exactitud el alcance de esta competencia. Igualmente debe tenerse presente la labor de «uniformización» que ha operado esta jurisprudencia ya desde la STC 71/1982. En efecto, si hay una línea más o menos continuada en la doctrina del Tribunal Constitucional es, precisamente, la que se manifiesta por una clara reducción de las competencias autonómicas a los aspectos puramente administrativos, sustrayendo de su ámbito de decisión la regulación de aspectos innovadores en las relaciones entre los sujetos de la relación de consumo (consumidores y «profesionales»).

En conclusión, estamos ante una competencia que despliega su eficacia máxima a través de otros títulos específicos diferentes al de la defensa del consumidor. Ello, a su vez, origina una distinta funcionalidad de este título competencial y de las facultades normativas o de ejecución que el mismo comprende. Así, desde una perspectiva genérica, nos hallamos ante una auténtica competencia residual, delimitada en un sentido propiamente negativo: las Comunidades Autónomas podrán incidir en todos aquellos aspectos de la defensa del consumidor que no puedan ser reconducidos a otras competencias estatales en virtud de un título constitucional específico. Pero

igualmente, desde un prisma autonómico, este título actúa como cláusula de refuerzo si tenemos en cuenta que, en el contexto autonómico, también existen otros títulos competenciales que inciden en la esfera jurídica del consumidor.

2.2.2 · La aportación de los «nuevos» Estatutos de Autonomía

Los Estatutos de Autonomía reformados en este último período introducen diversas e importantes novedades. De todas ellas, me detendría en dos: la incorporación de cartas de derechos, deberes y principios rectores y la formulación de las competencias autonómicas.

Las declaraciones territoriales de derechos constituyen un contenido que, con mayor o menor extensión, aparecen en todos ellos.⁵³ Y en éstas, la protección del consumidor tiene un peso desigual, porque a pesar de haber sido proclamada expresamente, no puede afirmarse que los legisladores autonómicos hayan adoptado un patrón común. Así, mientras que en la reforma del Estatuto valenciano se establece un mandato a la Generalitat para que garantice las políticas de protección del consumidor, haciendo una expresa alusión sólo a sus derechos al asociacionismo (art. 9.5), el de Baleares (art. 14) conjuga este explícito mandato junto con una enumeración de algunos concretos derechos (a ser informado y a intervenir, directamente o a través de sus representantes, ante las Administraciones públicas autonómicas). En el Estatuto de Castilla y León, la protección de los consumidores se acoge sólo como un principio rector de las políticas públicas, apareciendo algunos de sus derechos básicos como obligadas directrices de esta actuación de los poderes autonómicos (art. 16). Y, por último, en los Estatutos de Cataluña (art. 28), Andalucía (art. 27), Aragón (art. 17) y el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 21.1) se enumeran derechos que integran el estatuto jurídico del consumidor: básicamente los derechos a la salud, la seguridad, los legítimos intereses económicos y sociales, la

⁵³ Para un análisis más detallado de las mismas, me remito al estudio que realicé sobre «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», publicado en la *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 5, 2007, pp. 147-202 o a las «Conclusiones Generales. Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía», que junto con M. A. CABELLOS publicamos en el libro colectivo *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 345-363.

educación y formación, la información, la participación y la consulta y, en el caso de Cataluña, además, se especifican los derechos lingüísticos (art. 34). También en el Estatuto catalán la defensa de los consumidores se acoge como un principio rector (art. 49), en el que se formula un expreso mandato a los poderes públicos catalanes para que den protección al conjunto de derechos de los consumidores, estableciendo los mecanismos adecuados de mediación y arbitraje.

Por lo que se refiere a las competencias, también es un denominador común en todos los Estatutos el incremento de los ámbitos materiales de actuación. A partir de ahí, la novedad, en esta sede, radica en la adopción, por parte de algunos de estos Estatutos (concretamente, el de Cataluña, de Andalucía y, en cierta medida, también el de Aragón, así como el todavía proyecto estatutario de Castilla-La Mancha) de una original técnica de enunciación: la de la enumeración de materias sobre las que se proyectan diversos tipos de competencia, acompañándola de una definición de las funciones que corresponde a cada uno de los tipos de competencia —exclusivas, compartidas y de ejecución, así como a las actividades de fomento que pueden integrar el alcance de la actuación de las instituciones autonómicas en todas ellas. El resto de normas estatutarias (de Valencia, Baleares y Castilla y León) sigue manteniendo la regla tradicional de identificar las competencias de la Comunidad Autónoma priorizando la función y sistematizándolas en torno a las diversas categorías: exclusivas, competencias de desarrollo legislativo y ejecución y competencias de ejecución de la legislación estatal.⁵⁴

En todos los títulos estatutarios referidos a las competencias sigue apareciendo la defensa del consumidor. En los de los Estatutos que siguen utilizando la técnica tradicional se aportan pocas novedades en un plano real. En el Estatuto de Castilla y León sigue apareciendo como una competencia de desarrollo normativo y ejecución de la legislación básica estatal (art. 71.1). Y en los de Valencia y Baleares, a pesar de ser acogida como competencia exclusiva, esta calificación es más formal que real. En efecto, en el Estatuto valenciano (art. 49.35º) porque la sigue asumiendo «sin perjuicio de la política general de precios, libre circulación de bienes, la legisla-

⁵⁴ Las novedades que, desde la perspectiva competencial, incorporaban los nuevos Estatutos de Autonomía fueron también objeto de estudio en mi trabajo «Las competencias en los nuevos Estatutos de Autonomía», que será próximamente publicado en el libro *La reforma de los Estatutos de las comunidades autónomas y las reformas del regionalismo italiano* (en prensa).

ción sobre la defensa de la competencia y la legislación del Estado». Y en el balear (art. 30.47º), porque sigue situándola «en el marco de las bases y la ordenación de la actividad económica general y en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 CE». Esta última norma estatutaria, sin embargo, especifica, al margen de lo anterior, las facultades de regulación y fomento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de regulación de los procedimientos de mediación, sobre las que sí puede proyectarse esta exclusividad en la intervención autonómica.

Diferentes conclusiones suscitan los Estatutos que adoptan esa nueva técnica de asunción de competencias. En ellos, la competencia en materia de defensa de los consumidores aparece notablemente desglosada en otras tantas materias y campos de actuación pública en todas ellas.

En el Estatuto catalán, el artículo 123 acoge la competencia exclusiva de la Generalitat, la competencia exclusiva en materia de consumo, indicando que, en la misma se incluye «en todo caso»: la defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios que proclama el Estatuto y el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación; la formación y la educación en el consumo; la regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en los procedimientos y asuntos que les afecten, así como la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo y de la información en materia de consumidores y usuarios. Con similar extensión y detalle se pronuncia el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha, en cuyo artículo 121 se refiere a la competencia exclusiva de esta Comunidad a: la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, en especial de aquellos colectivos que se encuentren en situaciones desfavorecidas, mediante los procedimientos que a tal efecto se prevean; la regulación de los órganos y los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo; la inspección y ordenación del mercado y el fomento de las asociaciones de consumidores y usuarios y su participación en los asuntos que les afecten, así como de la información, la formación y la educación en el consumo responsable.

Mucho más parcas son las normas estatutarias de Andalucía y Aragón. El artículo 58 del Estatuto andaluz atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en la defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en

el consumo y la aplicación de reclamaciones. Y el artículo 71.26º del aragonés especifica esta exclusividad a la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos de mediación.

A la vista de esta pormenorizada especificación de contenidos, nos planteamos si realmente los legisladores estatutarios han llevado a cabo una labor de creación contemplando «nuevos» campos de actuación en una materia que, como la defensa de los consumidores, ya aparecía como competencia propia en los derogados Estatutos o, por el contrario, estamos ante una operación de mera concreción y actualización de los ámbitos materiales en los que las instituciones autonómicas ya venían realizando algún tipo de actuación en el marco de sus competencias. Y la respuesta a esta cuestión se declina por la segunda de las opciones. Estamos ante un ejercicio de auténtico pragmatismo. En un sector material tan complejo y heterogéneo como la defensa de los consumidores, el estatuyente ha buscado, sobre todo, plasmar lo que a lo largo de todos estos años se ha ido delimitando por la jurisprudencia constitucional como ámbitos materiales propios de actuación de la Comunidad Autónoma con el propósito de aportar una cierta claridad y certeza, evitando ambigüedades y entrecruzamientos con otros títulos competenciales estatales. Y si nos fijamos, en aquellos Estatutos en los que se realiza un desglose de la materia de la defensa de los consumidores, prácticamente hay una coincidencia en cuanto a los ámbitos de intervención de la Comunidad Autónoma, siendo todos ellos espacios que ya habían ido delimitándose e identificándose, con mayor o menor extensión, por la jurisprudencia constitucional.

2.2.3 · La actuación normativa de las competencias y el impacto del derecho comunitario

La opción de los legisladores estatal y autonómico fue, desde el inicio, la de promulgar una sola ley que, con carácter general, diera cumplimiento a los mandatos del artículo 51 CE, en su respectivo ámbito de competencias.

La primera norma de protección de los consumidores fue adoptada por el País Vasco con la Ley 10/1981, de 18 de noviembre (Estatuto vasco del consumidor) —declarada parcialmente inconstitucional en la STC 71/1982. En 1984, el Estado aprueba la Ley General de Defensa de los Consumidores y

Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio. A partir de su entrada en vigor, las Comunidades Autónomas van adoptando sus respectivas leyes. Primero, las que habían asumido la defensa de los consumidores como competencia exclusiva: Galicia —Ley 12/1984, de 28 de diciembre—; Andalucía —Ley 5/1985, de 8 de julio—; Valencia —Ley 2/1987, de 9 de abril— y Cataluña —Ley 3/1993, de 5 de marzo. Y en los años noventa, una vez que el Tribunal ha ido perfilando las concretas facultades que corresponden a las Comunidades Autónomas (especialmente con la STC 15/1989) y se ha promulgado la LO 9/1992 con la consiguiente transferencia de competencias en este ámbito —que las reformas de los Estatutos de la «vía ordinaria» asumen como propias—, el resto: Castilla La Mancha —Ley 3/1995, de 9 de marzo—; Murcia —Ley 4/1996, de 14 de junio—; Aragón —Ley 8/1997, de 30 de octubre—; Baleares —Ley 1/1998, de 10 de marzo—; Cantabria —Ley 6/1998, de 15 de mayo—; Madrid —Ley 11/1998, de 9 de julio—; Castilla-León —Ley 11/1998, de 5 de diciembre—; Asturias —Ley 11/2002, de 2 de diciembre— o Canarias —Ley 3/2003, de 12 de febrero. La excepción la constituye Extremadura, cuya primera norma es adoptada con rango reglamentario a mediados de los años noventa —Decreto 44/1995, de 18 de abril— y no se deroga hasta la promulgación de la Ley 6/2001, de 24 de mayo.

El denominador común de las citadas normas autonómicas es su inspiración en la LGDCU, mucho más intensa que las que se adoptaron durante los años ochenta. Su núcleo básico se integra por un conjunto de disposiciones referidas a aspectos jurídicos-administrativos —que son sobre los únicos que se extiende la competencia autonómica, habida cuenta del «recorte» que la jurisprudencia constitucional ha impuesto a la competencia autonómica por su conexión y concurrencia con otros títulos competenciales, sobre todo, estatales.⁵⁵

Teniendo presente que en el momento de dictarse estas disposiciones existía, en el ámbito europeo, un notable acervo normativo en defensa del consumidor, la influencia que en todas estas normas internas proyecta el

55 Jurisprudencia que expresamente se ha referido a este contenido como «actividades de *política administrativa* derivados del título competencial» o la «previsión de *medidas administrativas*» (STC 62/1991, FJ 4B y D final —la cursiva es mía—). Ello ha provocado que, con ocasión de formular un Voto Particular a la STC 208/1999, el magistrado F. GARRIDO FALLA se haya referido a esta actuación de la competencia autonómica como de «legislación administrativa en defensa del consumidor».

ordenamiento comunitario es, francamente, escasa. Es cierto, sin embargo, que antes de producirse la incorporación de España a la CEE, algunas leyes autonómicas ya acogían en sus Exposiciones de Motivos referencias expresas al derecho comunitario y, en especial, al *Programa Preliminar* de 1975, con un valor meramente simbólico. Así, el Estatuto vasco del consumidor (de 1981) alude, de una forma aséptica, tanto a la Carta Europea de Protección del Consumidor adoptada por el Consejo de Europa como al *Programa Preliminar* comunitario. La Ley gallega de 1984, refiriéndose a los mismos documentos, destaca su importancia atendiendo tanto a los derechos que incorporan como, sobre todo, a las recomendaciones que presentan a los Estados miembros «dirigidas a conseguir una armonización legislativa en este campo». Y la andaluza de 1985 expresa el propósito de «participar con plenitud de la integración de la CEE».

Una vez producido el ingreso a la CEE, las leyes de Madrid o Castilla y León, ambas de 1998, siguen manteniendo la genérica referencia al derecho europeo en sus respectivas Exposiciones de Motivos. Otras Comunidades, sin embargo, comienzan a señalar específicas normas comunitarias empleando algunas de sus formulaciones en el articulado de la ley autonómica. Es el caso de la Ley de Castilla-La Mancha, de 1995 con la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad de los productos o la de Baleares de 1998, que de una forma genérica se refiere a la incorporación que realiza esta ley «de las prescripciones de las últimas directivas comunitarias en materia de defensa del consumidor, a fin de hacer efectivas las políticas de protección de los consumidores y usuarios de la Unión Europea».

Tampoco han sido más proliferas las reformas que se han introducido entre los años 2003 y 2006 a algunas normas de protección de consumidores ya citadas. En concreto nos referiremos a las leyes de Andalucía —Ley 13/2003, de 17 de diciembre—; del País Vasco —Ley 6/2003, de 22 de diciembre—; de Castilla-La Mancha —Ley 11/2005, de 15 de diciembre—; de Cantabria —1/2006, de 7 de marzo—; de Aragón —Ley 16/2006, de 28 de diciembre— y la regulación promulgada por primera vez en Navarra —Ley foral 7/2006, de 20 de junio. Algunas de ellas introducen una nueva disciplina de la defensa de los consumidores y usuarios en sus respectivas Comunidades Autónomas sin que se aluda al derecho comunitario: es el caso específico de las leyes cántabra y aragonesa, de 2006. La leyes de Andalucía y País Vasco, de 2003, y las de Castilla-La Mancha, de 2005, y Navarra, de 2006, sí que incorporan estas referencias al ordenamiento comunitario en defensa de los consumidores en sus Exposiciones de Motivos, pero sólo a los

efectos de encuadrar la regulación que dispone la ley en el contexto europeo integrado por los tratados y el derecho derivado.

Lo que se ha constatado en este contexto es que el derecho comunitario en defensa de los consumidores ha sido objeto de preferente trasposición por parte de la normativa estatal, tanto desde el punto de vista sectorial como general a través, en este último supuesto, de las sucesivas reformas que se han ido introduciendo a la LGDCU de 1984.⁵⁶ El resultado de toda esta labor ha sido la necesidad, por parte del Estado, de sistematizar toda la regulación que se había ido dictando en defensa de los consumidores. Esta ordenación se ha llevado a cabo con la adopción, por el Gobierno estatal, del R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.⁵⁷

En cambio, por lo que se refiere al ordenamiento autonómico, son pocas —como ya se ha comentado— las normas de protección del consumidor en las que se alude al derecho europeo, y cuando así lo hacen es para enmarcar esta legislación autonómica en el contexto europeo que se deriva del ordenamiento comunitario, cuya existencia, como se indica, se ha tenido en cuenta en la elaboración de la norma autonómica. Y escasas son también las referencias a este derecho en otras normas de las Comunidades Autónomas en las que se regulan materias vinculadas a la defensa de los consumidores o aspectos específicos de la misma.⁵⁸

Lo que sí se aprecia en las leyes autonómicas de defensa del consumidor, en especial en aquellas que se han ido aprobando desde los inicios del año dos mil —con posterioridad, por tanto, a la entrada en vigor del Tratado

⁵⁶ Para un detallado análisis de cómo se ha procedido a trasponer las directivas comunitarias más relevantes en esta materia por parte del legislador estatal me remito a AAVV, «La política común de los consumidores en la Unión Europea», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y CANOSA USERA, R. (Eds.), *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, cit., pp. 44-51.

⁵⁷ El R.D. Legislativo de 2007 daba cumplimiento a la expresa habilitación conferida al Gobierno en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

⁵⁸ A modo de ejemplo citemos el caso catalán, en que específicamente se alude a la trasposición de concretas directivas comunitarias en la Ley 20/2002, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria —norma en la que la competencia en materia de defensa del consumidor actúa junto con otros títulos que el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 explicita en otras materias como higiene y sanidad interior, agricultura y ganadería o medioambiente— o en el Decreto 73/2002, de 19 de febrero, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

de Ámsterdam— es un mayor detalle en la regulación, específicamente en aquellos ámbitos que han sido reconocidos como competencia de las Comunidades Autónomas por la jurisprudencia constitucional (la protección de intereses sociales, información, formación y educación, facultades de inspección, determinación de las sanciones, organización administrativa al servicio de los derechos e intereses del consumidor y habilitación de mecanismos —mediación o arbitraje— para la satisfacción de estos derechos y resolución de conflictos con otros agentes que concurren en el mercado). Pero también se ha incorporado a estas normas una disciplina más acotada del concepto de consumidor, de los intereses y derechos de las categorías especiales de consumidores, se potencia la creación y las atribuciones de órganos de consulta y representación de los consumidores de la Comunidad Autónoma (los denominados Consejos de Consumidores), o de organismos autónomos con competencias en planificación o ejecución de las políticas de consumo (el caso de la Agencia Catalana del Consumo) y se incluyen «nuevos» sectores en la actuación de los poderes públicos autonómicos consecuencia de los desarrollos tecnológicos.

Por lo que se refiere a la nueva ordenación competencial que, presidida por los derechos y principios rectores en esta materia, introducen los «nuevos» Estatutos de Autonomía es todavía pronto para analizar sus consecuencias. Sí que, como se ha señalado, esta intervención autonómica ha quedado mucho más clarificada en cuanto a los ámbitos en los que puede incidir (especialmente en aquellos Estatutos que, como Cataluña, Andalucía y Aragón han dotado de un contenido específico al título referido a la defensa de los consumidores, también a través de una perspectiva subjetiva con la enumeración de los concretos derechos y, en su caso, principios rectores que estatutariamente se amparan). En este momento, sólo Cataluña ha iniciado el procedimiento para la aprobación de una nueva normativa en defensa del consumidor. Nos estamos refiriendo al anteproyecto de ley de Código de Consumo.⁵⁹ Con todas las cautelas propias de esta embrionaria fase en la que se encuentra, este documento, de materializarse como una ley, supondrá la unificación de la disciplina del consumo con el fin de adecuar la normativa básica y general de defensa de los consumidores a las actividades actuales del mercado. El anteproyecto indica los diferentes motivos que están presentes en la elaboración del Código. Entre ellos, se

⁵⁹ Su texto íntegro puede consultarse en <<http://www.consum.cat>>.

destacaría «la necesidad ineludible de proceder a la actualización de la normativa de consumo en Cataluña» —labor en la que se tiene muy presente la ampliación de la presencia de la protección de los consumidores en el Estatuto de 2006— pero también el «distanciamiento que actualmente se observa entre la legislación vigente y las directivas comunitarias». De ahí que en la Exposición de Motivos que acompaña el anteproyecto se enumeren un conjunto de directivas —transversales y sectoriales— que expresamente se vendrían a incorporar al ordenamiento catalán.

3 · Consideraciones finales

En la actualidad, la intervención pública en defensa del consumidor se mueve en torno a dos ámbitos muy interaccionados entre sí: el de la Unión Europea y el estatal, caracterizado, a su vez, por una descentralización territorial del poder.

Éstos, a su vez, están muy condicionados por la compleja naturaleza multifacética de esta materia definida esencialmente por los fines que pretende, cuya consecución puede exigir la concurrencia de actuaciones de muy diverso contenido. Se hace muy difícil, por tanto, dar una respuesta competencial unívoca a la protección de este colectivo: existen, por el contrario, tantas respuestas competenciales como facetas de esta tutela en la que se pretenda intervenir.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la política de defensa de los consumidores se ha articulado, desde sus orígenes, en un marco muy concreto: el que determinan los objetivos para los que fueron creadas, en los años cincuenta, las Comunidades Europeas. En esencia, la creación de un mercado común en el que pudieran circular libremente bienes y servicios. A ello se añade el hecho de que los redactores de los tratados omitieron hacer referencia a una política que tuviera como principal finalidad asegurar la posición del consumidor en este mercado y amparar sus derechos e intereses más básicos. Esta omisión no fue obstáculo, sin embargo, para que las instancias comunitarias emprendieran acciones en este ámbito, justificándose en su necesidad para el buen funcionamiento de este mercado, y que se proyectaban en distintos sectores.

Desde sus inicios, por tanto, la protección de los consumidores se ha caracterizado, esencialmente, por ser una política instrumental al buen funcionamiento del mercado. Esta instrumentalidad, a la vez, ha exigido la

transversalidad con respecto al resto de políticas comunitarias que aseguraban la existencia y viabilidad del mercado interior. Pero también ha condicionado el reparto de poderes entre las instancias comunitarias y los Estados miembros calificando esta competencia como compartida: la intervención comunitaria se proyectará en aquellos aspectos de la defensa del consumidor que incidan en este mismo mercado, lo que no impide que estos mismos Estados puedan mantener regulaciones propias que dispensen una mayor protección, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con los tratados. En el resto de aspectos, los Estados serán competentes para actuar y la Unión Europea se limitará a apoyar, complementar y supervisar esta actuación. Y, precisamente, es en estos términos en los que ha venido a consagrarse, tardíamente, la política de protección de los consumidores en los tratados constitutivos, desde la adopción del Tratado de la Unión Europea, en 1992.

Por otra parte, no cabe olvidar que en la concepción de la defensa de los consumidores como política global, antes de su consagración en el derecho originario, han contribuido en gran medida los diversos documentos que, desprovistos en la mayoría de los casos de fuerza vinculante (comunicaciones, resoluciones, etc.), han ido plasmando, periódicamente, las líneas generales y prioridades de actuación de la Unión e identificando los sectores objeto de armonización de las diferentes legislaciones nacionales que, dictadas a favor del consumidor, podían suponer obstáculos a la libre circulación. Y, de esta manera, este proceso de armonización se ha limitado a la aprobación fragmentada de normas sectoriales que incidían en los diversos aspectos que se incluyen en la protección de los consumidores (seguridad general de los productos; responsabilidad por productos defectuosos; sistemas de pago; comercialización a distancia de servicios financieros; ventas a domicilio; utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; viajes combinados; acciones de cesación; cooperación administrativa; seguridad de los servicios y responsabilidad de los proveedores de servicios; comercio electrónico; servicios de interés general; prácticas comerciales desleales; publicidad comparativa y engañosa; indicación de precios; cláusulas abusivas en los contratos; venta y garantías de los bienes de consumo, etc.).

En la actualidad, no obstante, cabe advertir alguna novedad puntual y aislada que, de consolidarse, podría introducir cambios significativos en la forma de proceder de las instituciones comunitarias. Si dejamos a un lado la idea de elaborar un «Código Europeo del Consumo» para unificar en un

solo cuerpo legal toda la normativa comunitaria en este ámbito, en el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo – COM (2006) 744 final, de 8 de febrero de 2007—, la Comisión pone un especial énfasis en una nueva dinámica: la refundición de las disposiciones existentes en esta materia para «reforzar la confianza de los consumidores». Propósito que se ha materializado, recientemente, en la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008 —documento COM (2008) 614 final— cuyo principal objetivo es el de hacer frente a una excesiva fragmentación del acervo sobre derechos de los consumidores en el seno de la Unión Europea tratando de sistematizar en una sola norma la regulación que, hasta la fecha, se contiene en diversas directivas (sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; sobre determinados aspectos de la venta y garantía de bienes de consumo; sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales).

Desde la perspectiva del ordenamiento interno, la protección de los consumidores se consagró al más alto nivel normativo, dotándole de rango constitucional. El artículo 51 CE, ubicado en el título constitucional relativo a los derechos, establecía un expreso mandato a los poderes públicos estatales para intervenir en este sector, acompañándolo de una específica proclamación de derechos.

La primera incidencia del derecho comunitario —a pesar de no haberse producido todavía la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea— ya la podemos identificar en esta disposición constitucional, en cuya redacción se aprecian muchas similitudes con el *Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*, adoptado en 1975.

Ahora bien, este deber de proteger a los consumidores no venía acompañado, en el texto de la Constitución, de un específico reparto de poderes entre las diversas instancias que integraban la forma de Estado compuesta diseñada en el artículo 2 de la CE: Estado y Comunidades Autónomas. La defensa de los consumidores no aparecía en el artículo 148 CE como una de las posibles competencias que las Comunidades Autónomas podrían asumir en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ni en el artículo 149 CE se atribuía al Estado. A pesar de ello, prácticamente la totalidad de los Estatutos la acogieron como una competencia autonómica.

Que las Comunidades Autónomas sean competentes en esta materia no se ha materializado en el reconocimiento de amplias facultades de inter-

vención a favor de las mismas. Ya se ha señalado cómo la complejidad de definir como materia autónoma la defensa de los consumidores ha propiciado el reconocimiento de sectores reservados a la intervención estatal, por la concurrencia en los mismos de otros títulos competenciales sobre materias vinculadas o transversales. Los ámbitos de intervención autonómica, en esta materia, se han reducido a los que, en la actualidad, aparecen como submaterias o subsectores de actuación en algunos de los Estatutos de Autonomía de reciente aprobación (en especial, los de Cataluña y Andalucía).

En este complejo reparto competencial en el ordenamiento interno se ha proyectado el derecho comunitario. La premisa de esta interacción la asentó el Tribunal Constitucional al mantener, en relación con la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, desde finales de los años ochenta,⁶⁰ que dicho ingreso no alteraba el orden de reparto competencial interno resultante de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Sin embargo, ésta ha sido una posición que no ha podido mantenerse en toda su extensión. Si bien es cierto que el Tribunal ha rechazado sistemáticamente que el derecho comunitario tenga la virtualidad de ser utilizado como un eventual parámetro en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de normas y actuaciones de los poderes públicos estatales y autonómicos,⁶¹ no ha puesto ningún reparo, sin embargo, en recurrir a estas normas comunitarias como un instrumento de interpretación en la atribución y distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Concretamente, en la STC 208/1999 —en relación con la defensa de la competencia—, el Tribunal admite, de forma expresa, que «si bien no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío [...] y, por tanto, no sólo es útil sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria» (FJ 4 *in fine*).⁶²

La incidencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno es, como se ha intentado señalar a lo largo de este trabajo, a propósito de examinar el contenido y alcance de la protección de los consumidores en el ordenamiento interno, incuestionable. Sin embargo no creo que pueda

⁶⁰ Doctrina constitucional consolidada desde la STC 252/1988, FJ 2.

⁶¹ Ver, entre otras, las SSTC 132/1989; 65/1990; 28/1991; 13/1998; 208/1999 o 235/1999.

⁶² Ver, también, entre otras, las SSTC 236/1991, de 12 de diciembre y 67/1996, de 18 abril —«comercio exterior»— o la 112/1995, de 6 de julio —«denominaciones de origen».

reducirse, simplemente, a afirmar que la misma ha supuesto un notable incremento o disminución de las competencias internas, especialmente las que pertenecen al ámbito de intervención autonómica.

En una materia como la defensa de los consumidores, desprovista de unos contornos precisos que permitan identificar *a priori* qué concretos aspectos pueden incidir en esta esfera y a quién se atribuye la regulación de los mismos, la progresiva y constante labor de la Unión Europea ha favorecido la identificación de estas facetas, lo que, a su vez, ha permitido redefinir el reparto interno de las competencias por la vía interpretativa. Así lo hemos constatado en las leyes que las Comunidades Autónomas han ido aprobando para dar cumplimiento al mandato general de la protección de los consumidores. De ser leyes con una regulación basada principalmente en los aspectos administrativos que suscitaba esta tutela, se están convirtiendo —en las últimas reformas— en leyes contenedoras de una detallada regulación en aquellos aspectos de su competencia a los que se han reconducido las nuevas facetas que, en esta protección, se han ido regulando, sectorialmente, en el derecho comunitario derivado.

Este enmarañado paisaje competencial no puede considerarse, sin embargo, cerrado. La evolución que ha caracterizado el proceso de reconocimiento y consagración de una política a favor de los consumidores en la Unión Europea puede, todavía, ser susceptible de avances dependiendo de las necesidades de un mercado en permanente y constante transformación.

LA COMPETÈNCIA AUTONÒMICA DE RECERCA EN L'ESPAI EUROPEU DE RECERCA: ALGUNES NOTES PER A LA SEVA CONTEXTUALITZACIÓ

DAVID MOYA MALAPEIRA

*Professor de Dret Constitucional,
Universitat de Barcelona*

SUMARI: Introducció. 1. La progressiva creació a la Unió Europea d'un Espai Europeu de Recerca i Desenvolupament. 1.1. Els orígens de la política de recerca a les Comunitats Europees. 1.2. D'Amsterdam a Lisboa: cap a una autèntica competència comunitària sobre la recerca europea. 1.3. El Tractat de Lisboa: el reconeixement definitiu de les competències comunitàries en recerca i desenvolupament. 2. La competència sobre recerca i la seva distribució competencial Estat i Comunitats Autònomes (CA). 2.1. El Tribunal Constitucional davant el títol competencial de recerca: evolució de la distribució competencial Estat i CA. 2.2. Les competències sobre recerca de les CA: de la Llei de 1986 al Projecte de llei de ciència de 2010. 3. A tall de conclusions: la participació autonòmica en l'activitat de recerca i foment de la recerca en el marc comunitari.

Introducció

Ciència i desenvolupament humà han caminat de la mà al llarg de la història: sense la impremta les idees de la Reforma no s'haguessin tramès amb la velocitat que ho van fer, i sense la combinació de la tecnologia del vapor i els nous tel·lars no hagués estat possible produir suficient energia per posar en marxa la Revolució Industrial.

La recerca científica (R), la innovació (I) i el desenvolupament tecnològic (D) són components essencials del progrés científic, que al seu torn impulsa el desenvolupament econòmic i social. Si bé és cert que la mera inversió en R+D+I no garanteix automàticament un avenç científic mesurable, perquè no hi ha una relació causal entre aquests components i un

progrés automàtic resultat dels mateixos,¹ és indiscutible que existeix una relació particularment intensa entre inversió en recerca i progrés, raó que explica l'interès dels diferents agents econòmics i socials per potenciar la recerca, i que l'estímul de la mateixa hagi deixat de ser una esfera d'activitat d'interès merament privat. En l'estat contemporani els poders públics juguen un important paper com a agents promotors, reguladors de la recerca, quan no assumeixen ells mateixos directament el rol d'investigadors a través de les seves pròpies institucions. La competència internacional entre Estats en molts àmbits (econòmic, militar, d'influència política) explica l'interès de l'Estat per aquells avenços científics i/o tecnològics que posicionin estratègicament o enforteixin l'Estat o els seus operadors econòmics en el context internacional. La cerca de l'avantatge competitiu i l'increment de l'eficiència són potents motors de l'actuació d'Estats i empreses, però en general també de qualsevol actor social, fins i tot aquells que operen per raons altruistes, ja que allò que constitueix progrés social permet lectures molt diferents. El desenvolupament de l'ecologia, per exemple, és central pel progrés humà, tot i que encara en ocasions pugui implicar pèrdues de productivitat, en establir relacions ecològicament més eficients.

Aquest exemple posa de manifest una altra característica de la recerca: la seva inherent pluridisciplinarietat. Quan parlem de recerca es pensa habitualment en les ciències pures i/o experimentals, que juguen un paper molt destacat en el desenvolupament econòmic en augmentar la productivitat de les empreses al mercat, però també les ciències socials i humanes incideixen en l'organització del mercat i el funcionament de les empreses, de la mateixa manera que ho fan sobre l'Administració i la Societat en general. A més, les cada vegada més intenses interaccions entre els diferents camps de les ciències (computació i filologia, geografia i cartografia en combinació amb les TIC, intel·ligència artificial, etc.), i la

1 Lògicament, hi ha tot un seguit d'altres components que poden produir un descobriment o generar una innovació que comporti un avenç econòmic o social significatiu. Elements com el temps, el talent o la simple casualitat poden sens dubte afectar-hi i de fet, molts descobriments científics són productes d'aquests factors. A més, alguns d'aquests components no sempre estan degudament formalitzats, podent existir avenç científic amb recerca i desenvolupament, però sense innovació formal perquè la innovació es genera per circuits informals. Dit això, és evident que en una societat moderna i complexa, l'establiment d'un model que aposti decididament per afavorir la recerca i la innovació segurament serà més eficient en obtenir resultats en aquest àmbit.

creació de nous camps (biotecnologia, etc.) difuminen aquesta divisió entre disciplines científiques al temps que reflecteixen el seu impacte tant econòmic com social.

En tot cas, definir els tres components del desenvolupament científic no sempre és fàcil. La *recerca científica* (R) és, a la pràctica, condició necessària per incrementar la productivitat, i l'increment de la productivitat és un element clau per mantenir el teixit industrial, serveis i producció, especialment en un entorn econòmic competitiu i globalitzat com l'actual, amb una clara tendència cap a l'abaratiment dels costos laborals i la deslocalització. El *desenvolupament tecnològic* (D) és un pas més per a l'aplicació dels coneixements i tècniques nous obtinguts de la recerca, implica l'adaptació i translació dels coneixements obtinguts de la recerca al sistema productiu de manera que puguin ser aprofitats i permetin un avenç de la societat (patents i models d'utilitat). La *innovació* (I) s'orienta cap als resultats, incorporant la recerca tecnològicament desenvolupada a la producció, i pel seu èxit al mercat cal que aquesta incrementi l'eficiència en la distribució de béns i/o serveis. La innovació depèn de multitud de factors, com el disseny i l'enginyeria industrial, la formació en nous processos i productes, la comercialització d'innovacions, els estudis de mercat, l'adaptació de productes al mercat, el màrqueting, etc.

Assumit que els poders públics poden contribuir decisivament a crear les condicions adequades per impulsar una recerca de qualitat, la seva transformació tecnològica i que els resultats siguin autènticament innovadors; cal no oblidar tampoc que les administracions són només una part dels actors en aquest àmbit, on tenen un paper rellevant les universitats i centres públics de recerca (R+D), les empreses (on predomina la D+ I, amb una certa especialització però també complementarietats). Pel que fa a les fórmules de generació i adquisició de R+D+I, cal apuntar que caben opcions molt diverses, per exemple, la recerca a les empreses pot ser obtinguda internament (pròpia o adquirida per encàrrec) o externa (atenció a l'externalització serveis).

Així i tot, en aquest àmbit com en molt pocs, és evident la importància de combinar adequadament la creació de les millors condicions per potenciar la R+D+I, si bé les accions dependran en part del model adoptat per cada país i els tipus de mesures a adoptar (recerca pública, recerca privada, combinació d'ambdues, foment directe de la recerca, mesures fiscals d'incentivació, etc.). En aquest sentit, el model de R+D+I ha de partir de les fortaleses i debilitats del model econòmic d'un territori, perquè la situació

de la recerca no és la mateixa als diferents països de la Unió Europea, i ni tan sols dins un país a cada regió o territori; aquest és sense dubte el cas de Catalunya, que presenta trets distintius respecte a les necessitats generals del model espanyol de R+D+I. Així, al mateix temps que és fonamental una política de recerca comunitària que permeti afrontar els grans reptes que marca l'Estratègia de Lisboa i que per separat serien molt difícils d'assolir pels Estats, també és important subratllar la necessitat de modular i adaptar les polítiques públiques a la realitat de cada territori (subsidiarietat).

1 · La progressiva creació a la Unió Europea d'un Espai Europeu de Recerca i Desenvolupament

1.1 · Els orígens de la política de recerca a les Comunitats Europees

L'activitat de recerca ha estat present des dels orígens fundacionals de la Comunitat Europea. Ja al Tractat de la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer (TCECA) es reconeixia expressament l'activitat de recerca sectorial en la producció i desenvolupament del carbó i de l'acer, així com la relacionada amb la seguretat laboral, tot encarregant aquesta tasca a una institució supranacional, en aquest cas l'Alta Autoritat (l'actual Comissió), que a partir dels anys cinquanta i seixanta va impulsar la recerca en aquests àmbits. En un altre tractat fundacional, el Tractat Euratom, es preveia la creació d'un centre específic encarregat de la recerca nuclear, el Centre Comú d'Investigació Nuclear, que posteriorment passaria de la recerca nuclear a altres àmbits, tot orientant la seva activitat a partir d'una programació plurianual.

A diferència d'aquests tractats, al Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea no hi figurava la recerca com una àrea de competència comunitària principal, sinó com una activitat subordinada als objectius econòmics i de consecució del mercat interior, amb una única excepció en l'àmbit d'agricultura, on es preveia expressament la recerca en aquest àmbit com una àrea d'acció comunitària. La manca d'atribució expressa al TCE no impedí que després de les cimeres de París i Copenhaguen s'acordés crear el Comitè d'Investigació Científica i Tècnica el 1974 tot posant les bases per donar a diverses accions de recerca de dimensió europea un encaix dins les estructures de la Comunitat. En aquest moment les resolucions adop-

tades pretenien reforçar la coordinació de les polítiques de recerca dels Estats membres, la creació de la Fundació Europea de la Ciència (ESF), però encara més important, l'aprovació del primer Programa Marc 1984-1987 de recerca, el primer programa d'acció en aquest àmbit. En absència d'atribució expressa al Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (TCCEE), la base competencial i els seus instruments se situaven sota l'antic article 235 TCCEE. Aquest plantejament partia de la consideració que dotar d'una dimensió europea la recerca potenciarà la capacitat i productivitat industrial de la Comunitat per continuar competint amb altres potències econòmiques (USA, Japó). Aquesta visió instrumental de la recerca permet justificar el recurs a l'article 235 TCCEE, ja que a la recerca europea no és més que una actuació complementària de la dels Estats membres que inclou programes de recerca dirigits a potenciar la cohesió del mercat comú i la cooperació internacional, però la interpretació de l'abast de la qual quedarà en darrer terme sota el control del TJCE.

En sintonia amb aquesta visió, l'entrada en vigor el 1987 de l'Acta Única Europea, enlloc d'ampliar les bases competencials de la recerca, aquesta disposició optà més aviat per consolidar el seu instrument principal: la programació plurianual a través dels Programes Marc (PM). Al primer el seguiran successius PM l'evolució interna dels quals ha anat transformant la visió inicial de l'activitat de recerca com a instrument de potenciació de la política industrial europea. A banda d'aquesta aportació, la modificació de l'article 130.F TCCEE reivindicava com a objectiu de la Comunitat «l'enfortiment de les bases científiques i tecnològiques de la seva indústria i afavorir el desenvolupament de la seva competitivitat internacional».

El Tractat de Maastricht de 1992 incorporà de nou com a objectiu de la nova Unió el foment de la recerca i el desenvolupament tecnològic, i substituï sencer el Títol xv del TCCEE per una nova regulació de les competències comunitàries sobre recerca que es contindran als articles 130.F fins al 130.Q TCE amb una regulació més detallada dels Programes Marc i sobretot una reordenació de les competències de la Unió en aquest terreny, molt lligat encara al desenvolupament industrial, però on comencen a emergir noves àrees d'interès comú on la recerca és clau i podria esdevenir una altra àrea d'acció comunitària (xarxes transeuropees, medi ambient, indústria òbviament, etc.). No obstant, la recerca encara està massa vinculada a la seva funció originàriament atribuïda de suport al «potencial industrial» de la Unió (article 130 TCE).

1.2 · D'Amsterdam a Lisboa: cap a una autèntica competència comunitària sobre la recerca europea

Mantenint com a objectiu de la Unió l'enfortiment de «les bases científiques i tecnològiques de la indústria europea i la competitivitat internacional» de la mateixa, el Tractat d'Amsterdam de 1997 reconeixia la recerca en general com una àrea d'acció de la Unió, i molt en particular de la recerca en matèria energètica d'acord amb els tractats CECA i Euratom, així com en altres àrees de competència comunitària, com la salut, el transport, el medi ambient, les telecomunicacions, les tecnologies de la informació o el benestar social. Matèries totes elles que contribuïen a conferir a la Comunitat un nou títol competencial transversal en matèria de recerca. I aquesta és la novetat d'Amsterdam: un canvi de perspectiva pel que fa a l'abast de les competències comunitàries, els instruments i els recursos posats a disposició de les seves institucions per tal de construir una autèntica política europea de recerca, basada en la prèvia planificació i programació d'accions distribuïdes per àrees específiques. Aquesta voluntat es reflecteix en l'obligació recollida al Tractat d'Amsterdam de consignar als Programes Marc tant les àrees prioritàries d'acció comunitària com les estratègies plurianuals.

D'acord amb l'article 3 TCE la competència sobre recerca i desenvolupament tecnològic era simplement de *foment*.² L'abast i conseqüències d'aquesta disposició es van concretar a les disposicions del títol XVIII TCE, en assumir la Unió en aquest àmbit els següents objectius generals (art. 163.1 TCE): primer, enfortir les bases científiques i tecnològiques de la seva indústria; segon, afavorir la seva competitivitat internacional; tercer, desplegar aquella activitat de foment de la recerca que sigui necessària per a l'exercici de les competències comunitàries en la resta d'àmbits recollits al TCE.

I com a objectius instrumentals específics en R+D incidir sobre els actors de la recerca, la qual cosa, d'acord amb l'article 163.2 TCE, requeriria estimular a tot el territori la recerca de les empreses amb independència de les seves dimensions, els centres de recerca, i les universitats, així com el suport d'un veritable mercat interior on les empreses en puguin treure tot el

2 Article 3 TCE. 1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: ...n) el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico.

profit en recerca i desenvolupament tecnològic i els investigadors puguin cooperar lliurement sense fronteres (obertura de la contractació pública, definició de normes comunes i supressió d'obstacles jurídics i fiscals).

Pel que fa als Programes Marc, el Tractat estableix que aquests s'adoptaran per procediment de codecisió sota la forma d'una *Decisió del Consell i Parlament Europeu* (art. 166), que haurà de tenir un contingut mínim: primer, la fixació dels objectius científics i tecnològics que s'hagin d'assolir mitjançant les accions contemplades en l'article 164 i les prioritats corresponents; segon, indicació dels trets principals d'aquestes accions; tercer, fixació de l'import global màxim i la participació financera de la Unió en el Programa Marc, així com la proporció representada per cadascuna de les accions previstes.

Ara bé, el Tractat no es limita a identificar l'instrumentari i els procediments a seguir, també identifica algunes *accions* principals que el Programa Marc ha de contenir. Aquestes accions principals recollides al Tractat són a la vegada la concreció i la delimitació dels objectius de l'article 163 TCE, i per aquesta raó representen un nivell d'actuació reconegut a la Comunitat dirigit a completar les accions realitzades pels Estats membres. Aquesta previsió mereix una certa reflexió a efectes de la seva delimitació competencial: si constitueix a la vegada un espai d'actuació de la Unió però es guia per la funció de completar les accions dels Estats membres s'ha d'entendre que aquí existeix una competència concurrent on la UE pot actuar si la seva intervenció es justifica en la complementació de l'acció dels Estats, els quals disposen de competències plenes en recerca mentre la UE no actuï o actuï fora d'aquestes àrees d'acció. És igualment cert, però, que com en altres àmbits de distribució competencial, en definir les accions principals el Tractat ho fa en termes molt amplis,³ que si bé posen especial èmfasi en l'activitat de foment (foment de la cooperació entre els principals actors o de la cooperació internacional en recerca, estímul a la formació i mobilitat dels investigadors), permeten

3 Les accions recollides al Tractat han d'orientar-se cap a la: a) execució de programes d'investigació, de desenvolupament tecnològic i de demostració, promovent la cooperació amb les empreses, els centres d'investigació i les universitats, i d'aquestes entitats entre si; b) promoció de la cooperació en matèria d'investigació, de desenvolupament tecnològic i de demostració de la Unió amb els tercers països i les organitzacions internacionals; c) difusió i explotació dels resultats de les activitats en matèria d'investigació, de desenvolupament tecnològic i de demostració de la Unió; d) estímul a la formació i a la mobilitat dels investigadors de la Unió.

també l'adopció accions directament executives (execució de programes de recerca, difusió i explotació de la recerca generada per la Unió), que impliquen una veritable política de recerca comunitària. En aquest punt, a més, val la pena recordar que les competències comunitàries sobre recerca en principi limitades al foment de la recerca o a l'establiment i execució de programes i accions supranacionals de recerca complementàries dels programes i accions nacionals, es poden ampliar i reforçar-se quan trobin fonament instrumental en altres competències de la Unió. Així, si bé sobre la base de les competències de recerca no es podrien adoptar mesures legislatives dirigides a regular el règim jurídic dels investigadors, sobre la base de les competències en matèria de lliure circulació de treballadors (Directiva de circulació de treballadors comunitaris i les seves famílies)⁴ així com de les competències legislatives sobre regulació de la immigració laboral (Directiva d'investigadors científics)⁵ es poden assolir objectius de la política de recerca de manera molt més ràpida i eficaç que no pas a partir de competències de foment. I cal no oblidar que en ser la recerca una activitat molt transversal incorporada a moltes altres àrees de competència comunitària, una clara política de recerca comunitària pot presentar un gran potencial d'impacte.

Plantejada en aquests termes, és lògica i necessària la imposició dels deures de coordinació i coherència recíproca de l'article 165.1 TCE, ara bé, vista la reflexió anterior caldria afegir que la coordinació i coherència en matèria de recerca s'hauran d'exigir tant en les relacions UE-EEMM com a nivell intern en les diferents àrees d'acció de la Comunitat, per tal que les actuacions sectorials de recerca guardin coherència amb les orientacions generals de la política general de recerca. Així s'explica també que sigui la Comissió l'apoderada per adoptar iniciatives dirigides a promoure aquesta coordinació i coherència, en col·laboració amb els EEMM (art. 165.2 TCE), en particular per ser la institució que pot garantir millor una actuació sectorial coordinada i per tenir la facultat d'iniciativa normativa, on cal que aquesta coordinació es reflecteixi des del primer moment, i de

4 Directiva 2004/38/CE del Parlament Europeu i del Consell de 29 d'abril de 2004, relatiu al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement al territori dels Estats membre (DOCE L-158, de 30 d'abril de 2004).

5 Directiva 2005/71/CE del Consell de 12 d'octubre de 2005 relativa a un procediment específic d'admissió de nacionals de tercers països a efectes d'investigació científica (DOCE L-289 de 3 de novembre de 2005).

gestió posterior dels programes, de manera que s'assegurin actuacions interdepartamentals de gestió dels programes.

D'altra banda, és igualment interessant l'esglaonat instrumentari recollit a l'article 166 TCE: en primer lloc, el Programa Marc és l'instrument on es contenen totes les línies d'actuació, i per tant sotmès a unes disposicions específiques pel que fa al seu caràcter normatiu, procediment d'aprovació i contingut material mínim, així com a la seva adaptació al llarg del temps;⁶ en segon lloc, les *accions*, inicialment definides al TCE de manera molt genèrica i respecte a les quals el Programa Marc n'ha d'especificar com a mínim les grans línies; i com a tercer nivell de concreció, tenim els *programes específics* que, en execució de les accions però fora del Programa Marc, han de precisar les seves modalitats, durada i mitjans necessaris per al seu desplegament; essent adoptats per majoria qualificada al Consell⁷ i dins les limitacions financeres que imposi el Programa Marc.⁸ A aquests instruments, s'afegeixen els *programes complementaris* on solament participen alguns Estats membres i que està vinculat al programa marc plurianual del qual deriva, aquests programes estan finançats pels Estats participants, sense perjudici d'una possible participació de la Comunitat, i sota les normes establertes pel Consell per via de codecisió (art. 172 TCE), es definirà el règim de difusió dels coneixements i d'accés d'altres Estats membres als resultats de la recerca (art. 168 TCE), sempre amb acord exprés dels Estats membres interessats en l'aprovació del programa complementari (art. 172 TCE).

Juntament amb l'instrumentari normatiu, el Tractat contempla tant la creació d'*estructures administratives* al servei de l'acció comunitària de recerca (agències, etc.) com d'altres *ens instrumentals* en la forma d'empreses comunes o qualsevol altra estructura necessària creada per la Comunitat per a la correcta execució dels programes d'investigació, de desenvolupament tecnològic i de demostració de la Unió, sempre que s'adoptin per majoria qualificada al Consell, a proposta de la Comissió i prèvia consulta al Parlament Europeu i al Comitè Econòmic i Social (art. 171 TCE).

6 L'article 166.2 TCE del Tractat preveu una certa flexibilitat en la seva definició i gestió per tal que pugui adaptar-se i completar en funció de l'evolució de les situacions en el temps.

7 Els programes específics seran adoptats pel Consell, per majoria qualificada, a proposta de la Comissió i prèvia consulta al Parlament Europeu i al Comitè Econòmic i Social (art. 166.4 TCE).

8 Article 166.3 TCE: «La suma dels imports que s'estimin necessaris fixats per als programes específics no podrà superar l'import global màxim fixat per al programa marc i per a cada

Per tal de reforçar i completar l'acció comunitària en recerca, el Tractat possibilita al propi Programa Marc l'ampliació de la cooperació tant interna com externa. El Tractat permet, d'una banda, una *cooperació reduïda* on la Comunitat coopera en programes de recerca i desenvolupament engegats per alguns Estats, tot participant en les estructures creades a aquest efecte, prèvia decisió del Consell en aquest sentit⁹ (precisament conegudes com a «Iniciatives de l'article 169 TCE»); d'una altra banda, el Tractat reconeix la capacitat de la Comunitat d'establir mecanismes de *cooperació externa* amb estats tercers i organitzacions internacionals en matèria d'investigació, de desenvolupament tecnològic i de demostració, les modalitats de les quals podran ser objecte d'acords entre la Unió i les terceres parts interessades, acords negociats i conclusos conformement a l'article 300 (art. 170 TCE). A un altre nivell, en l'execució del programa marc plurianual el Consell fixarà per codecisió i previ informe del Consell Econòmic i Social, les normes per a la participació de les empreses, els centres d'investigació i les universitats i les normes aplicables a la difusió dels resultats de la investigació (art. 167 TCE), fins al punt que el 7PM contempla l'establiment de «Iniciatives de Recerca Tecnològica» (JTI) així com de «Plataformes Tecnològiques Europees» (ETP), ambdós exemples de partenariats publicoprivats amb una estructura organitzativa i naturalment jurídica diferents.

En resum, tant en la configuració del Programa Marc com dels seus instruments i fins i tot dels ens instrumentals en matèria de recerca es manté l'equilibri entre Comissió, Consell i Parlament, si bé en l'adopció de les disposicions de desenvolupament és el Consell qui té un major marge de decisió prèvia consulta al Comitè Econòmic i Social, restant en mans de la Comissió l'estructura administrativa, la gestió dels programes i el seguiment de la política de recerca.¹⁰

L'assumpció de la recerca com a àmbit d'acció comunitària en tots aquells camps en què ostenta competències té com a corol·lari lògic l'establiment d'un Espai Europeu de Recerca (ERA, en anglès), una idea formu-

—acció.»—

⁹ Conformement al procediment de codecisió de l'article 251 i prèvia consulta al Comitè Econòmic i Social.

¹⁰ A l'inici de cada any, la Comissió presentarà un informe de seguiment al Parlament Europeu i al Consell. Aquest informe versarà en particular sobre les activitats realitzades en matèria d'investigació i desenvolupament tecnològic i de difusió dels resultats durant l'any precedent, així com sobre el programa de treball de l'any en curs (article 173 TCE).

lada dins l'*Estratègia de Lisboa de 2000*, just un any després de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, i batejada un mica pretensiosament no només nominalment sinó per l'ambició de l'objectiu que la impulsa: el compromís de convertir la Unió al 2010 en l'economia més competitiva del món, i que dediqués un 3% del PIB a R+D.

Darrere la creació de l'ERA, hi havia la idea de potenciar: en primer lloc, la mobilitat dels investigadors per tal de gaudir d'infraestructures, institucions de recerca i xarxes d'excel·lència de primera classe; en segon lloc, l'intercanvi, l'ensenyament, la valoració i l'ús eficient del coneixement amb fins socials, d'empresa i polítics; en tercer lloc, l'obertura dels programes de recerca europeus, nacionals i regionals per tal que aquests donin suport a la recerca de qualitat així com escalar coordinadament aquests programes per afrontar reptes de majors dimensions; i en quart lloc, desenvolupar vincles estrets entre investigadors de tot el món, permetent a Europa beneficiar-se de la recerca mundial i contribuir al seu torn a la solució dels problemes globals.

El desenvolupament polític d'aquest compromís no ha estat a l'alçada de les expectatives creades. No obstant, a través dels successius instruments del 6è i 7è Programes Marc la Comunitat ha continuat aprofundint en el desenvolupament d'instruments propis i integrats de recerca.

No obstant, en altres aspectes el desenvolupament de l'ERA avança lentament. Els Programes Marc no resolen per sí sols els problemes estructurals als quals s'enfronta la recerca europea, aquests requereixen de reformes profundes —que no s'han escomès— i d'una forta voluntat política. En aquest sentit, la Comissió Europea va publicar un *Green Paper on ERA*¹¹ per tal de revisar els progressos realitzats i els problemes que es plantegen, aquest Llibre Verd es va sotmetre a consulta pública, i el 2008 la Comissió i els Estats membres van adoptar noves iniciatives per desenvolupar l'ERA, inclosos instruments millorats de direcció política de l'ERA a partir de la *Visió Compartida ERA 2020*¹² tal i com la Comissió i els Estats la van definir al Consell de Competitivitat de 2 de desembre de 2008 (línies d'acció, objectius, indicadors, seguiment i avaluació). El conjunt d'aquestes inicia-

11 Llibre Verd sobre l'Espai Europeu de Recerca adoptat per la Comissió Europea el 4 d'abril de 2007, disponible a <http://ec.europa.eu/research/era/pdf/era_gp_final_es.pdf>.

12 Conclusions del Consell per a la definició d'una «Visió per a l'Espai Europeu de Recerca 2020» de 2 de desembre de 2008, disponible a <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/intm/104434.pdf>.

tives s'ha denominat *Procés de Ljubljana*.¹³ El Procés de Ljubljana identifica cinc de les àrees marcades pel *Green Paper on ERA*, per tal d'engegar un conjunt d'iniciatives que haurien d'aportar solucions clau per als problemes que aquest sector pateix: mobilitat d'investigadors i carreres investigadores, infraestructures d'investigació supranacionals, intercanvi de coneixement, programació conjunta i cooperació internacional en ciència i tecnologia. Tot això amb la finalitat d'establir vincles durables entre els Estats membres i els diferents actors, siguin aquestes empreses, universitats o institucions de recerca.

Al seu torn, el *projecte de Constitució Europea* (secció 9, llibre tercer) incorporava formalment ja el concepte d'Espai Europeu de Recerca per tal d'enfortir les bases científiques i tecnològiques de la Comunitat, tot reconeixent la importància dels nexes de relació amb els diversos actors en aquest àmbit (universitats, centres de recerca i desenvolupament tecnològic, PIMES, etc.), i es reiteraven les orientacions introduïdes al Tractat d'Amsterdam, si bé dins el nou marc i procediments legislatius establerts, com per exemple, l'aprovació dels Programes Marc mitjançant lleis europees de l'art. I-33, igual que els programes específics i la regulació de l'ERA. A grans trets romanien una regulació molt semblant a l'existent en l'actualitat.

1.3 · El Tractat de Lisboa: el reconeixement definitiu de les competències comunitàries en recerca i desenvolupament

L'article 4 TFUE (modificat d'acord amb el Tractat de Lisboa) constata la superació de la competència de foment formulada al Tractat d'Amsterdam per apropar-se a la realitat que la Unió exerceix en matèria de recerca i desenvolupament una autèntica competència pròpia i autònoma, si bé compartida amb els Estats. D'acord amb l'article 2 TFUE aquesta competència compartida sobre un determinat àmbit material es caracteritza per admetre la concurrència política i normativa tant de la Unió com dels EM, que significa que allí on la Unió no exerciti la seva competència poden fer-ho els Estats (*preemption*) però tan aviat com la Unió legisli les seves disposicions desplacen la normativa estatal (art. 2.2 TFUE).

¹³ Conclusions del Consell sobre la posada en marxa del «Procés de Ljubljana» per a la plena aplicació de l'Espai Europeu de Recerca, de 30 de maig de 2008, disponible a <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st09/st09076.en08.pdf>>.

No obstant, tot i incloure-la entre les competències compartides, l'apartat 4.3 TFUE la regula separatament i específicament:

3. En els àmbits de recerca, desenvolupament tecnològic i l'espai, la Unió disposarà de competència per dur a terme accions, en particular aquelles destinades a definir i realitzar programes, sense que l'exercici d'aquesta competència pugui tenir per efecte impedir als Estats membres l'exercici de la seva pròpia.

Per tant, en l'àmbit de recerca es produeix una modulació en el funcionament del règim de concurrència competencial entre UE i Estats (*pre-emption*), ja que es preveu expressament que en aquest àmbit tant la Unió com els Estats poden dictar disposicions generals i adoptar accions en el marc dels programes generals sense perjudicar les competències respectives. No obstant, el reconeixement com a competència compartida de la recerca, i no només del foment de la recerca, és un exercici més que res de realisme, perquè a la pràctica, la Unió ja havia anat estenent el seu radi d'acció a moltes actuacions que superaven el simple foment. Això explica per què el Tractat de Lisboa, més enllà d'aquest reconeixement, es limita a adaptar la resta de disposicions d'Amsterdam sobre aquesta matèria al nou marc institucional i normatiu de Lisboa, tot incorporant algunes de les novetats aparegudes en els prop de deu anys entre un tractat i l'altre. Així, per exemple, s'eleva al Tractat la creació de l'*Espai Europeu de Recerca* (conegut en anglès com a ERA), on investigadors, coneixements científics i tecnologies circulin lliurement (art. 178.1 TFUE) com a mitjà per a l'enfortiment de les bases científiques i tecnològiques de la indústria de la Unió.

És veritat que Lisboa, a més, tracta de concretar amb major detall algunes de les atribucions que sota aquest nou títol competencial assumeix la Unió. En primer lloc; en l'àmbit de la *coordinació*, s'atribueixen a la Comissió un seguit d'iniciatives com la d'adoptar orientacions, indicadors, organitzar l'intercanvi de bones pràctiques, o també organitzar mecanismes de control i avaluació periòdics, tot informant al Parlament Europeu (art. 181.2 TFUE). En segon lloc, Lisboa reformula lleugerament els procediments normatius i l'equilibri institucional en aquest àmbit, tot mantenint gairebé inalterada l'estructura de funcionament i l'instrumentari existents. Així, el Programa Marc igualment s'aprovarà a iniciativa de la Comissió per via del procediment legislatiu ordinari (arts. 289 i 294 TFUE, per tant podrà continuar essent una Decisió) conforme a l'antic procediment de codecisió on

participen el Parlament Europeu i es consulta el Comitè Econòmic i Social (no el Comitè de les Regions). És plurianual (actual de set anys, habitualment cinc anys). Els *programes específics* seran adoptats pel Consell, conformement a un procediment legislatiu especial i prèvia consulta al Parlament Europeu i al Comitè Econòmic i Social. Les *accions complementàries* del programa marc plurianual necessàries per a la realització de l'espai europeu d'investigació, s'establiran pel Parlament Europeu i el Consell conformement al procediment legislatiu ordinari i prèvia consulta al Comitè Econòmic i Social. La nova redacció, doncs, iguala el paper del Consell i el Parlament en l'àmbit normatiu, fins i tot pel que fa a les normes d'execució del Programa Marc sobre participació d'empreses, universitats i centres de recerca o sobre difusió de resultats, que ara s'atribueixen genèricament a la Unió, i no al Consell.

De la mateixa manera que en regulacions anteriors es manté la previsió que permet aprovar programes complementaris del programa marc plurianual, en els quals solament participin aquells Estats membres que assegurin el finançament d'aquests programes complementaris, i sempre sense perjudici d'una possible participació de la Unió. La Unió es reserva l'establiment de les normes aplicables als programes complementaris, especialment en matèria de difusió dels coneixements i d'accés d'altres Estats membres. Cooperació que pot estendre's fins i tot a tercers interessats mitjançant acords entre aquests i la Unió.

2 · La competència sobre recerca i la seva distribució competencial Estat i CA

Exposada l'evolució de les polítiques i legislació comunitàries sobre recerca, cal recordar aquí que en ser aquesta una competència compartida amb els Estats, finalment són aquests els que completen la regulació del règim de recerca aplicable al seu territori, amb ple respecte de les disposicions comunitàries però amb un marge relativament ampli de configuració i desenvolupament intern. A nivell intern, però, cal tenir en compte l'existència d'Estats descentralitzats on l'Estat central al seu torn comparteix les competències sobre recerca amb altres entitats politicoadministratives. Aquest és el cas de l'Estat espanyol, on les comunitats autònomes actualment juguen un paper clau en aquest àmbit. En aquest apartat s'analitzarà la progressiva consolidació d'aquest paper de les CA en el sistema de re-

cerca espanyol, per posteriorment abordar els mecanismes de participació de les CA en l'activitat de recerca així com la coordinació de l'acció autonòmica i estatal davant les institucions comunitàries, especialment a partir de les darreres novetats normatives en aquest àmbit.

2.1 · El Tribunal Constitucional davant el títol competencial de recerca: evolució de la distribució competencial Estat i CA

Des de principis dels vuitanta ha existit una forta propensió a ampliar la competència estatal sobre recerca, probablement reforçada per la manca durant aquests anys d'un autèntic mecanisme de finançament descentralitzat de les CA. Primer, perquè la recerca requereix fortes inversions econòmiques, sigui per crear infraestructures de recerca, sigui per subvencionar la recerca d'agents privats (empreses, fundacions i universitats privades) o públics (universitats, centres R+D, etc.); en aquest àmbit, l'*spending power* ha estat un clar element d'estatalització de la competència sobre recerca. Segon, perquè la política fiscal roman gairebé íntegrament en mans de l'Estat, de manera que la capacitat de les CA per recórrer a altres instruments de foment de la recerca privada, com els incentius fiscals, no sols era inviable sinó que reforçava la posició estatal.

Per ser justos, cal subratllar que als vuitanta, tot i reconèixer les doctrines econòmiques la importància de la recerca pel desenvolupament de l'agricultura o la indústria, la recerca no era encara considerada una àrea estrella de la qual depengués la competitivitat de l'economia espanyola. En altres àmbits, existia la tendència a situar la recerca fonamentalment a l'àmbit universitari, un àmbit on algunes CA encara havien de construir un sistema universitari i definir una política pròpia. Aquesta visió de la recerca com a motor molt secundari de l'economia, unit el centralisme tradicional en aquest sector i la manca d'infraestructures autonòmiques pròpies de recerca expliquen en part l'escassa conflictivitat en aquest àmbit.

Juntament amb aquests factors, potser el més important ha estat l'ampli marge atorgat pel Tribunal Constitucional a l'Estat en matèria de recerca. Tot i que la redacció de l'article 149.1.15 CE reserva únicament a l'Estat la «coordinació general de la recerca», la doctrina del Tribunal Constitucional, amb la inicial STC 32/1983 com a referent de l'abast, significat i operativitat de la competència estatal de «coordinació de la recerca», ha reforçat la preeminència de l'Estat central a la pràctica, de fet, com a mínim

durant la dècada dels vuitanta i part dels noranta sembla tendir a una interpretació maximitzadora de la funció de coordinació de l'Estat, fins al punt de dotar-la d'una capacitat d'acció pròpia i autònoma i redefinir així la recerca com un àmbit de concurrència entre Estat i CA, i no només de coordinació estatal, redefinició reforçada per altres competències estatals amb incidència en aquest àmbit, com per exemple l'ordenació general de l'economia (art. 149.1.13 CE), l'activitat industrial (art. 149.1.5 CE), etc.

La STC 90/1992 constitueix el primer punt de partida en una etapa que podem anomenar d'expansivitat del títol competencial estatal sobre recerca. Aquesta Sentència es dictà precisament en un procés de control de constitucionalitat de la *Ley 13/1986 de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica*, els trets principals de la qual analitzarem posteriorment. Interessa aquí, a l'efecte d'aclarir competències, apuntar que la Llei va ser impugnada per la Generalitat de Catalunya i que en ella el Tribunal Constitucional va considerar que el foment de la recerca científica i tècnica era un títol competencial: primer, específic i per a aquesta raó preferent, a l'efecte de determinar la titularitat competencial; i segon, determinat per raó de la seva finalitat, «susceptible d'ésser utilitzat respecte de qualsevol gènere de matèries amb independència de quin sigui el titular de la competència per l'ordenació d'aquestes, ja que, d'una altra manera, per la simple sostracció de les matèries sobre les quals les Comunitats Autònomes han adquirit competència. El títol competencial que la CE reserva a l'Estat com a competència exclusiva quedaria buidat de tot contingut propi», és a dir, a la pràctica, horitzontal o transversal. Les implicacions d'aquesta consideració com a títol transversal les recull la pròpia STC 90/1992 en afirmar que «és una competència projectable sobre qualsevol sector material, sense que es pugui pretendre l'exclusió de l'exercici de la competència per al foment de la recerca en els àmbits materials la titularitat dels quals correspongui a qui exerceix aquesta competència».

No és estrany doncs, que el Tribunal considerés llavors que l'activitat de foment de la recerca permetia no només *accions indirectes de foment* com ajuts, subvencions, premis i honors, sinó que també apoderava l'Estat per realitzar *accions directes* d'intervenció orientades a la promoció i l'avenç de la recerca, entre les quals es podien incloure les de caràcter organitzatiu i prestacional que permetin crear i mantenir unitats i centres dedicats al desenvolupament i divulgació, és a dir, el manteniment sota titularitat estatal de centres i organismes públics de recerca i fins i tot la creació de centres i òrgans nous en l'àmbit territorial de les CA sota titularitat estatal intransferi-

ble, per mandat de Llei. Cal recordar que aquesta visió entronca amb la consideració que el foment de la recerca implica l'exercici de les potestats normatives i executives necessàries per al ple desenvolupament de l'activitat de foment i promoció, sense que aquesta es pugui considerar circumscrita a l'exercici de potestats executives (STC 64/1989, FJ 3). En resum, el foment de la recerca s'estira fins a permetre una activitat legislativa i executiva estatal a més de la pròpiament constitucional de coordinació. Curiosament, una sentència anterior, la STC 45/1991, apuntava un límit en el fet que la coordinació no podia arribar a un grau tal de concreció i desenvolupament com per buidar de contingut les competències corresponents de les CA, i per tal de fer efectiva aquesta coordinació cal adoptar les mesures necessàries per aconseguir integrar les diverses parts o subsistemes en el sistema de recerca conjunt, cosa que no impedeix l'adopció de mesures de coordinació preventives [FJ 2].

El Legislador estatal, al prever la posible integración en el Plan Nacional de los programas y las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico de las Comunidades Autónomas, y establecer que, en tal caso, los criterios para su financiación, gestión y ejecución serán fijados por acuerdo entre la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología y el Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma [art. 6.2 c)] y al concretar también, en fin, en el art. 12, las facultades del Consejo General de la Ciencia y la Tecnología, es claro que tampoco ha incurrido en incompetencia (...) ya que todas esas facultades del Consejo General, en el que participan las Comunidades Autónomas, son precisamente de marcado carácter coordinador, al facilitar, en mayor o menor medida, según el uso efectivo que de las mismas se haga, la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, facilitando así la integración de unas y otras acciones en la globalidad del sistema, lo que incuestionablemente responde al contenido mismo asignado a la coordinación (por todas, STC 45/1991).

Caldrà esperar la STC 175/2003 de 30 de setembre, perquè el Tribunal Constitucional declarés que l'Estat només pot invocar aquest títol per subvencionar R+D en sentit estricte, però sobre la recerca en sentit estricte gaudeix d'un marge ampli: pot adoptar la regulació de les condicions d'obtenció dels ajuts, la regulació de tot el procediment de concessió i gestió

dels mateixos, així com establir una tramitació i pagament centralitzats. Fora de la recerca en sentit estricte, el Tribunal remet a la seva doctrina general sobre subvencions exposada a la STC 13/1992. En aquest sentit, és evident que la STC 175/2003 dibuixa una línia divisòria entre recerca en sentit estricte i altres tipus d'activitat de recerca, mantenint la seva doctrina anterior sobre recerca únicament en el primer cas, raó per la qual podem considerar aquesta Sentència com un canvi de tendència cap a un acotament més estricte de la capacitat d'actuació directa de l'Estat central. En aquesta línia, el Tribunal intenta delimitar també el que s'ha d'entendre per «recerca en sentit estricte», concepte que al cap i a la fi actua com a eix articulador d'aquesta nova lectura competencial, tot introduint dues precisions (FJ 6):

De un lado, que «debe constatarse la efectiva presencia de este título competencial mediante el examen de las subvenciones, a fin de que no se trate de una mera invocación formal, pues hemos afirmado que para que resulte de aplicación este título competencial debe ser patente que la actividad principal o predominante fuera la investigadora» (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 186/1999, de 14 de octubre, y 242/1999, de 21 de diciembre). Y de otro lado, también hemos resaltado que el ámbito del art. 149.1.15 CE, «por su propia naturaleza, debe concebirse en sus términos estrictos, a fin de no desplazar y determinar el vaciamiento de otros títulos competenciales con los que concurre (STC 242/1999, FJ 14.a)» (STC 190/2000, FJ 8).

Aquestes precisions, no obstant, serien relativament imprecises, si no fos per la seva concreció aplicativa posterior. Partint de l'afirmació que no és suficient una relativa connexió amb la naturalesa de recerca de les mesures objecte d'estudi perquè aquestes puguin situar-se sota el títol competencial de «recerca», sinó que cal que aquesta naturalesa sigui «nítida i preponderant» per tal d'evitar un buidament dels títols competencials (STC 138/2009 de 15 de juny).¹⁴ Per aquesta raó el Tribunal intenta oferir una nova definició del concepte de recerca, tot recopilant i reordenant la seva doctrina anterior, partint de les premisses següents: primera,

¹⁴ En aquesta Sentència es discutia l'encaix competencial d'una convocatòria de 2002 d'ajuts a la recerca relacionada amb la Xarxa Nacional de Parcs Nacionals.

no tota activitat d'innovació pot ser qualificada d'activitat de recerca, ja que la innovació pot simplement consistir en l'aplicació de resultats de recerca (tecnologia, per exemple) ja realitzats o existents; segona, en la incorporació d'innovacions tecnològiques del disseny, la formació de professionals i la difusió del disseny (en l'àmbit tèxtil, per exemple) forma part de l'ordenació dels sectors industrials; tercera, les subvencions dirigides a millorar el nivell tecnològic de les empreses mitjançant la incorporació de sistemes informàtics, formació tecnològica dels professionals o assistència tècnica, així com els estudis de diagnòstic o viabilitat, no són recerca en sentit estricte. A partir d'aquí, el Tribunal analitza les concretes disposicions impugnades i intenta distingir els diversos blocs d'actuació subvencionadora (projectes d'innovació tecnològica, difusió i extensió de l'ús de les tecnologies, promoció i demostració de resultats, formació de personal d'alta qualificació, assistència tècnica, estudi de diagnòstic o viabilitat tècnica, projectes de R+D i creació d'unitats de R+D), per concloure que tots ells s'incardinen dins la competència sobre indústria amb excepció dels projectes de R+D, que ho fan dins de recerca.¹⁵ Aclarit el títol competencial aplicable, la competència de recerca en sentit estricte admetria un règim subvencional establert per l'Estat i la resta de competències se sotmetrien al cànon de constitucionalitat en matèria de foment que depèn de la titularitat de la competència (STC 13/1992),¹⁶ i que en el

15 En relació amb l'Ordre de 25 d'abril de 1997 la STC 175/2003 (FJ 6) afirma: «Pues bien, todos estos fines son calificados, desde la perspectiva competencial, por la misma Ley de Industria (disposición final única), como propios de la materia de “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, por su proyección al sector industrial (art. 149.1.13 CE), es decir, como normas básicas de ordenación del sector industrial. (...) La relación existente entre los fines que acabamos de examinar y las actividades que pueden ser objeto de financiación a través del programa de fomento de la tecnología industrial no puede desconocerse, de modo que, en una primera aproximación, podríamos sostener que los bloques de ayudas a que antes hacíamos referencia encuentran su incardinación competencial más apropiada en el ámbito del art. 149.1.13 CE, con la excepción de los proyectos de I+D, que se encuadrarían en la materia “fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica” (art. 149.1.15 CE).» Igualment, els programes acollits als programes internacionals Eureka i Iberoecka o de R+D de la Unió Europea també es consideraren activitat de recerca en sentit estricte.

16 Recordi's la doctrina sobre subvencions continguda a la STC 13/1992 i que pot resumir-se en tres punts. Primer, l'Estat no disposa de poder subvencional general sinó que aquest està vinculat a les concretes competències disponibles; segon, que la tècnica de repartiment territorial de les subvencions per a la seva gestió descentralitzada per les CA resulta molt més ajustada al model d'Estat dissenyat per la Constitució, de manera que si l'Estat disposa d'un títol competencial genèric o només de la legislació bàsica només pot consignar les subvencions als seus pressu-

cas de la STC 179/2003 eren principalment les d'indústria, energia, seguretat i qualitat industrial.¹⁷

En paraules de la STC 138/2009, cal que la *finalitat primordial* de les accions de recerca sigui «el perfeccionament del coneixement científic en qüestions relacionades amb els mateixos [en aquest cas, Parcs Nacionals] per tal de desenvolupar així un programa de recerca propi» o « projectes de desenvolupament experimental que pretenguin o persegueixin incrementar el coneixement científic bàsic susceptible de ser situat al servei de la conservació d'aquests espais naturals protegits integrats a la Xarxa de Parcs Nacionals, ni tampoc s'aprecia que els resultats de l'activitat que es pretengui fomentar siguin susceptibles de generar nous coneixements que puguin ser aplicats al conjunt de la Xarxa, contribuint així al perfeccionament de la seva protecció ambiental» (STC 138/2009).

Aquest canvi d'orientació jurisprudencial és representatiu d'una nova perspectiva més oberta i descentralitzadora de l'acció de les CA en matèria de recerca, que es reflecteix tant en els diferents instruments normatius que han abordat el règim de recerca, principalment les lleis estatals de recerca i ciència així com per reacció els Estatuts d'Autonomia recentment aprovats i també en els creixents instruments de cooperació i col·laboració.

2.2 · Les competències sobre recerca de les CA: de la Llei de 1986 al Projecte de llei de ciència de 2010

Reflectint en certa manera el diferent pes de la recerca autònoma en els darrers trenta anys, però també de la diferència de la competència de re-

postos generals, determinar-ne la destinació i fixar les seves condicions d'atorgament fins a on li permeti la seva competència, però deixant marge suficient a les CA per establir condicions d'atorgament i tramitació i respectant en tot cas les seves competències executives, excepte que la seva naturalesa imposi ineluctablement una gestió centralitzada. Tercer, caldrà territorialitzar les dotacions pressupostàries als propis pressupostos de l'Estat, o posteriorment amb normes o convenis de col·laboració, sense que aquest mecanisme retalli competències o permeti a l'Estat recuperar-les. En desenvolupament d'aquesta doctrina es poden consultar també les SSTC 79/1992, 330/1993, 213/1994, 59/1995, 16/1996, 68/1996, 109/1996, 70/1997 i 71/1997.

¹⁷ Els ajuts als projectes de recerca que no són recerca en sentit estricte, vinculats per exemple a matèries com energia o indústria, on les CA poden disposar de competències pròpies, no obstant ser susceptibles d'atreure l'activitat subvencional de l'Estat, correspon a les CA la seva regulació i en particular la determinació del procediment de tramitació de les subvencions i la seva gestió, inclosa la determinació de la documentació exigible per demanar els ajuts i els concrets formularis per fer-ho (STC 179/2003).

cerca per part del Tribunal Constitucional (i en conseqüència de la resta d'institucions de l'Estat), es pot dir que el sistema de recerca espanyol mostra una evolució política i normativa evident. De la Llei 13/1986 i la corresponent STC 90/1992 emparant-se en una forta intervenció estatal en aquest àmbit es van anar incrementant progressivament les actuacions autonòmiques fins al punt que el sistema de ciència va superar en realitat les costures de la STC 90/1992 i de la Llei 13/1986 necessitant cada vegada més de nous instruments de col·laboració i acord entre Estat i CA. Situació aquesta que troba un punt d'inflexió, ja avançat a la STC 179/2003, als darrers Estatuts d'Autonomia reformats a partir de la meitat de la darrera dècada i amb el de Catalunya al davant, intentant una millor delimitació de les competències respectives. Aquesta nova realitat emergent, en la qual les CA són sòlids actors en el sistema de recerca, és reconeguda explícitament per l'Avantprojecte de llei de ciència presentat al febrer de 2010 pel Govern central i assumida com un element de transformació i millora del sistema de ciència a l'Estat espanyol.

Començant per la primera (i encara vigent) llei estatal en matèria de recerca, *Ley 13/1986 de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica*, val a dir que aquesta llei es va adoptar en el seu moment sobre la base de la competència estatal de coordinació de la recerca de l'article 149.1.15 CE amb l'objectiu d'establir les bases institucionals, competencials i financeres de l'activitat de recerca. Per començar, la Llei establí un *Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico*, com a instrument principal per ordenar la recerca, el procediment d'elaboració i contingut mínim del qual queden legislativament fixats, així com la planificació, coordinació i seguiment del mateix, encarregats a la *Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (CICYT)*, un òrgan específic creat per la Llei i compost fonamentalment per representants dels diferents ministeris del Govern implicats en aquesta matèria. La Comissió compta amb el *Consejo General de la Ciencia y la Tecnología*, un òrgan d'assessorament i participació autonòmica a la CICYT,¹⁸ així com de mecanismes d'opinió

18 Creat per l'article 12 Llei 13/1986 amb la finalitat de promoure la *coordinació general* de la investigació científica i tècnica, el Consejo General està integrat per un representant de cada comunitat autònoma i pels membres que designa el Govern, atribuint-l'hi les funcions d'«informar prèviament el Pla Nacional, especialment pel que fa al millor ús de la totalitat dels recursos i mitjans d'investigació disponibles», de «proposar la inclusió d'objectius en el Pla Nacional», de «proposar, en funció del seu interès, programes i projectes d'investigació de les

directa amb la participació activa dels directors generals als grups de treball, tant en l'elaboració del *Plan Nacional* com, més tard de l'*Estrategia Nacional de Ciencia y Tecnología (ENCYT)*, que permeten el flux d'informació sobre les activitats de recerca que duen a terme en desplegament del Pla Nacional,¹⁹ però sobretot la consulta i la coordinació autonòmica per part de la CICYT. Finalment, el finançament del Pla Nacional s'estableix a càrrec de fons procedents dels pressupostos generals de l'Estat i d'altres administracions públiques, així com de les aportacions d'entitats públiques i privades, i de fons procedents de tarifes fixades pel Govern. Aquest model contribueix a fer completament dependent el desplegament del Pla Nacional dels fons estatals. Com sabem, aquesta Llei va ser recorreguda per la Generalitat i avalada pel Tribunal Constitucional obrint una etapa expansiva de la competència estatal sobre recerca, al mateix temps que d'alguna manera se supeditava la recerca autonòmica a la disposició d'instruments i finançament suficients per desenvolupar la seva pròpia política de recerca, cosa que tardaria en ocórrer i que prèviament requeriria de la consolidació de l'estat autonòmic i d'un model més potent de finançament de les autonomies.

Com hem apuntat, diverses raons expliquen el retard de les CA en desenvolupar els seus propis instruments de foment de la recerca, juntament amb les limitacions en el finançament autonòmic. D'una banda, la necessitat d'assumir primer i desplegar després una política universitària pròpia va endarrerir el plantejament de polítiques de recerca autonòmiques, tenint en compte que les universitats han estat durant molt de temps els principals motors de la recerca pública a l'Estat espanyol; de la mateixa manera, la creació i manteniment sota titularitat estatal dels grans centres de recerca —com el CSIC— desincentivà actuacions autonòmiques en aquest àmbit, com a mínim durant els anys vuitanta i fins i tot entrats en els noranta. D'altra banda, el fort intervencionisme estatal en altres àmbits competencials relacionats, com indústria o energia més enllà de les seves competències

Comunitats Autònomes, després de la seva corresponent presentació pels governs de les mateixes», de «promoure l'intercanvi d'informació entre l'Administració de l'Estat i la de les Comunitats Autònomes sobre els seus respectius programes d'investigació, amb la finalitat de facilitar la coordinació general de la investigació científica i tècnica», de «promoure accions conjuntes entre Comunitats Autònomes.

19 Les Comunitats Autònomes informen la CICYT del conjunt de les seves activitats anuals lligades al Pla Nacional, de manera que s'elabora una memòria conjunta amb aquesta Comissió de totes les activitats de R+D+I del conjunt de l'Estat.

(com era el cas de la STC 179/2003), demostren la dificultat per avançar de manera significativa en aquest àmbit per part de les CA, que primer van haver de «desbrossar» el camí per poder actuar amb major llibertat en aquest àmbit. Finalment, és probable que la limitada inversió en recerca del sistema productiu empresarial espanyol fins a èpoques relativament recents, tampoc contribuís a col·locar la recerca entre les àrees de prioritats de les CA en aquests temps. Això no significa que les CA no duguessin a terme accions dirigides, no només a «desbrossar» el camí cap a una política pròpia de recerca.

El cas de Catalunya és un bon exemple d'aquesta actuació, que tradicionalment ha reclamat un rol principal en aquest àmbit i que ja a principis dels noranta adoptava el primer *Pla de recerca i innovació 1993-1996* (al qual posteriorment seguirien tres plans més, fins a l'actual IV PRI 2005-2008, actualment prorrogat), el 2001 per la creació de l'AGAUR com a agència executiva de gestió dels ajuts i foment de la recerca de la Generalitat, el 2002 per la creació de la Institució Catalana de Recerca i Estudis Avançats (ICREA) i, més tard, per la unificació sota una sola conselleria les àrees tradicionals d'Universitats, Recerca, Empresa i fins i tot Indústria, ja sota el govern tripartit. El procés de debat i aprovació de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya va implicar l'adopció d'unes disposicions més àmplies i ambicioses en matèria de recerca (art. 158 EAC i altres). Des de llavors, hi ha hagut alguns avenços significatius, el 2008 s'adoptava el Pacte Nacional per a la Recerca i la Innovació i a finals de 2009 es creava el Consell Català de Recerca i Innovació com a fruit dels compromisos del Pacte Nacional per a la Recerca i la Innovació per millorar la governança del sistema de recerca i innovació català. Al mateix temps se substituïa el Consell Interdepartamental de Recerca i Innovació Tecnològica (CIRIT) per una Comissió Interdepartamental (CIRI) i una nova Oficina de Coordinació en Recerca i Innovació (OCRI).

Aquest increment tant de l'activitat de foment de la recerca com de creació d'un teixit institucional i de construcció d'unes polítiques autonòmiques pròpies, amb diferències entre CA naturalment, va obligar a anar potenciant els escassos instruments inicials de col·laboració entre Estat i CA, que a banda del *Consejo General de la Ciencia y la Tecnologia* dins la CICYT, s'havien anat articulant a partir d'un seguit de convenis de cooperació i col·laboració en matèria de Ciència i Tecnologia entre el Ministeri corresponent i les CA, fonamentalment en relació amb el desenvolupament de les prioritats dels Plans Nacionals, i posteriorment intentant que els Plans

Autonòmics de Recerca i Innovació guardessin una correspondència amb els corresponents Plans Nacionals. A principis de la dècada, concretament el 2002 es va establir un Grup de Treball d'Intercanvi d'Informació AGE-CA format per funcionaris d'alt nivell amb la finalitat d'assegurar la cooperació i coordinació en matèria de ciència i tecnologia entre les CA i l'Administració General de l'Estat i avançar així en unes relacions que no deixaven de ser bilaterals, tot intentant guanyar una major operativitat desenvolupant accions conjuntes. Un pas més cap a la consolidació d'un instrument de col·laboració entre Estat i CA va ser la creació el 2005 de la *Conferència Sectorial en Ciència y Tecnología*, així com la celebració al gener de 2007 d'una sessió monogràfica sobre recerca al si de la Conferència de Presidents, que va permetre l'adopció d'un *Document conjunt sobre Recerca, Desenvolupament Tecnològic i Innovació (R+D+i)*, així com un seguit de compromisos financers.

Aquesta evolució en l'ús d'instruments de col·laboració tant en el marc tècnic com polític al més alt nivell, evidencia tant la necessitat de col·laboració en aquest àmbit com la importància que els dos nivells politicoadministratius li atribuïen. I és que des de feia uns anys i coincidint amb el canvi d'enfocament del mateix Tribunal Constitucional sobre el paper de l'Estat central en aquest àmbit, era evident que el moment estava madur per a un canvi de tendència cap a la plena incorporació de les CA com a nivells politicoadministratius amb plena capacitat política, normativa i de gestió en matèria de recerca, particularment si aquestes estan directament relacionades amb la seva economia o sistema productiu (turisme, indústria, agricultura, pesca, energia, universitats o educació, etc.). Les CA comptaven ja a meitat de la dècada de 2000 amb unes institucions i òrgans de govern amb vocació d'intervenció també en l'àmbit de recerca, però sobretot per a la millora en els mecanismes de finançament de les CA, que permeten furnir amb mitjans aquesta vocació d'intervenció. El creixement econòmic i la modernització de la societat i l'economia espanyoles, juntament amb l'increment de la competència econòmica fruit de la globalització, contribuïen a incrementar l'interès i la necessitat de potenciar la recerca i la innovació tant per les diverses administracions públiques com pels agents privats. I la transversalitat inherent a l'activitat de recerca és lògic que esdevingués un àmbit d'interès creixent per part de les administracions autonòmiques, que en els darrers anys s'han enfortit amb mitjans humans, econòmics i materials. D'igual manera que els plans nacionals de recerca i tots els mecanismes de desplegament i finançament de la recerca vinculats al mateix havien

potenciat l'activitat de recerca al llarg d'aquests anys; a partir de mitjans dels noranta, la possibilitat de participar en projectes de recerca d'abast europeu i la disponibilitat de finançament a través de les convocatòries dels Programes Marc oferia incentius addicionals a les CA per potenciar la recerca al seu territori, raó que explica el desenvolupament de tot un entramat d'instruments d'organització i planificació autonòmiques d'acord amb les seves competències contribuint a consolidar el Sistema Espanyol de Ciència i Tecnologia. Al mateix temps, la comunitat científica espanyola ha incrementat la seva producció científica notablement tot alimentant l'interès per continuar desenvolupant una àrea en expansió així com pel seu impacte en el creixement econòmic.

És justament en aquests moments de canvi d'interpretació del Tribunal Constitucional, de desenvolupament d'un entramat politicoinstitucional autonòmic en matèria de recerca i de consolidació de nous instruments de col·laboració i cooperació en matèria de recerca que es produeix una nova onada de reformes estatutàries a diverses CA, que contribueixen a consolidar aquest escenari de canvi de model en les relacions interadministratives sobre recerca. L'exemple de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 és paradigmàtic: d'una banda recull un conjunt d'orientacions en relació amb l'activitat de foment de la recerca, generalment sota la forma d'obligacions dels poders públics de foment de la recerca científica de qualitat (art. 44 EAC), de foment de la recerca i la innovació tecnològiques en l'àmbit de la societat del coneixement i de la informació (art. 53 EAC) o de foment de l'ús del català en la recerca (art. 50 EAC). D'altra banda, en l'àmbit de les competències de la Generalitat, el nou Estatut recull aquelles relacionades amb la recerca en diversos àmbits sectorials específics, com les de matèria ambiental (art. 144.1.b EAC), la recerca, el desenvolupament, la transferència tecnològica, la innovació de les explotacions i les empreses agràries i alimentàries (art. 116. h EAC), la recerca en l'àmbit educatiu (art. 131.2.d EAC), de l'esport (art. 134.1.l EAC), en l'àmbit de la meteorologia, el clima i la cartografia (art. 144.5 EAC), per tancar dedicant l'article 158 EAC específicament a les competències de la Generalitat sobre activitat de recerca, desenvolupament i innovació tecnològica:

Article 158. Recerca, desenvolupament i innovació tecnològica

1. Correspon a la Generalitat, en matèria de recerca científica i tècnica, la competència exclusiva amb relació als centres i les estructures de recerca de la Generalitat i als projectes que aquesta finança, que inclou en tot cas:

- a) L'establiment de línies pròpies de recerca i el seguiment, el control i l'avaluació dels projectes.
 - b) L'organització, el règim de funcionament, el control, el seguiment i l'acreditació dels centres i les estructures situats a Catalunya.
 - c) La regulació i la gestió de les beques i dels ajuts convocats i finançats per la Generalitat.
 - d) La regulació i la formació professional del personal investigador i de suport a la recerca.
 - e) La difusió de la ciència i la transferència de resultats.
2. Correspon a la Generalitat la competència compartida sobre la coordinació dels centres i les estructures de recerca de Catalunya.
3. Els criteris de col·laboració entre l'Estat i la Generalitat en matèria de política de recerca, desenvolupament i innovació s'han de fixar en el marc del que estableix el títol v. Així mateix, s'han d'establir els sistemes de participació de la Generalitat en la fixació de les polítiques que afectin aquestes matèries en l'àmbit de la Unió Europea i en altres organismes i institucions internacionals.

Aquest precepte conjumina una aproximació realista a l'apartat 1 sobre l'estat actual de les competències autonòmiques de recerca amb una aspiració vagament definida a l'Apartat 2 d'increment del camp d'acció de la Generalitat en aquest àmbit, i un intent de forçar l'establiment d'un mecanisme estable, propi i permanent de participació de la Generalitat en les polítiques europees i internacionals en matèria de recerca, recollit a l'Apartat 3 que remet al Títol v de l'Estatut.

Diem en part realista, perquè l'Apartat 1 del precepte partint de la jurisprudència constitucional intenta detallar l'abast de les facultats de la Generalitat sobre la recerca generada per centres i estructures de la pròpia Generalitat. Respecte d'aquests, la Generalitat pot establir les línies de recerca prioritàries, els aspectes d'organització, seguiment i control, la regulació i gestió de l'atorgament d'ajuts així com la formació del personal vinculat a la recerca a aquests centres, així com la difusió dels coneixements generats. Més discutible és que aquestes funcions es puguin estendre als projectes que la Generalitat finança, doncs en aquest punt caldria distingir si es tracta d'un finançament amb fons propis o si la Generalitat actua com a gestora de fons estatals o fins i tot comunitaris o si es tracta de fons on la Generalitat complementa amb fons propis el finançament aportat per altres administracions, ja que en aquest cas seria més discutible, especial-

ment si aquestes actuacions de foment de la recerca es projecten sobre un àmbit competencial de titularitat compartida amb l'Estat, i no es tracta simplement de foment de la recerca en el sentit estricte, com s'ha exposat anteriorment.

En segon lloc, l'afirmació que sobre els centres i estructures de recerca de Catalunya (no tots els situats a Catalunya) la Generalitat disposa de competència compartida pel que fa a la seva coordinació, essent com és una afirmació relativament vaga, planteja el dubte fonamental sobre si aquesta previsió d'una competència compartida de coordinació no entra en conflicte amb la previsió que la coordinació de la recerca correspon a l'Estat central en exclusiva d'acord amb l'article 149.1.15 CE. Si el precepte es refereix únicament a les estructures pròpies de la Generalitat, aquesta aparent contradicció es pot superar considerant que essent la Generalitat la responsable en darrera instància de les seves estructures i línies de recerca pròpies, l'Estat, com a coordinador, haurà de fer aquesta tasca amb la Generalitat com a interlocutora i, com que la doctrina constitucional sobre la funció de coordinació té com a límit infranquejable l'adopció per l'Estat de decisions vinculants en relació amb les competències autonòmiques, s'ha d'entendre que en aquest sentit existeix una compartició de la funció de coordinació, entre l'ens coordinador estatal —que és el Govern central— i els ens coordinats, que són les CA en els àmbits respectius de recerca. En aquest sentit, la comprensió de l'Apartat 2 es pot reconduir en part cap als mecanismes ordinaris de col·laboració (conferències sectorials, conferència de presidents i grups de treball, convenis,²⁰ etc.) que de vegades també ho són de coordinació,²¹ així com als específics de l'Apartat 3 del precepte, que remet en al Títol v de l'Estatut, que prefigura la Comissió Bilateral Estat-Generalitat com a òrgan de col·laboració estable i permanent.

La consolidació del paper de les CA en matèria de recerca i la necessitat que el sistema de ciència estatal estableixi mecanismes actualitzats per donar-los cabuda, sembla recollir-se més en l'esperit i el preàmbul

20 Entre els convenis signats entre la Generalitat i els seus organismes de recerca i els de l'Estat, s'observa també una relativa evolució, tant en el nombre i objecte dels mateixos com en la seva utilització com a instruments de finançament d'actuacions de recerca. En aquest sentit, es pot resseguir aquesta evolució a la crònica corresponent de GARCÍA MORALES, M. J. als successius volums de l'*Informe comunidades autónomas*, Ed. Institut de Dret Públic, Barcelona, de publicació anual.

21 En altres casos alguns instruments només ho són de coordinació, com en el cas del Consell General de Ciència i Tecnologia de la CICYT.

que no pas en el contingut de l'Avantprojecte de llei de la ciència, la tecnologia i la innovació presentat al febrer de 2010.²² Aquest text pretén actualitzar el sistema nacional de ciència i tecnologia, fonamentalment introduint nous instruments de gestió i finançament de la recerca, entre els quals bàsicament la creació de l'Agència Estatal de Recerca, que juntament amb l'actual Centre per al Desenvolupament Tecnològic i Industrial (CDTI) serien els organismes encarregats del finançament de la recerca, que fins ara feia directament el propi Ministeri. A banda d'algunes modificacions pel que fa als mecanismes d'accés a la carrera investigadora i d'equiparació d'aquesta als cossos docents universitaris, o d'establiment d'un règim específic de contractació pública en matèria de recerca, etc., l'avantprojecte enuncia la idea plasmada a l'Estatut que les CA són també agents de coordinació del Sistema Espanyol de Ciència i Tecnologia, restant a l'Administració General de l'Estat només la «coordinació general»; en aquesta línia, les CA també es consideren agents de finançament i execució del propi sistema (art. 3). A partir d'aquí, potser l'instrument més rellevant pel que aquí interessa és que la coordinació amb les CA adquireix una dimensió més apropiada amb la constitució del Consell de Política Científica i Tecnològica, que inclou als titulars ministerials i de les conselleries corresponents i un llistat de funcions que poden solapar-se amb les de la Conferència Sectorial de Ciència i Innovació, de composició similar, encara que centrada en l'establiment dels mecanismes de col·laboració. Per la resta, l'avantprojecte no sembla anar més enllà en l'establiment d'una relació més estreta amb altres agències o administracions responsables en aquest àmbit, que queda en mans o bé del nou Consell de Política Científica i Tecnològica o dels instruments de col·laboració corresponents. Tan sols la disposició addicional onzena fa una menció a la utilització dels convenis per tal d'establir mecanismes de simplificació del control sobre els ajuts i subvencions estatals concedits. Essent com és encara un segon esborrany d'avantprojecte, potser només calgui apuntar aquí que caldrà que en la seva informació prèvia i posterior tramitació com a projecte de llei es clarifiquin millor els mecanismes de col·laboració així com la necessitat que la llei estableixi criteris més detallats sobre els respectius àmbits d'actuació entre CA i Estat en matèria de recerca i foment de la mateixa.

²² Esborrany disponible a <http://www.micinn.es> (borrador 1 V22_2_2010).

Finalment, simplement apuntar que altres instruments posats en marxa recentment confirmen un gir progressiu cap a un model de recerca i gestió de la recerca on les CA són ja considerades com a actors fonamentals, com l'Avantprojecte de llei d'economia sostenible.²³ Juntament amb les CA també es comença a prendre en consideració els ens locals, els quals apareixen com a receptor del fons creat pel Reial decret llei 13/2009 de 26 d'octubre de creació del Fons Estatal per a l'ocupació i la sostenibilitat local,²⁴ entre les finalitats del qual es troba prioritàriament el finançament de projectes que prenguin en compte, entre altres elements, «el recolzament de la recerca, el desenvolupament tecnològic i la innovació».

3 · A tall de conclusions: la participació autonòmica en l'activitat de recerca i foment de la recerca en el marc comunitari

Aprofitant aquesta tendència progressiva cap a una posició més forta de les CA en matèria de recerca i la possibilitat de creació de mecanismes de col·laboració amb l'Estat que permetin una major implicació de les mateixes en el sistema nacional de recerca, cal plantejar-se com tot aquest procés s'incardina en un marc més ampli com és el de la Unió Europea, que mitjançant la seva capacitat de finançament i orientació política està consolidant també un rol fonamental en matèria de recerca i de foment de la mateixa. Respondre a aquesta pregunta en un moment com l'actual, d'inici del desplaçament del Tractat de Lisboa, amb les previsions estatutàries sobre recerca encara per desplegar completament, i una nova llei de ciència en redacció, seria sens dubte prematur. No obstant, és possible realitzar algunes reflexions sobre els dèficits actuals del sistema i les línies mestres que haurien de permetre una millor integració de les CA en el sistema nacional i europeu de recerca.

En aquest sentit cal tenir en compte que un primer dèficit és l'escassa participació actual de les CA en la definició de les polítiques i la programació estatal de la recerca, per no dir en la planificació de la recerca en el marc comunitari. En el primer cas, la participació al Pla Estatal probable-

²³ Disponible a <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/F0B75196-2B80-4277-A825-B8C2C89AD6A8/99971/Presentacion_LES_271109_13h.pdf>.

²⁴ BOE 259 de 27 d'octubre de 2009, disponible a <http://www.map.es/servicios/fondo_sostenibilidad/Real_Decreto_Ley0/document_es/20091027BOE.pdf>.

ment millori una mica amb la constitució del Consell de Política Científica i Tecnològica i també si es dóna un major protagonisme a les CA a la Conferència Sectorial de Recerca. Així i tot, encara quedarà per definir, doncs l'Avantprojecte de Llei de ciència no ho fa, una distribució més adequada de la gestió de la recerca. En el fons, aquesta norma continua abundant en la idea que existeix un àmbit estatal propi de recerca sobre el qual l'Estat ha de continuar legislant, reglamentant, gestionant i finançant, sense que s'hagi fet una reflexió a fons sobre si alguns d'aquests instruments no es podrien traspasar a les agències o conselleries autonòmiques per a la seva gestió en funció de la seva naturalesa (no és el mateix el programa Consolider-Ingenio o la convocatòria Ramón i Cajal que la convocatòria d'Accions Complementàries o d'ajuts per a la contractació de tècnics de recerca o de becaris FPI, per citar alguns exemples) o fins i tot de buscar nous instruments més eficients de descentralització d'una part de la gestió, reservant-se l'Estat la regulació de les convocatòries i la seva inspecció, sempre en l'àmbit del que seria la recerca en sentit estricte tal i com l'ha definit la STC 179/2003. La proposta d'agència estatal, amb una regulació diferent a la que proposa l'avantprojecte, permetria també una articulació diferent de l'actual en el sentit aquí apuntat.

És igualment important continuar acotant els supòsits excepcionals en els quals l'Estat reivindica la gestió directa de les subvencions tot i no disposar de competències executives, en particular quan aquesta es justifica per l'origen dels ajuts procedents de fons comunitaris, ja que en aquests casos només es justificaria si els criteris comunitaris obliguessin a controlar i centralitzar el procediment de recepció i tramitació de sol·licituds (STC 79/1992, STC 70/1997), però no quan el que es distribueixi siguin fons estatals propis, o quan simplement s'indiqui que els ajuts concedits es podran complementar amb fons d'altres administracions públiques dins els màxims previstos a la normativa comunitària, perquè aquesta és una qüestió d'aplicació de la normativa comunitària que poden complir perfectament les CA quan gestionin ajuts en matèries de la seva competència finançats amb fons propis autonòmics i fons estatals. I fins i tot en el primer cas, es poden trobar en alguns casos vies alternatives a la gestió centralitzada de les sol·licituds si existeix una autèntica voluntat de preservar les competències autonòmiques.

D'altra banda, és evident que si la participació autonòmica en l'àmbit estatal presenta encara algunes mancances, la participació autonòmica en la conformació de les polítiques comunitàries de recerca encara està més lluny

de ser la desitjable. A banda que els aspectes generals de participació es puguin plantejar a la CARCE, el cert és que l'espai de participació en la fase ascendent de les polítiques comunitàries, hauria de ser la Conferència Sectorial, fòrum que és habitualment insuficient per a un seguiment sistemàtic de les iniciatives comunitàries i que en el cas de la Conferència de Recerca ho és en particular. Això explica el recurs a vies indirectes d'incidència en aquest àmbit per part de les CA, com les Oficines Regionals de Representació o la intervenció indirecta a través de parlamentaris europeus o, si s'escau, a través de les audiències públiques de la Comissió, o als procediments de comitologia, o fins i tot molt indirectament a través dels processos d'avaluació d'aquestes polítiques.

En realitat, aquesta participació també falla per altres raons. En part, per la manca d'instruments de participació subestatal en aquesta política, ja que, per exemple, el Comitè de les Regions no és consultat en relació amb el Programa Marc. En part també, la participació autonòmica en l'àmbit comunitari en recerca falla per les pròpies dinàmiques polítiques internes, on la coordinació horitzontal per fixar posicions és encara molt limitada, fins i tot per manca d'informació, monitorització i fins i tot definició d'una política supraautonòmica dins els mateixos governs autonòmics, ja que probablement intentar que la col·laboració estatal funcioni és suficientment esgotador com per intentar influir en una política comunitària molt més difusa, complexa i escorredissa, els resultats de la qual són menys immediats. És més, ni tan sols existint òrgans de coordinació intragovernamental en assumptes europeus (la Secretaria per a la Unió Europea n'és un bon exemple) és sempre possible coordinar adequadament els diferents departaments o conselleries.

Però com diem a l'inici d'aquesta reflexió, és encara prematur valorar el funcionament dels futurs instruments de participació marcats per Lisboa, els nous estatuts o la futura llei de ciència. Aquí és suficient apuntar alguns dels problemes actuals que aquests instruments hauran d'afrontar.

LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. ¿INCREMENTA LA CARTA LOS PODERES DE LA UE PARA LA REGULACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

AIDA TORRES PÉREZ*

*Profesora de Derecho Constitucional,
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO: I. Introducción: protección multinivel de derechos en Europa. II. Derechos Fundamentales y Poderes en la UE. III. La proyección de los poderes de la UE sobre derechos. A. Poderes específicos. A.1. Igualdad. A.2. Principios rectores. A.3. Otras materias sobre las que la UE ostenta competencias atribuidas. B. Poderes generales. B.1. Artículo 308 TCE. B.2. Artículo 95 TCE: la aproximación de legislaciones. IV. La proyección de la Carta sobre los poderes de la UE. A. Poderes específicos. A.1. Igualdad. A.2. Principios rectores. A.3. Otras materias sobre las que la UE ostenta competencias atribuidas. B. Competencias generales. B.1. Artículo 308 TCE / 352 TFUE. B.2. Artículo 95 TCE / 114 TFUE. V. A modo de conclusión: el refuerzo de los poderes de la UE y el impacto sobre las competencias de las CCAA. Debate.

I • Introducción: protección multinivel de derechos en Europa

En el ámbito europeo existen diversas esferas, en ocasiones superpuestas, de protección de derechos fundamentales: internacional, supranacional, estatal e infraestatal. En el marco internacional-regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce un conjunto de derechos protegidos e interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito supranacional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Eu-

* Agradezco a los organizadores la posibilidad de participar en el Seminario «L'increment de les competències de la Unió Europea i les conseqüències en les competències de les comunitats autònomes», celebrado en el IEA el 14 de septiembre de 2009.

ropeas (TJCE) ha ido configurando un catálogo de derechos para la Unión Europea (UE) a través de su jurisprudencia. Estos derechos fueron posteriormente incluidos en una declaración escrita, la denominada Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Con la ratificación del Tratado de Lisboa,¹ la Carta adquiriría finalmente fuerza jurídica obligatoria. A nivel estatal, en el caso español, la Constitución incluye en su título I un conjunto de derechos,² cuya interpretación última corresponde al Tribunal Constitucional. Finalmente, en el marco autonómico, en las últimas reformas, los Estatutos de Autonomía han tendido incluir declaraciones de derechos, con mayor o menor amplitud.³ En particular, los Estatutos de Andalucía y Cataluña incorporan amplias declaraciones de derechos.⁴

El modelo de protección de derechos fundamentales en formas de gobierno políticamente descentralizadas siempre plantea gran controversia desde el punto de vista del diseño institucional. Se plantean un conjunto de preguntas comunes: ¿en qué medida los derechos reconocidos a nivel central vinculan a los poderes públicos de los entes constitutivos? ¿Quién y cómo deberían resolverse los conflictos entre derechos reconocidos en los distintos niveles cuando se superponen en su ámbito de aplicación? ¿A quién le corresponde la competencia para la regulación de los derechos? Todas estas preguntas confluyen en la cuestión general referente a cómo establecer el equilibrio entre diversidad y uniformidad en la interpretación de derechos fundamentales en estructuras de poder compuestas. Todas estas

-
- 1 En el momento de cerrar este artículo, superado el referéndum en Irlanda, sólo falta la ratificación de la República Checa para que el Tratado de Lisboa pueda entrar en vigor.
 - 2 Se utilizará en general el término «derechos fundamentales», pero en ocasiones se distinguirá entre derechos fundamentales y principios rectores, caracterizados los segundos por estar privados de eficacia jurídica directa.
 - 3 LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (título II); LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (título I); LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears (título II); LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (título I); LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (título I); LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (título I).
 - 4 El título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que incluye la declaración de derechos, ha sido impugnado en su integridad ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, el 18 de septiembre de 2006. También han sido impugnados diversos preceptos del título I por el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los diputados del grupo parlamentario del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, el 31 de julio de 2006.

preguntas se plantean actualmente en el proceso de integración europea. Son precisamente las cuestiones a las que intenta dar respuesta la Carta en sus disposiciones finales, las denominadas cláusulas horizontales, que han generado desde su aprobación un amplio debate.⁵ Este trabajo se centrará en una de estas cuestiones como pregunta de investigación: ¿cómo se distribuyen los poderes para la regulación de los derechos fundamentales? En particular, ¿en qué medida el reconocimiento de fuerza jurídica obligatoria a la Carta puede conducir a un incremento de los poderes de la UE en materia de derechos fundamentales? Y entonces, ¿cuál sería el impacto sobre los poderes de las CCAA?

En primer lugar, se apuntará brevemente la evolución de la relación entre poderes y derechos en la UE, para centrarnos en el análisis de lo establecido por la Carta (sección II). Uno de los elementos que generaron mayores reticencias durante el proceso de elaboración de la Carta, y también con posterioridad, ha sido precisamente el impacto que podría tener sobre las competencias de la UE para la regulación de derechos fundamentales. En segundo lugar, se examinarán los poderes de los que actualmente dispone la UE para la regulación de derechos, independientemente de la Carta (sección III). A continuación, se valorará cuál podría ser el impacto de la Carta sobre los poderes existentes (sección IV). Por último, se hará referencia a cuáles podrían ser las repercusiones de un incremento de poderes de la UE para las competencias de las comunidades autónomas (CCAA).

II · Derechos Fundamentales y Poderes en la UE

Como es ampliamente conocido, los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no incluyeron ninguna declaración de derechos. Entre las diversas razones para explicar esta ausencia, destaca el temor a que un catálogo de derechos pudiera ser la ocasión para un incremento de los po-

5 ALONSO GARCÍA, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, n.º 4, 2002; BERING LIISBERG, J., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?», *Jean Monnet Working Paper 4/01*; BESSELINK, L. F. M., «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 1, 2001; RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, 2002.

deres de la UE, vis-a-vis los Estados miembros.⁶ Este temor queda reflejado en la famosa cita de Hamilton, refiriéndose a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que en su origen tampoco incluyó ninguna declaración de derechos:⁷

Las declaraciones de derechos [...] no sólo son innecesarias en la Constitución propuesta, sino que serían también peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no atribuidos; y, por eso mismo, proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más poderes de los atribuidos. ¿Para qué declarar que no se podrán hacer cosas cuando no existe el poder para hacerlas?⁸

Aunque conceptualmente puede distinguirse entre i) los derechos fundamentales como límite a la actuación de las autoridades públicas, y ii) la competencia para su regulación, en la práctica tal distinción deviene más compleja. El hecho de que las autoridades públicas deban respetar determinados derechos no significa que automáticamente adquieran competencias para su regulación. Sin embargo, la protección efectiva de derechos a menudo requiere de una acción positiva por parte de las autoridades sujetas a los mismos.⁹

Pese al silencio de los tratados, una vez que el TJCE proclamó la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, el déficit de protección a nivel comunitario se hizo evidente: los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales no podían limitar a las instituciones comunitarias, y a su vez no existía declaración de derechos a nivel

6 TORRES PÉREZ, A., «La dimensión estructural de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 67, 2003, pp. 256-258; WEILER, J. H. H., «Eurocracy and Distrust: Some Questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, n.º 61, 1986, p. 1112.

7 La Constitución de 1787 fue enmendada en 1791 para incluir la denominada «Bill of Rights», sobre todo como consecuencia de la presión de los antifederalistas. Ver, FINKELMAN, P., «James Madison and the Bill of Rights: a Reluctant Paternity», *The Supreme Court Review*, n.º 9, 1990, pp. 305-306; AMAR, A. R., *The Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1998; TORRES PÉREZ, A., «La dimensión estructural...», *op. cit.*, pp. 258-260.

8 HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, J., *The Federalist Papers*, Mentor, New York, 1999, p. 481 [traducción propia].

9 BIGLINO CAMPOS, P., «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, p. 48.

comunitario. Con la «rebelión» de los tribunales constitucionales alemán e italiano, la cuestión de la protección de derechos en el ordenamiento comunitario no pudo ser obviada por más tiempo. Se inicia entonces la conocida línea jurisprudencial a través de la cual el TJCE incorporará derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.¹⁰ El TJCE no sólo aplicó estos derechos a las instituciones comunitarias, sino también a las autoridades estatales, cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho comunitario. La delimitación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios a los estados se ha caracterizado por su borrosidad y la tendencia a la expansión.¹¹ Como resultado, la jurisprudencia del TJCE se proyecta sobre la acción de los estados en la interpretación de derechos y la definición de políticas públicas en relación con los mismos.¹²

De este modo, caso por caso, el TJCE fue incorporando nuevos derechos al ordenamiento comunitario. ¿Implicaba la incorporación de derechos en el ordenamiento comunitario la adquisición de poderes por parte de las instituciones comunitarias para su regulación? El TJCE se pronunció sobre la cuestión referida a los poderes de la Comunidad Europea en materia de derechos en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH. El TJCE comenzó recordando que en la Comunidad rige el principio de poderes atribuidos, para constatar que ninguna cláusula de los tratados confería a las instituciones comunitarias un poder general para aprobar normas en materia de derechos humanos.¹³ En particular, respecto a la adhesión al CEDH, el TJCE argumentó que implicaría un cambio sustancial de carácter constitucional que requeriría de una re-

10 Ver por todos, TRIDIMAS, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, London, 2006, pp. 299-341; SAIZ ARNAIZ, A., «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», en CARTABIA, M., DE WITTE, B., & PÉREZ TREMP, P., *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

11 TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 13-26.

12 Este análisis no abordará los poderes del TJCE para la interpretación de derechos fundamentales y la extensión de su ámbito de aplicación a los estados miembros. Es claro que en la medida en que el TJCE ha reconocido nuevos derechos para la UE y ha extendido su ámbito de aplicación a las autoridades públicas estatales su jurisprudencia tiene un impacto importante sobre la autonomía de los estados para la interpretación de estos derechos.

13 Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, p. 27.

forma de los tratados, y que por lo tanto tampoco el artículo 308 TCE podía utilizarse como base jurídica en este caso.¹⁴

El Tratado de Maastricht (1992) incorporó una cláusula consagrando la jurisprudencia del TJCE.¹⁵ Pero no fue hasta el Consejo Europeo de Colonia en 1999, que se impulsó la elaboración de una Carta de Derechos para la UE. El Consejo Europeo convocó una Convención para la elaboración de una declaración escrita de derechos con el principal objetivo de incrementar su visibilidad. En la reforma de Niza (2000) no se consiguió el suficiente acuerdo político para la incorporación de la Carta en el texto de los tratados, y fue objeto de una proclamación política por parte de las instituciones.¹⁶ Posteriormente, la Carta se incorporó al texto del Tratado constitucional, cuya ratificación fracasó después de los referéndums negativos en Francia y Holanda (2005). Finalmente, el Tratado de Lisboa reconoce a la Carta «el mismo valor jurídico que los tratados» (artículo 6.1), pero sin incluir el texto de la Carta en el Tratado. Esta solución «salomónica» puede explicarse en la línea del esfuerzo de «desconstitucionalización» de la reforma de los tratados después del fracaso del proyecto constitucional y de acuerdo con el mandato del Consejo Europeo (Bruselas, junio 2007).¹⁷

Tanto el texto del Tratado de Lisboa como la propia Carta ponen de manifiesto la obsesión por garantizar que: el reconocimiento de fuerza jurídica obligatoria a la Carta no implicará un aumento de los poderes de la UE. En este sentido, el artículo 6.1 del Tratado de Lisboa, en su párrafo segundo, establece explícitamente que: «Las disposiciones de la Carta *no ampliarán en modo alguno las competencias* de la Unión tal como se definen en los tratados» (cursiva propia). Por su parte, el Preámbulo de la Carta proclama que la misma debe entenderse «dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad».

14 EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental Rights and the federal question», *Common Market Law Review*, n.º 39, 2002, p. 982, considera que esta argumentación no es convincente, y que en todo caso no debería llevar a la conclusión de que las instituciones comunitarias no tienen poderes en materia de derechos fundamentales. En la misma línea, WELER, J. H. H., & FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 159-161.

15 Antiguo artículo F.2, que deviene 6.2 tras la revisión de Ámsterdam.

16 TORRES PÉREZ, A., «La dimensión estructural...», *op. cit.*, pp. 268-271.

17 *Mandato anexo a las Conclusiones de la Presidencia*, junio de 2007: «El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional».

Sobre todo, el artículo 51.2 establece: «La presente Carta no [...] *crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones* definidas en los tratados» (cursiva propia). Debe recordarse que el artículo 51 ha sido objeto de sucesivas reformulaciones, tanto en el seno de la Convención redactora de la Carta, como después en la Convención constitucional. Estos debates reflejan los miedos sobre el impacto que una Carta vinculante podría tener sobre la distribución de poderes entre la UE y los Estados miembros.¹⁸ Con el objetivo de evitar un uso expansivo de la Carta, se incluyeron dos nuevos incisos en ambos apartados del artículo 51 (en cursiva), con un resultado redundante y hasta confuso:¹⁹

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias *y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.*

2. La presente Carta *no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión*, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

En relación con el primer apartado, si se ha establecido ya que las instituciones de la UE «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias», nada aporta añadir «y dentro de los límites de las competencias que los tratados atribuyen a la Unión». Por otro lado, en el apartado segundo, se añade un inciso relativo al ámbito de aplicación del derecho de la UE, confundiendo el sentido del precepto, referido a la delimitación de competencias. Más allá de la deficiente técnica legislativa, es claro que los nuevos incisos

¹⁸ DE BURCA, G., «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», *European Law Review*, 2001, pp. 128, 134-137; KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *Common Market Law Review*, n.º 42, 2005, p. 367, 373-374.

¹⁹ SAIZ ARNAIZ, A., «Constitución y derechos: La Carta “retocada”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en ALBERTÍ ROVIRA, E., (dir) y ROIG MOLES, E., (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución europea: balance de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

responden a la voluntad de los redactores de garantizar que la Carta no conlleve un aumento de los poderes de la UE.

A pesar de la insistencia del texto de la Carta, cabe considerar la posibilidad de que una vez se le reconozca fuerza jurídica obligatoria, la Carta impulse el ejercicio de competencias comunitarias en conexión con derechos fundamentales. En realidad, el propio texto refleja cierta tensión interna. El Preámbulo confirma como uno de los objetivos de la Carta la necesidad de «reforzar la protección de los derechos fundamentales». Además, el propio artículo 51.1 de la Carta prevé la «promoción» de los derechos por parte de las instituciones comunitarias.²⁰ Esta aparente esquizofrenia requiere ser investigada. En este sentido, debe tenerse presente que la Carta no se aprueba en el vacío, sino que las instituciones comunitarias disponen de un conjunto de competencias que han sido utilizadas para regular sobre derechos fundamentales. Para poder extraer conclusiones sobre el impacto de la Carta para los poderes de la UE, es necesario analizar primero qué poderes de la UE pueden proyectarse sobre derechos.

III · La proyección de los poderes de la UE sobre derechos

Como comentamos anteriormente, no se ha transferido a la UE un poder general para la regulación de derechos fundamentales. Sin embargo, existe una producción normativa nada desdeñable en relación con derechos. En primer lugar, analizaremos las competencias específicas de las que dispone la UE sobre derechos, para luego referirnos a cláusulas de alcance general, como son los artículos 308 y 95 TCE, que pueden proyectarse sobre derechos.

A · Poderes específicos

A.1 · Igualdad

El Tratado de Ámsterdam incorporó el artículo 13, que otorga poderes de manera expresa a la Comunidad Europea para legislar en materia de no

²⁰ EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *op. cit.*, p. 980; KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *op. cit.*, pp. 385-386.

discriminación. Además, el artículo 141 atribuyó a la Comunidad en su apartado tercero el poder para adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación. Sin embargo, ya con anterioridad, existía una amplia producción legislativa comunitaria en materia de igualdad por razón de sexo, recurriendo a bases jurídicas generales, como los artículos 308 (ex art. 235) y 95 (ex art. 100 A) TCE. El artículo 13 TCE reconoce de manera expresa poderes para la lucha contra la no discriminación y añade el sexo, el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Ahora bien, esta cláusula incluye un inciso que limita su *vis expansiva*, al establecer que el Consejo podrá adoptar acciones para la lucha contra la discriminación «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad» por el TCE. Este inciso plantea dificultades de interpretación en cuanto al ámbito específico de actuación que se atribuye a las instituciones comunitarias.²¹ De modo en cierta medida circular, conecta la capacidad de acción de la Comunidad en materia de no discriminación con las demás competencias atribuidas. Por consiguiente, debe entenderse que no otorga un poder general para regular sobre no discriminación, sino sólo en relación con aquellas materias sobre las que la Comunidad tenga competencias atribuidas.

Al amparo de este artículo, se han dictado dos importantes directivas: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*; y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. La primera define su propio ámbito de aplicación en el artículo 3. Al inicio, reitera el inciso del artículo 13 TCE: «Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las perso-

21 KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the EU», *op. cit.*, pp. 391-392, argumenta que este inciso no puede ser interpretado de manera que el artículo 13 TCE quede subordinado o sólo pueda ser utilizado en conjunción con otras cláusulas del Tratado, porque entonces la introducción de este artículo perdería sentido; FLYNN, L., «The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999, p. 1135, sugiere que podría interpretarse que este inciso se refiere sólo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

nas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos». Los ámbitos a los que se aplicará son: «a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda». Algunos analistas han manifestado dudas sobre la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a algunas de estas materias, por estar escasamente conectadas con competencias comunitarias.²²

A.2 · Principios rectores

El TCE contiene bases jurídicas concretas que habilitan a la Comunidad Europea para regular lo que en nuestro lenguaje constitucional serían principios rectores de la política social y económica, como la protección de consumidores (art. 153 TCE), el medio ambiente (art. 175 TCE), o la política social (art. 137 TCE). La Comunidad ha hecho un uso amplio de estos poderes.²³

²² Por ejemplo, ECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *op. cit.*, pp. 987-988, ha indicado que el ámbito de aplicación de la Directiva se extiende a materias sobre las que las competencias comunitarias son débiles, como la educación; mientras que en otros casos es difícil encontrar la conexión con competencias comunitarias, como es el caso del acceso a la vivienda. En cualquier caso, concluye que el artículo 13 TCE es ambivalente en su alcance y que el principio de interpretación efectiva del Tratado apoyaría una interpretación amplia de los poderes legislativos de la Comunidad en este ámbito.

²³ CABELLOS ESPÍRREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 313-338.

La regulación comunitaria puede referirse tanto al contenido como al ejercicio de este tipo de derechos socio-económicos. En estos ámbitos, las competencias comunitarias no excluyen la acción estatal. Sin embargo, la normativa comunitaria tiene la capacidad para desplazar las normas estatales que regulan estas materias.²⁴ Por lo tanto, la UE dispone de poderes específicos a través de los cuales puede influir y predeterminar la definición de las políticas públicas estatales en estas materias, de manera que la autonomía de los Estados miembros queda reducida.

A.3 · Otras materias sobre las que la UE ostenta competencias atribuidas

Algunos autores han argumentado que la exigencia de respeto a los derechos fundamentales implica que las instituciones comunitarias pueden adoptar, sobre la base de los poderes atribuidos, normas específicas sobre derechos para garantizar que en el ejercicio de estos poderes se respetan los derechos fundamentales.²⁵ Por ejemplo, las competencias de la CE en materia de asilo, inmigración y visados sin duda implican a su vez la regulación, ni que sea de manera tangencial, de derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal o a la tutela judicial efectiva. En particular, Weiler sostiene que la competencia legislativa para tomar medidas que garanticen el respeto a los derechos fundamentales es inherente a cada área de competencia legislativa de la Comunidad.²⁶ De acuerdo con este autor, para la efectiva protección de derechos no es suficiente con la acción fiscalizadora del TJCE, sino que es necesaria la actuación positiva de las instituciones comunitarias. Por lo tanto, debe pasarse de la integración negativa a la positiva también en materia de derechos fundamentales.²⁷

²⁴ *Id.*, pp. 308-311.

²⁵ EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *op. cit.*, p. 983-985.

²⁶ WEILER, J. H. H., & FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», *op. cit.*, p. 156.

²⁷ WEILER, J. H. H. & ALSTON, P., «An “Ever Closer Union” in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights», en ALSTON, P. (ed.), *THE EU AND HUMAN RIGHTS*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 10-13.

B · Poderes generales

B.1 · Artículo 308 TCE

El artículo 308 (ex art. 235) TCE otorga poderes de regulación a la CE cuando una acción sea necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos del Tratado, sin que se hayan previsto los poderes de acción necesarios. Cuando todavía no se habían reconocido poderes expresos a la Comunidad, esta cláusula fue utilizada para regular en materia de igualdad y principios rectores, como la protección de consumidores o el medio ambiente. Por ejemplo, sobre la base del artículo 308 TCE se aprobó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*, una de las normas que ha tenido más impacto y repercusión en materia de igualdad en los estados miembros.²⁸ Weiler y Fries han defendido la posibilidad de recurrir a este artículo para la regulación de derechos cuando no se hayan previsto poderes expresos. Argumentan que, aunque el TJCE considerase que el artículo 308 TCE no era una base jurídica adecuada para la adhesión al CEDH por su relevancia constitucional, eso no significa que este artículo no pueda fundamentar la acción de la Comunidad para la regulación de derechos fundamentales, con determinadas condiciones.²⁹ En cualquier caso, con la intensificación de la integración y la atribución de nuevos poderes expresos a la UE, se ha ido restringiendo la utilización del artículo 308 TCE.

²⁸ En el Preámbulo, se justificaba el recurso al artículo 308 (entonces 235) TCE de la siguiente manera: «(4) considerando que una acción de la Comunidad parece igualmente necesaria con el fin de realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tanto en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, como en lo relativo a las demás condiciones de trabajo; que la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos constituye uno de los objetivos de la Comunidad, en la medida en que se trata especialmente de promover la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra; que el Tratado no ha previsto los poderes de acción específicos requeridos a este efecto».

²⁹ WEILER, J. H. H., & FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», *op. cit.*, pp. 159-160.

B.2 · Artículo 95 TCE: la aproximación de legislaciones

El artículo 95 (ex art. 100) TCE otorga poderes para adoptar medidas para la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Esta cláusula ha tenido, y puede tener, una gran virtualidad en materia de derechos. Por ejemplo, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*, se adoptó sobre la base de este artículo. A continuación procederemos al análisis de la regulación del derecho a la protección de datos personales para constatar cómo el legislador comunitario puede recurrir al artículo 95 TCE para desarrollar una regulación amplia de un derecho fundamental. A su vez, el TJCE confirmó la utilización del artículo 95 TCE, así como la extensión de la aplicación de la normativa aprobada a situaciones puramente internas.

En la Exposición de Motivos de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (Directiva 1995), se justifica el recurso al artículo 95 TCE de la siguiente manera. Se parte de constatar cómo la mayor integración económica y social que resulta del funcionamiento del mercado interior ha conducido a un aumento de los flujos transfronterizos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social. A continuación se argumenta que las diferencias entre Estados en relación con los niveles de protección de derechos, como la intimidad, pueden impedir la transmisión de datos entre los distintos territorios. Como consecuencia, estas diferencias pueden ser un obstáculo para el ejercicio de actividades económicas o falsear la competencia. Se concluye que para eliminar los obstáculos a la libre circulación, el nivel de protección de derechos en relación al tratamiento de datos personales debe ser equivalente en todos los estados miembros. Se justifica así la necesidad de que la Comunidad Europea intervenga para aproximar las legislaciones estatales en esta materia.³⁰ De este modo, el legislador comunitario parece adoptar una pers-

³⁰ RUIZ MIGUEL, C., «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, p. 20, se mostró muy crítico con la utilización del artículo 95 TCE como

pectiva instrumental en la regulación del derecho a la protección de datos. El objetivo principal no es tanto la protección efectiva de este derecho, sino establecer una regulación equivalente como medio para garantizar la libre circulación en el mercado interior. En otras palabras, para evitar que los estados interpongan su propia regulación protectora del derecho a la intimidad, se establece un nivel común de protección. Por otro lado, en relación con el alcance de la Directiva 1995, el artículo 3.2 excluye su aplicación al tratamiento de datos personales:

- efectuado en el ejercicio de *actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario*, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal;
- efectuado por una persona física *en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas* (cursiva propia).

El ámbito de aplicación de la Directiva se define por referencia al ámbito de aplicación del derecho comunitario, cuyos límites son borrosos. La dificultad de delimitar el ámbito de aplicación del derecho comunitario en general, conlleva la dificultad de establecer claramente los límites de la aplicación de la Directiva. Ésta es la ocasión, como se mostrará, para expandir su ámbito de aplicación, en perjuicio de la autonomía de los Estados miembros. En particular, se analizan a continuación los casos *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk* y otros, C-465/00, de 20 de mayo de 2003; y *Bodil Lindqvist*, C-101/01, de 6 de noviembre de 2003.

En el primer caso, se planteó la compatibilidad entre la Directiva 1995 y una ley constitucional federal austriaca sobre la limitación de los salarios de las autoridades públicas. Esta ley establecía la obligación para los organismos públicos sometidos al control del Tribunal de Cuentas (*Rechnungshof*) de comunicar los salarios y pensiones que excedían de cierto nivel pagados a sus empleados y pensionistas, junto con sus nombres, para elaborar un informe anual que se transmitía al Parlamento federal y a las asam-

base jurídica para la regulación del derecho a la protección de datos, ya que de este modo se podría justificar la regulación de cualquier derecho.

bleas provinciales, y que se hacía público. Diversos organismos públicos no comunicaron los datos exigidos, o lo hicieron anónimamente. El Tribunal de Cuentas inició un proceso ante el Tribunal Constitucional austriaco, que a su vez elevó una cuestión prejudicial ante el TJCE referida a la compatibilidad entre la ley interna y la Directiva. El Abogado General Tizzano sostuvo que la actividad referida estaba fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario, y que por lo tanto la Directiva no era aplicable al caso. Constató cómo el objetivo de la ley era garantizar la transparencia de salarios en el sector público y promover una adecuada gestión de los recursos públicos. Así, la actividad de auditoría pública prevista obedecía a una política definida autónomamente por los poderes públicos estatales, sin ninguna relación con la transposición de la Directiva. Argumentaba que si cualquier tratamiento de datos entrara en el ámbito de aplicación de la Directiva o se considerara implementación de la misma, la consecuencia sería que cualquier actividad, aunque no estuviera relacionada con el funcionamiento del mercado interior, caería dentro de su ámbito de aplicación.³¹

En su respuesta, el TJCE comenzó refiriéndose a la base jurídica utilizada para aprobar la Directiva 1995, aunque la misma no estaba en disputa. El TJCE aceptó que el uso del artículo 95 TCE no exigía que todas las situaciones reguladas por la norma aprobada tuvieran un vínculo con la libre circulación entre los Estados miembros.³² Por consiguiente, el TJCE sostuvo que la aplicabilidad de la Directiva 1995 no podía depender «de si la situación específica tiene un vínculo suficiente con el ejercicio de las libertades fundamentales».³³ Según el TJCE, una interpretación que exigiera constatar tal vínculo haría los límites del ámbito de aplicación de la Directiva particularmente inseguros e inciertos, lo que sería contrario al objetivo

31 Opinión del Abogado General Tizzano, de 19 de septiembre de 2002, pág. 53. Precisamente, las alegaciones tanto de los organismos públicos que reclamaban la aplicación de la Directiva, como del Tribunal de Cuentas, que rechazaba su aplicación, giraban alrededor de la cuestión sobre en qué medida esta exigencia de publicidad de los salarios podía afectar a la libre circulación de trabajadores.

32 C-465/00, pág. 41: «La utilización del artículo 100a del Tratado *no presupone la existencia de un vínculo* con la libre circulación entre estados miembros en cada situación a la que se refieran las normas adoptadas [...]. Para justificar el recurso al artículo 100a del Tratado como base jurídica, lo que importa es que la medida adoptada esté orientada a mejorar las condiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior» (traducción y cursiva propias).

33 C-465/00, pág. 42.

esencial de la aproximación de legislaciones para eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior. Por último, argumentaba que la interpretación en favor de la aplicabilidad de la Directiva, sin necesidad de que existiese vínculo directo con el ejercicio de libertades fundamentales de circulación, estaba avalada por el artículo 3 de la propia Directiva. Según el TJCE, el artículo 3 define de manera amplia el ámbito de aplicación, y establece como únicas excepciones las actividades reguladas por los títulos v y vi, y las referidas a la seguridad pública, defensa, seguridad del Estado y actividades en áreas del derecho penal; o las desarrolladas en el curso de una actividad puramente personal o doméstica. Concluía que la Directiva era aplicable al caso examinado, porque no se trataba de una actividad de las expresamente mencionadas como excluidas de su ámbito de aplicación.

Del análisis de la argumentación del TJCE se desprende que el artículo 95 TCE permite adoptar normas que se aplicarán a situaciones puramente internas, en la medida en que no es necesario para justificar su utilización como base jurídica que todas las situaciones reguladas tengan un vínculo directo con la libertad de circulación.³⁴ Así, una vez aprobada la Directiva, su aplicabilidad no puede depender de la existencia de un vínculo directo entre la situación analizada y el derecho comunitario. El TJCE lo justifica alegando que si en cada caso hubiera que constatar el vínculo con la libertad de circulación, los límites del ámbito de aplicación de la Directiva devendrían «inseguros e inciertos». Si bien es cierto que, con el desarrollo de las nuevas tecnologías, es difícil determinar cuándo el tratamiento de datos está vinculado a la libre circulación, la consecuencia es la expansión de la aplicabilidad de la Directiva a cualquier actividad de tratamiento de datos, incluso si se trata de una actividad puramente interna. Pero si no existe tal vínculo con la libre circulación, tampoco se puede estar obstaculizando el funcionamiento del mercado interior, que es la finalidad que justifica la competencia comunitaria.

El único límite a la aplicabilidad de la Directiva se encuentra en el art. 3.2. Pero el TJCE hace una lectura reduccionista del ámbito de la excepción. Toma los ejemplos mencionados en la primera cláusula del artículo 3.2 como definidores del ámbito de exclusión. En otras palabras, el texto del artículo 3.2 no dice que las únicas actividades excluidas son las reguladas

34 Criticando la argumentación del TJCE, KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *op. cit.*, p. 389.

bajo los títulos V y VI y las que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal; sino que se ofrecen como ejemplo de «actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario». El resultado es que, aunque una actividad no esté comprendida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, si no es ninguna de las expresamente mencionadas por el artículo 3.2 quedará bajo el ámbito de aplicación de la Directiva. En este caso, la publicación de salarios cobrados por funcionarios públicos no tenía ninguna conexión directa con libertades de circulación, sino que se trataba de una actividad puramente interna. Pero al no ser ninguna de las actividades expresamente mencionadas, el TJCE consideró que quedaba bajo el ámbito de aplicación de la Directiva.³⁵

En el caso *Lindqvist*, el TJCE se pronunció de manera más detallada sobre las excepciones a la aplicación de la Directiva 1995, confirmando la amplitud de su ámbito de aplicación. El supuesto de hecho en este caso tenía como protagonista a la Sra. Lindqvist, que colaboraba como catequista en una parroquia protestante en Suecia. La Sra. Lindqvist creó una página Web que contenía información sobre las actividades de la parroquia, pero también sobre sus compañeros, a veces incluyendo el nombre completo, números de teléfono, circunstancias familiares, trabajos y hobbies, sin haberles informado ni obtenido su consentimiento. Fue condenada al pago de una multa por vulneración de la Ley de Protección de Datos, adoptada para implementar la Directiva 1995. La Sra. Lindqvist recurrió la imposición de la multa y el juez que debía resolver del caso elevó una cuestión prejudicial ante el TJCE. En relación con el ámbito de aplicación de la Directiva, el TJCE procedió a analizar las dos cláusulas que contiene el artículo 3.2 por separado. En relación con la primera cláusula, admitió que las actividades de la Sra. Lindqvist no tenían un carácter económico. Por lo tanto, argumentaba, debía determinarse si constituían «procesamiento de datos personales en el curso de una actividad que cae fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario», de acuerdo con el primer apartado del art. 3.2 de la Directiva.³⁶ Después de reiterar lo establecido en el caso anterior sobre el art. 95 TCE,³⁷ afirmaba que:

35 *Id.* p. 389.

36 C-101/01, pár. 39.

37 C-101/01, párrafos 40-42.

Debe interpretarse que las actividades mencionadas como ejemplo en el primer apartado del artículo 3.2 de la Directiva 95/46, tienen la finalidad de definir el alcance de la excepción establecida, con el resultado de que la excepción se aplica sólo a las actividades que están expresamente enumeradas o que pueden ser clasificadas como de la misma categoría.³⁸

Por consiguiente, en *Lindqvist*, el TJCE confirmó la interpretación reduccionista del alcance de la excepción. En su análisis del caso concreto, el TJCE sostuvo que en la medida en que actividades de caridad o religiosas no podían ser consideradas equivalentes a las enumeradas en el artículo 3.2, no podían quedar cubiertas por la excepción. El resultado es que el TJCE admite la aplicación de la Directiva a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, mientras que no sean del tipo indicado en los títulos V y VI, o relativas a la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado, o actividades del Estado en materia penal. En relación con la segunda cláusula del artículo 3.2, el TJCE argumentó que la excepción se aplicaba a actividades desarrolladas en el curso de la vida privada o familiar de los individuos, como agendas de direcciones. Sin embargo, esta excepción no podía dar cobertura al procesamiento de datos personales publicados en Internet y accesibles a un número indeterminado de personas.

Además del problema referido a la aplicabilidad de la Directiva, se formuló ante el TJCE otra cuestión que resulta de interés desde la perspectiva del impacto de la regulación comunitaria de derechos fundamentales sobre la autonomía de los Estados miembros. La pregunta planteada era si los Estados miembros podían proporcionar una protección más elevada a los datos personales y si podían reconocer un alcance más amplio a la Directiva. Por un lado, en relación con la posibilidad por parte de los estados de otorgar una protección más elevada, el TJCE, de modo sutil, la rechazó. Argumentó que el principal objetivo de la Directiva era el establecimiento de un nivel de protección equivalente. Añadía que la armonización no era sólo de mínimos, sino que se pretendía garantizar un nivel elevado de protección. Reconocía que los estados disponían de cierto margen de maniobra, pero dentro de lo establecido por la Directiva, y de acuerdo con el objetivo de establecer un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la vida privada.³⁹

³⁸ C-101/01, pág. 44 (traducción propia).

³⁹ C-101/01, párrafos 95-97.

Por otro lado, en relación con el alcance de la Directiva, el TJCE sostuvo que nada impedía que a través de las normas de transposición los estados miembros extendieran el ámbito de aplicación de la Directiva a materias no incluidas en la misma.⁴⁰ Por consiguiente, el TJCE excluía que los Estados pudieran elevar el nivel de protección de derechos fundamentales, pero admitía que pudieran extender la regulación comunitaria a actividades internas, renunciando al ejercicio de sus propias competencias para establecer una regulación distinta. Así, la jurisprudencia del TJCE potencia la armonización. En este sentido, la Ley Orgánica 15/1999, de 14 de diciembre de 1999, de Protección de Datos Personales, que transpone, y en su mayor parte reproduce, la Directiva 1995, se aplica a cualquier situación jurídica, sin distinguir entre las que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario o fuera.⁴¹ Si bien es cierto que ésta es una opción del legislador estatal no impuesta por el ordenamiento comunitario, esta opción legislativa intensifica la armonización en la regulación del derecho a la protección de datos. De todos modos, seguramente en este caso una doble regulación añadiría complejidad y además podría ser infructuosa teniendo en cuenta la jurisprudencia examinada, que ha extendido el alcance de la Directiva más allá del ámbito de aplicación del derecho comunitario.

En suma, se ha podido comprobar cómo el legislador comunitario utiliza la base jurídica del artículo 95 TCE para regular directamente el contenido de un derecho fundamental y cómo simultáneamente el TJCE extiende el ámbito de aplicación de la disposición aprobada para alcanzar actividades y normas internas. De este modo, como consecuencia de la acción combinada del legislador comunitario y del TJCE, se refuerzan los poderes de la UE en materia de derechos,⁴² en perjuicio de la autonomía de los Estados miembros para desarrollar con libertad sus propias políticas en la materia.

En los casos examinados, la base jurídica no fue objeto de ataque directo. El TJCE se refirió brevemente a la misma, para excluir que su utilización y luego la aplicabilidad de la norma adoptada requirieran que todas las situa-

⁴⁰ C-101/01, pár. 98.

⁴¹ Como indica RUIZ MIGUEL, C., «El derecho a la protección de los datos personales...», *op. cit.*, p. 32, habría sido posible una doble regulación.

⁴² Como sostiene KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *op. cit.*, p. 391, se produce una relación simbiótica entre la expansión de los poderes de la UE para legislar y la expansión del control ejercido por el TJCE sobre los estados sobre la base de derechos fundamentales.

ciones reguladas tuvieran un vínculo directo con la libre circulación y el funcionamiento del mercado interior. A continuación, se incluye una breve referencia a la decisión del TJCE en *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-301/06, de 10 de febrero de 2009, caso en el que directamente se cuestionó la utilización del artículo 95 TCE como base jurídica. Este caso también versa sobre el derecho a la protección de datos personales, pero se plantea en relación con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE*. Esta Directiva, rodeada de polémica tanto en relación con la base jurídica utilizada como con su contenido, establece la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar todo un conjunto de datos relativos a las comunicaciones, como los datos necesarios para la identificación del origen y destino de la comunicación, los nombres y dirección de los usuarios, la fecha, hora y duración de la comunicación, con el fin de que estén disponibles para la investigación y enjuiciamiento de delitos graves. En la Exposición de Motivos se constata que diversos Estados miembros han aprobado disposiciones para la retención de datos por los proveedores de servicios para la prevención, investigación y persecución de delitos, en particular delitos de terrorismo. Se argumenta que las diferencias legales y técnicas establecidas por estas disposiciones constituyen obstáculos al mercado interior de las comunicaciones electrónicas, en tanto que los proveedores de servicios se enfrentan a diferentes requisitos sobre los datos a ser retenidos y los períodos de retención.⁴³ Por otro lado, en diversos «considerandos», se hace referencia a la necesidad de retener esos datos para la lucha contra el terrorismo y la prevención y persecución de otros delitos graves.⁴⁴ Irlanda interpuso un recurso de anulación ante el TJCE, alegando que el único, o como mínimo principal, objetivo de la Directiva era facilitar la investigación, detección y persecución de delitos, incluido el terrorismo, y no la armonización de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Por consiguiente, el artículo 95 TCE no podía considerarse una base jurídica adecuada. El TJCE abordó este caso no tanto como un problema de distribución del poder entre

⁴³ Directiva 2006/24/CE, párrafos 5-6.

⁴⁴ Directiva 2006/24/CE, párrafos 7-11.

los Estados miembros y la UE, sino entre la UE y la Comunidad Europea. Ahora bien, la acción bajo el título VI del TUE hubiera requerido unanimidad de todos los Estados miembros, mientras que la Directiva se aprobó con los votos en contra de Irlanda y la República Eslovaca en el Consejo. El TJCE confirmó la competencia de la Comunidad Europea sobre la base del artículo 95 TCE. El Tribunal constató que después de los ataques terroristas en Nueva York, Madrid y Londres, diversos estados miembros habían aprobado medidas imponiendo a los proveedores de servicios de comunicaciones la obligación de retener datos relativos a las comunicaciones electrónicas para facilitar la prevención y persecución de delitos. Confirmó que existían divergencias en relación con los datos a ser retenidos y los períodos de retención, y que esas obligaciones podían suponer sustanciales inversiones y costes de operación. Por lo tanto, concluyó que el impacto de esas divergencias legislativas sobre el funcionamiento del mercado interior justificaba la acción legislativa de la Comunidad para la aproximación de legislaciones.⁴⁵ En suma, el TJCE admitió el uso del artículo 95 TCE para la regulación de una materia que, en nuestra opinión, tenía mucho más que ver con la limitación de un derecho fundamental, con el objetivo de favorecer la prevención y persecución de delitos, que con el funcionamiento del mercado interior.

IV · La proyección de la Carta sobre los poderes de la UE

En este escenario, ¿qué impacto podría tener la Carta, una vez adquiriera fuerza jurídica obligatoria, sobre los poderes de la UE? Para este análisis, seguiremos la misma estructura aplicada con anterioridad.

A · Poderes específicos

A.1 · Igualdad

Por supuesto, la Carta consagra el principio de igualdad y no discriminación. En concreto, el artículo 21.1 proclama la prohibición de la dis-

⁴⁵ C-301/06, párrafos 66-72. Añadía, en relación con el contenido, que el objeto de la Directiva era la regulación de las actividades de los proveedores de servicios, pero no el acceso o uso por parte de las autoridades policiales o judiciales de los estados miembros.

crimación por un conjunto de motivos, que amplían los del artículo 13 TCE. En concreto, se añaden: «color, origen social, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento». Por su parte, el artículo 13 TCE es sustituido por el artículo 19 TFUE, que mantiene los mismos motivos que justifican la adopción de medidas para la lucha contra la discriminación. Las Explicaciones elaboradas por los redactores de la Carta⁴⁶ se intentan adelantar a la perplejidad que esta disparidad entre los artículos 21.1 de la Carta y 19 TFUE podría suscitar, para aclarar que no existe contradicción entre ambos. Concretamente, se argumenta que mientras que el artículo 19 TFUE confiere competencias a la UE para adoptar actos legislativos, el artículo 21.1 de la Carta no tiene esa función. Se especifica que el artículo 21.1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 TFUE, ni la interpretación de dicho artículo. Se concreta también el ámbito de aplicación del artículo 21.1, para excluir que pueda ser interpretado como una prohibición generalizada de discriminación, sino que se refiere «solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente». En cualquier caso, el resultado es que la Carta prohíbe la discriminación por un conjunto amplio de motivos, mientras que la competencia de la UE para legislar sólo alcanza a parte de los mismos. Como veíamos, quedan fuera de la competencia legislativa de la UE: color, origen social, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y nacimiento. El resultado, por lo tanto, sigue generando perplejidad: las instituciones en su actuación y los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario no podrán discriminar por ninguno de los motivos del artículo 21.1 de la Carta, pero las instituciones comunitarias sólo podrán regular sobre los motivos del artículo 19 TFUE. Algunos de los motivos que aparecen expresamente en el artículo 21.1, como el color, se podrían subsumir en los mencionados en el artículo 19 TFUE (origen racial o étnico); pero otros como el origen social, la lengua, la pertenencia a una minoría nacional o el patrimonio, no tendrían tan fácil encaje en el artículo 19 TFUE.

⁴⁶ *Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales* (2007/C 303/02).

A.2 · Principios rectores

En el ámbito de los principios rectores, la Carta podría tener un impacto importante para impulsar los poderes existentes. La Carta contiene en su título IV, rubricado «Solidaridad», un conjunto de derechos de carácter económico y social. En gran parte, su eficacia depende del desarrollo legislativo, ya sea comunitario o estatal. En este sentido, por ejemplo, el artículo 34.1 establece: «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales [...] *según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales*» (cursiva propia). El inciso en cursiva se reitera en diversos de los artículos incluidos bajo este título. De este modo, se conectan los preceptos de la Carta con poderes existentes, cuyo ejercicio es condición para que estos preceptos de la Carta adquieran eficacia.⁴⁷ Estos preceptos pueden entenderse como mandatos dirigidos a los poderes públicos para que, en el ámbito de las competencias atribuidas, cumplan con los objetivos establecidos. En suma, pese a no crear poderes nuevos, la Carta podría impulsar el ejercicio de las competencias atribuidas por los tratados a las instituciones comunitarias para dar cumplimiento a los objetivos establecidos en la propia Carta.

Por otro lado, también resulta interesante desde esta perspectiva el redactado de los preceptos referidos al medio ambiente o a la protección de consumidores. El artículo 37 establece: «En las políticas de la Unión se integrará y garantizará, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad». Así, se proyecta horizontalmente la protección del medio ambiente sobre todas las políticas de la Unión. Para garantizar un nivel elevado de protección, en todas las políticas de la UE, se requiere la acción normativa de las instituciones comunitarias. Además, el Tratado de Lisboa continúa reconociendo como objetivo de la UE «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 3.3 TUE, que sustituye al art. 2 TCE); la integración de la protección del medio ambiente en la definición y realización de las políticas y acciones de la UE (art. 11 TFUE, que sustituye al art. 6 TCE); la definición de objetivos en la política de medio ambiente y

⁴⁷ En el caso de la política social, los poderes de la UE se regulan en el artículo 153 TFUE, que sustituye al artículo 137 TCE.

el reconocimiento de competencias para el cumplimiento de los mismos (art. 191 y 192 TFUE, que sustituyen a los art. 174 y 175 TCE).

A.3 · Otras materias sobre las que la UE ostenta competencias atribuidas

El impacto de la Carta sobre las competencias que la UE tenga atribuidas sobre otras materias dependerá de la conexión de los preceptos de la Carta con las diversas políticas de la UE.⁴⁸ En este contexto, debe recordarse que en 2001, a raíz de la aprobación de la Carta, la Comisión decidió que toda propuesta de acto legislativo y todo acto reglamentario serían objeto, en el momento de su elaboración, de un control previo de compatibilidad con la Carta para garantizar el respeto de los derechos fundamentales. En 2005, la Comisión emitió una *Comunicación sobre el Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión. Metodología para un control sistemático y riguroso* (COM(2005) 172 final). El objetivo principal de esta metodología era establecer que los servicios de la Comisión efectuaran una verificación sistemática y rigurosa del respeto de los derechos fundamentales de la Carta, en el momento de la elaboración de las propuestas legislativas de la Comisión. Esta metodología consta de dos ejes principales: la evaluación de impacto, que examina el impacto de la propuesta legislativa sobre los derechos de los individuos; y la Exposición de Motivos, que, en determinados casos, deberá incluir un «considerando» referido al respeto de los derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando la propuesta legislativa implique una «limitación» a un derecho fundamental, o cuando la propuesta legislativa tenga por objeto «aplicar o promover» un derecho fundamental particular. Por lo tanto, se reconoce que las instituciones comunitarias, en este caso la Comisión, en el ejercicio de competencias atribuidas puedan regular, ni que sea tangencialmente, derechos fundamentales, ya sea para limitarlos o promoverlos.

La Comisión publicó, el 29 de abril de 2009, un *Informe sobre la operación práctica de la metodología para un control sistemático y riguroso del cumplimiento con la Carta de Derechos Fundamentales* (COM(2009) 205 final). Este Informe ofrece ejemplos de cómo el ejercicio de competencias atribuidas a la UE en materias específicas puede dar lugar a la regulación de

⁴⁸ EECKHOUT, P., «The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question», *op. cit.*, p. 985.

derechos fundamentales. Así, se relata cómo en la revisión del Código aduanero comunitario surgió la cuestión sobre la necesidad de garantizar el derecho de audiencia de los operadores ante las autoridades aduaneras. Se explica en el Informe que se consideró que este derecho era una obligación derivada de la Carta (que lo reconoce explícitamente en el artículo 41.2.a). Por consiguiente, se incluyó un artículo concreto regulando el derecho de audiencia.⁴⁹ Asimismo, se ofrece como caso modelo para mostrar cómo funciona el control interno de la Comisión, la regulación del derecho de asilo, y en concreto la propuesta de reforma de la Directiva sobre condiciones de recepción. Esta propuesta de reforma planteaba directamente cuestiones referidas a la protección de derechos fundamentales, especialmente en relación con la detención de los solicitantes de asilo, el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de los menores. Se dice expresamente que en el examen de estas cuestiones, se quiso garantizar el cumplimiento no sólo de la Carta, sino también de estándares internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y se introdujeron nuevos preceptos con este objetivo.⁵⁰

En suma, la Carta, pese a no gozar de fuerza jurídica obligatoria, ha dado origen a un mecanismo de control interno en el curso del procedimiento legislativo, proporcionando además el parámetro de control. La aplicación de este mecanismo pone de manifiesto cómo la protección efectiva de los derechos fundamentales puede requerir su regulación cuando la UE ejerce competencias atribuidas sobre otras materias. En la medida en que los poderes de la UE se extiendan a áreas directamente vinculadas con derechos fundamentales, como consecuencia por ejemplo de la comunitarización del tercer pilar en el Tratado de Lisboa, la regulación de derechos sobre la base de competencias atribuidas en otras materias podría reforzarse.

B · Competencias generales

B.1 · Artículo 308 TCE / 352 TFUE

El artículo 308 TCE será sustituido en el TFUE por el artículo 352, que mantiene el reconocimiento de competencias legislativas a la UE cuando

⁴⁹ Informe sobre la operación práctica de la metodología para a un control sistemático y riguroso del cumplimiento con la Carta de Derechos Fundamentales (COM(2009) 205 final), p. 3.

⁵⁰ *Id.*, pp. 3-5.

su acción sea necesaria para alcanzar uno de los objetivos fijados en los tratados, sin que se hayan previsto poderes de actuación necesarios a tal efecto. Podría pensarse que, otorgando fuerza jurídica obligatoria a la Carta, se reconoce como objetivo de la UE la protección y promoción de los derechos incluidos en la misma. Así, en la medida en que no se hayan previsto poderes específicos de actuación, el legislador comunitario podría actuar sobre la base del artículo 352 TFUE para regular sobre derechos.⁵¹ Ahora bien, ello sería tanto como reconocer un poder de carácter general para la regulación de derechos, lo que entraría en contradicción directa con el artículo 51.2 de la Carta. Además, en la nueva redacción de la cláusula contenida en el artículo 352 TFUE se hace mención explícita al necesario respeto del principio de subsidiariedad, y se prevé que la Comisión informe a los Parlamentos nacionales de las propuestas que se basen en este artículo para que, en su caso, puedan ejercer el control establecido en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 352.2 TFUE).

De todos modos, la virtualidad del artículo 308 TCE en conexión con la Carta se ha puesto de manifiesto con la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE a través del Reglamento (CE) No 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, *por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. La función principal de esta Agencia consiste en proporcionar ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales, tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros. En la Exposición de Motivos del Reglamento, el legislador comunitario justifica el recurso al artículo 308 TCE con las siguientes palabras:

(31) *Es probable* que la contribución de la Agencia para garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales en el marco del Derecho comunitario *ayude a lograr los objetivos de la Comunidad*. Respecto a la aprobación del presente Reglamento, el Tratado no prevé otros poderes de acción que los del artículo 308 (cursiva propia).

⁵¹ Recordemos que WEILER, J. H. H. & FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», *op. cit.*, pp. 158-160, independientemente de la Carta, defendía una interpretación del artículo 308 TCE que permitiera su utilización como base jurídica para la regulación de derechos fundamentales.

De este modo, pese a que el artículo 308 TCE es la única base jurídica alegada para la creación de la Agencia, el legislador comunitario se limita a justificar su utilización con la referencia a una mera probabilidad de que la creación de la Agencia ayude a lograr los objetivos de la Comunidad, que tampoco se concretan.

B.2 · Artículo 95 TCE / 114 TFUE

La reforma de Lisboa conserva también la competencia para la aproximación de legislaciones de los estados miembros que tenga por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo 114 TFUE). La utilización de este artículo podría verse reforzada con el reconocimiento de valor jurídico a la Carta.⁵² De acuerdo con el razonamiento seguido en relación con la regulación del derecho a la protección de datos personales, fácilmente podría argumentarse que las divergencias entre niveles de protección afectan a la libertad de circulación de personas, por ejemplo, para justificar la regulación de cualquier derecho sobre la base del artículo 114 TFUE. Las divergencias entre niveles de protección de derechos siempre pueden ser presentadas como obstáculos al mercado interior. No obstante, es necesario tener en cuenta también otras decisiones en las que el TJCE ha restringido las posibilidades de actuación bajo el artículo 95 TCE, como por ejemplo el caso *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-376/98, de 5 de octubre del 2000, que resolvió el recurso de anulación contra la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco*. En este caso, el TJCE argumentó que no era suficiente con invocar la disparidad entre normas nacionales, y el riesgo abstracto de obstáculos al ejercicio de libertades de circulación o distorsiones de la competencia, para justificar el recurso al artículo 95 TCE. El TJCE excluyó que pudiera interpretarse como otorgando a la Comunidad Europea un poder general para la regulación del

⁵² DE BURCA, G., «Human Rights: The Charter and Beyond», <www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers01.html>, ha argumentado que es probable que con la aprobación de la Carta poderes como el artículo 95 se reorienten y sean infundidos con un conjunto de valores y consideraciones diferentes.

mercado interior.⁵³ Además, el TJCE constató que en diversas ocasiones la Directiva daba cobertura a situaciones no vinculadas con la libertad de circulación, lo que fue uno de los motivos para su anulación.⁵⁴

V · A modo de conclusión: el refuerzo de los poderes de la UE y el impacto sobre las competencias de las CCAA

1. El punto de partida del análisis ha sido la constatación de la tensión interna que sufre la Carta cuando se trata de elucidar la relación entre poderes y derechos. Se han examinado los poderes de los que goza la UE con proyección sobre la materia de los derechos, y el impacto que la Carta podría tener sobre los mismos. Podemos concluir que la Carta no constituye un título general atributivo de competencias, y que el reconocimiento de fuerza jurídica obligatoria no podría interpretarse como la transferencia de un poder general para la regulación de los derechos incluidos en la misma. Ahora bien, ello no excluye que pudiera ser utilizada en conexión con los poderes existentes para reforzar la capacidad de actuación de la UE en materia de derechos, como, de hecho, ya ha sucedido. Así, no se trata tanto de que los poderes de la UE se incrementen, sino que el ejercicio de los poderes atribuidos podría intensificarse.⁵⁵ Esto estaría justificado porque el artículo 51.2 de la Carta tampoco puede limitar los poderes de los que hasta el momento goza la UE para la regulación de derechos. Además, el propio art. 51.1 atribuye a las instituciones comunitarias la promoción de los derechos reconocidos en la Carta.

2. Otra cuestión es en qué medida el refuerzo de la capacidad de actuación de la UE en materia de derechos es deseable desde la perspectiva de la autonomía de los Estados miembros.⁵⁶ La intensificación de los poderes

⁵³ C-376/98, párrafos 83-84.

⁵⁴ C-376/98, párrafos 99 y 105.

⁵⁵ KNOOK, A., «The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *op. cit.*, p. 387; EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *op. cit.*, pp. 987, 993.

⁵⁶ Desde una perspectiva más general, es clásica la polémica entre WEILER, J. H. H. & ALSTON, P., «An “Ever Closer Union” in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights» *op. cit.*, que afirmaban la necesidad de desarrollar una política sobre derechos humanos en la UE y la existencia de poderes para hacerlo, y las reticencias de BOGDANDY, A., «The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European

de la UE en materia derechos podría conducir a una mayor armonización del contenido de los derechos, en perjuicio de la capacidad de los estados para la libre definición de sus políticas públicas en esta materia. A su vez, el hecho de que la UE legisle en materia de derechos no significa que los Estados se vean privados de toda capacidad de actuación. En la mayoría de los casos analizados, el legislador comunitario actúa a través de Directivas, que requieren de normas de transposición y dejan cierto (aunque muy reducido a veces) margen de actuación a los poderes públicos estatales. Además, generalmente, las bases jurídicas que permiten regular sobre derechos no excluyen la actuación de los poderes públicos estatales, en la medida en que no se trata de competencias exclusivas de la UE. En este contexto, en estados políticamente descentralizados, deberá determinarse a qué nivel de gobierno le corresponde actuar. En el caso del Estado español, para valorar el impacto de la posible expansión de las competencias comunitarias para regular derechos sobre las competencias autonómicas, previamente deberían determinarse cuáles son las competencias de las CCAA en materia de derechos. Ésta es de por sí una cuestión compleja, que los márgenes de este trabajo no permiten abordar de manera pormenorizada.⁵⁷

3. Desde el punto de vista competencial, los derechos reconocidos en la Constitución no son una materia atribuida en bloque al Estado. Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la igualdad de derechos y obligaciones que proclama el artículo 139.1 CE no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 149.1.1 CE, la igualdad se garantiza a través de la regulación de las «condiciones básicas». A su vez, la interpretación de lo que sean esas condiciones básicas se contiene en una jurisprudencia errática y controvertida, que remite a lo que sean las «posiciones jurídicas fundamentales».⁵⁸ Sin entrar ahora en este debate, más allá de las mencionadas condiciones básicas, y de la reserva a Ley Orgánica del artículo 81.1 CE (y obviamente de títulos competenciales específicos), debería preservarse la

Union», *Common Market Law Review*, n.º 37, 2000, que cuestionaba tal necesidad y advertía del peligro de alterar el equilibrio constitucional entre la UE y los estados miembros.

57 Ver TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, op. cit.; GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, Oñati, 2007.

58 GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, op. cit., pp. 26-39.

capacidad de actuación de las CCAA en el ejercicio de sus respectivas competencias, aunque sean limitadas.

4. Por otro lado, en las últimas reformas, los Estatutos de Autonomía han tendido a incorporar derechos, de manera más o menos amplia. Del mismo modo que en la UE, podríamos preguntarnos en qué medida las autoridades autonómicas adquieren poderes para la regulación de estos derechos. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 37.4, parece querer conjurar el mismo temor que existía a nivel comunitario, al establecer que los derechos y principios reconocidos «no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes».⁵⁹ El redactado es además calcado al del artículo 51.2 de la Carta. A su vez, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Valencia, ha limitado la virtualidad del reconocimiento de derechos en los Estatutos. En una sentencia muy criticada,⁶⁰ el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía incluyan derechos, al precio de degradarlos a directrices y mandatos que deberán ser desarrollados por el legislador autonómico, de acuerdo con sus respectivas competencias, para poder adquirir eficacia jurídica.⁶¹

5. En suma, el refuerzo de la capacidad normativa de las instituciones comunitarias en materia de derechos sin duda restringe la autonomía política de las autoridades estatales, tanto en el ámbito central como autonómico.

⁵⁹ Este precepto se reproduce en otros Estatutos de Autonomía, como en el artículo 6.3 del EA de Aragón, el artículo 13 del EA de Andalucía, o el artículo 8.3 del EA de Castilla y León.

⁶⁰ CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto Valenciano», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 7, 2008; RIU FORTUNY, R., «Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de desembre, sobre la reforma de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2008.

⁶¹ Todavía está pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que a diferencia del de Valencia incluye un amplio catálogo de derechos y principios rectores. Sobre la inclusión de derechos en los Estatutos de Autonomía, ver Díez Picazo, L. M., «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006; CAAMAÑO, F., «Sí. Pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, 2007; FERRERES, V., BIGLINO, P., CARRILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006; APARICIO, M. A. (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008; LÓPEZ BOFILL, H., *Derechos estatuarios en ordenamientos jurídicos plurales*, IVAP, Oñati, 2008.

mico. Las CCAA disponen de cierta capacidad de actuación para la regulación de derechos, más limitada en el caso de los derechos fundamentales, más amplia en relación con los principios rectores. Por lo tanto, incluso admitiendo como justificada la intensificación de poderes en el ámbito comunitario, debe evitarse que la ejecución, en sentido amplio, del derecho comunitario sea una ocasión para la «re-centralización» de poderes, en perjuicio de la autonomía política de las CCAA. El Tribunal Constitucional ha reiterado que la ejecución del derecho comunitario no puede alterar la distribución interna de competencias, pero en la práctica la necesidad de coordinación y la responsabilidad internacional del Estado pueden favorecer cierta tendencia a la centralización. Cuando se trata de derechos fundamentales, este riesgo se intensifica como consecuencia de la complejidad de la propia distribución competencial en esta materia.

6. El diseño de la distribución del poder para la interpretación y regulación de los derechos en sistemas políticamente descentralizados siempre refleja la tensión entre derechos humanos, comunes a todos los seres humanos, y derechos fundamentales, producto de una determinada comunidad política. Es fácil que el argumento de la igualdad en la protección potencie la armonización a niveles cada vez más elevados, en una absorción ascendente de competencias, ya sea sobre la base del mercado común o de las condiciones básicas. Por otro lado, existen argumentos basados en el autogobierno democrático en favor del reconocimiento de cierto grado de diversidad en la interpretación y regulación de los derechos, como expresión del desacuerdo razonable que puede existir entre comunidades políticas distintas. Argumentos todos ellos que deben tenerse en cuenta en la búsqueda del equilibrio entre uniformidad y diversidad en materia de derechos cuando diferentes esferas de gobierno confluyen en su protección. En cualquier caso, la existencia de distintos foros de protección que se controlan mutuamente (*checks and balances*), puede contribuir a impulsar una mejor protección de derechos para el individuo.

Debate

NARCÍS MIR SALA

Treballa a la Delegació del Govern de la Generalitat a Brussel·les. Vol-dria fer una consideració general respecte de dos aspectes globals del que

s'ha comentat aquí i dues precisions o qüestions puntuals. L'una vinculada al tema de l'àmbit de la recerca i l'altra en matèria de drets fonamentals. Com vostès molt bé poden deduir, la Secretaria per a la Unió Europea, en el cas de la Generalitat de Catalunya, és un observatori o centre privilegiat dintre del que és l'estructura politicoadministrativa de la Generalitat de Catalunya, on convergeixen, justament, política i administració en relació amb els temes competencials autonòmics i competencials de la Unió Europea.

Des d'aquest punt de vista, i des de la pràctica diària de la gestió d'aquestes polítiques en el si de la Generalitat, jo crec que necessitaríem el suport justament del que és la comunitat acadèmica, per qüestionar dos elements bàsics que sempre són recurrents en totes aquestes intervencions i en tots aquests fòrums, que semblen clars i que semblen assumits per tothom de manera no qüestionada i que en canvi a la pràctica diària no s'aguanten.

Un, el principi d'autonomia institucional referit des del punt de vista de la Unió Europea. Ja està bé d'anar dient que el principi d'autonomia institucional de la Unió Europea és un principi assumit, respectat i legislat —si fos el cas— per la Unió. La Unió Europea intervé directament i qüestiona, permanentment, i altera, permanentment, el sistema d'autonomia institucional dels estats membres des del punt de vista, per exemple, del dret administratiu. La immersió en els processos de dret administratiu per part de la Unió Europea és constant, absoluta en tots els àmbits, o en molts àmbits materials. Necessitem reflexió sobre aquest tema, necessitem treballs, necessitem investigació.

Segona qüestió que també valdria la pena alterar, replantejar, qüestionar o posar-hi dubtes: el Tribunal Constitucional i la famosa idea o principi que l'adhesió a la Unió Europea no ha alterat el sistema intern de distribució de competències. Això jo no sé des de quin punt de vista es pot arribar a dir, perquè no és cert. No és cert perquè es produeix un efectiu desplaçament dels àmbits competencials en funció d'unes recentralitzacions i un reforç de les estructures, en aquest cas de govern o de l'Administració central, d'una manera evident.

Això ens portaria massa lluny, però —repeteixo— crec que mereix molta més reflexió i molt més estudi i no limitat, justament, al desenvolupament normatiu del dret de la Unió, sinó centrant-nos en les fases anteriors, en les fases ascendents; i el problema és haver simplificat acadèmicament les fases ascendents i descendents. És un procés unitari i des de l'origen és des d'on s'han de començar a atacar aquests problemes. És el que diu, en definitiva, també el recent dictamen del Consell d'Estat de 2008.

Aquestes són dues qüestions de caràcter general. Ara dues qüestions puntuals en relació amb l'àmbit de recerca. Valdria la pena insistir que l'Estatut d'autonomia estableix, i després també això ha estat incorporat en altres estatuts —recordo el d'Andalusia, per exemple— un dret de participació de la Generalitat de Catalunya en l'àmbit de les competències exclusives dintre de l'àmbit de recerca. Això, què vol dir a la pràctica? Doncs, parlant en plata, seria la participació i l'obertura del Consell de Competitivitat, per exemple en l'àmbit de la Unió Europea o, com a mínim, que a aquest dret a participació se li hagi de donar una sortida, justament el contingut del que podria ser un dret efectiu de participació. D'això, se n'ha de parlar.

Tema de drets humans. El tema dels drets humans o de la Carta de Drets Fonamentals, millor dit. En aquest cas, també voldria afegir una visió que nosaltres tenim en aquest cas o veiem en relació amb un article concret de la Carta on hi ha el dret a la bona administració, i dintre de la bona administració es diu en quines llengües, per exemple, es podran dirigir els ciutadans de la Unió Europea a les institucions comunitàries, i aquestes llengües són les que estan referides a les llengües dels tractats. El català no és una llengua dels tractats ni ho serà i, per tant, per dir-ho d'una manera, en seu de drets fonamentals, atenció —i això és molt important—, en seu de drets fonamentals tenim una limitació afegida a l'actual límit, que és més de naturalesa també jurídica, però a més d'un altre nivell, que és el Reglament 1/58 o les disposicions del tractat que fan referència a la unanimitat en el Consell per decidir quin és el règim lingüístic de les institucions.

S'ha colat aquest article, en seu de drets fonamentals, i ara tenim —repeteix— un nou obstacle afegit en limitar el dret a la bona administració i l'accés del ciutadà a l'Administració comunitària, només al que són les llengües dels tractats, i aquesta categoria de llengües dels tractats, evidentment, no s'aplica al català ni s'hi aplicarà en un futur proper.

CARLES VIVER PI-SUNYER

Respecte de la primera qüestió del reconeixement de l'autonomia institucional i, lligat també amb la segona, amb les sentències del Tribunal Constitucional que diuen que no afecta, malgrat que després afecta, al repartiment competencial. Aquí, a l'Institut, estem preocupats per aquest tema i precisament, també, en el seminari anterior que es va fer al mes de juny,

aquest tema va sortir també. Vull dir que és un tema recurrent, és un tema que el tenim sobre la taula. Jo crec que, d'això, ens hem adonat molts que la proclamació emfàtica del principi d'autonomia institucional, a la pràctica, la Unió Europea, de forma creixent, l'està —com a mínim— flexibilitzant. Jo no sé si els ponents d'avui tenen aquesta mateixa percepció, però nosaltres sí que la tenim i en podríem posar exemples concrets.

DAVID MOYA MALAPEIRA

Respecte concretament a la participació. Comparteixo algunes de les qüestions que ha suscitat l'anàlisi del professor Mir. El dret a la participació, és clar, és una de les coses que quedaven una mica al final de la meua intervenció i no he pogut tocar.

Aquesta actualment es canalitza a través del Consell i, en la mesura del possible, suposo que es canalitzarà, a un altre nivell, probablement més polític i menys tècnic, a la conferència sectorial. Ara, jo no sé si aquesta és una solució completament o plenament satisfactòria en el sentit que aquí hi participen governs, i, a més a més, determinats departaments dels governs; en canvi, en matèria de recerca, és molt important l'activitat de control, per exemple, del Parlament de Catalunya i quina és la seva posició respecte de normes que estan en tramitació a la Unió Europea. Per tant, jo crec que és bastant perfectible el sistema, actualment no hi ha tant una participació parlamentària autònoma en el debat sobre les polítiques europees com la que hi ha a nivell de Govern —a nivell de Govern n'hi ha més—; participació que serveixi per establir criteris comuns de cara en previsió que la representació de l'Estat els traslladi en el procés decisor comunitari. Hi ha molts processos informals, òbviament, de comunicació des dels propis partits o grups parlamentaris amb els seus representants a Brussel·les o Estrasburg, però només això.

AIDA TORRES PÉREZ

En aquest sentit, respecte dels comentaris generals del professor Mir, crec que compartim la preocupació de quins són els efectes ascendents del sentit de com l'execució del dret comunitari en moltes ocasions ha portat a la centralització de competències. Una cosa és el principi que s'estableix en la jurisprudència constitucional en el sentit que l'execució del dret comu-

nitari no pot afectar la distribució de competències, però, en la pràctica, una vegada i una altra, en diversos àmbits competencials, s'ha vist com l'execució pot ser ocasió per centralitzar, d'alguna manera, competències que estan atribuïdes a les comunitats autònomes. Però, en concret, respecte a la qüestió a què es referia en relació amb la llengua, no he acabat de veure la vinculació que feia amb l'Estatut. En aquest sentit, és clar, en la Carta es regula, dintre —com deia— d'aquest dret a la bona administració, la possibilitat que qualsevol ciutadà de la Unió pugui utilitzar qualsevol de les llengües reconegudes de la Unió a nivell de la *pròpia* Unió Europea, i, és clar, el fet que en l'Estatut es reconegui l'ús del català davant de les institucions públiques, autonòmiques, vol dir que l'Estatut està regulant allò que fa referència a les institucions pròpies. No pot tenir aquest impacte sobre les institucions comunitàries. Per això, evidentment, podríem compartir la necessitat que davant les institucions comunitàries es pugui fer ús del català, i aquesta seria una reclamació perfectament legítima que la Carta no ha vingut a reconèixer, però un aspecte diferent seria l'ús de la llengua davant de les institucions públiques autonòmiques. En aquest sentit, no sé si volia fer una connexió entre els dos ordenaments o, simplement, manifestava el descontentament pel fet que en la Carta no s'hagi reconegut aquest dret.

NARCÍS MIR SALA

Jo no he fet cap connexió entre l'Estatut d'autonomia de Catalunya i el que estava parlant. Només deia que en seu de drets fonamentals, en la Carta de Drets Fonamentals, als ciutadans europeus se'ls reconeixen uns drets, com ara dirigir-se a les institucions comunitàries en les llengües dels tractats. El català no és llengua dels tractats, per tant els catalans, les persones de nacionalitat espanyola i llengua catalana no poden dirigir-se a les institucions comunitàries en català, per una disposició de la Carta. S'ha afegit un obstacle nou a la situació actual en termes, únicament, de dret comunitari. No estava parlant ara de dret intern.

AIDA TORRES PÉREZ

És cert, en aquest sentit, que la Carta delimita aquest dret a les llengües dels tractats. El que passa és que no exclou que es pugui estendre a d'altres.

Per tant es podria demanar, tot i que la Carta no ho reconeix com a dret, això és veritat, que el català es pogués també incloure com a llengua d'ús malgrat que la Carta no ho prevegi.

LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTÍNEZ

En relación con el principio de autonomía institucional y procedimental, yo quisiera aportar una perspectiva europeísta a estas consideraciones que se han hecho. Yo creo que la Unión Europea sí respeta el principio de autonomía institucional y procedimental e intenta hacerlo escrupulosamente, de hecho, para no inmiscuirse en los problemas políticos internos de cada Estado. Cosa distinta es que en tal o cual Estado, concretamente en el Estado español, tanto en la fase ascendente como en la fase descendente, la representación de las Comunidades Autónomas sea deficiente y sea manifiestamente mejorable, y se pueda discutir si en la Constitución española habría que introducir mecanismos que pusiesen de manifiesto el poder competencial de las Comunidades Autónomas en las relaciones con la Unión Europea.

Ahora bien, la Unión Europea nunca le dice a los Estados miembros qué grado de intervención ha de tener cada nivel de administración y, por tanto, habría que distinguir el respeto al principio de autonomía institucional y procedimental del incremento de las competencias comunitarias, lo que está haciendo que más cosas se decidan en Bruselas y menos cosas se decidan en los estados miembros y, por tanto, también en las comunidades autónomas.

Si es a esto segundo a lo que nos referimos, y no al principio de autonomía institucional y procedimental, entonces el discurso se plantea en otros términos. El discurso se plantean en los términos de cuánto nivel de integración europea queremos, qué grado de poder político queremos darle a las instituciones europeas. Seguramente, un federalista, alguien que sueña con los Estados Unidos de Europa, pensará que se le está dando demasiado poco poder, y el discurso de si se da más o menos poder a las instituciones europeas, en algunos Estados miembros lo sostienen las Comunidades Autónomas o los *Länder* y en otros estados lo sostiene el propio Gobierno central, por ejemplo el Gobierno británico, que piensa que demasiadas cosas, demasiados procedimientos, demasiadas decisiones se toman en las instituciones comunitarias.

Ahí nos situaríamos más en un debate político. En cambio, el principio de autonomía institucional y procedimental se puede sustanciar mucho más jurídicamente, porque lo que hace es respetar la estructura constitucional de los estados miembros diciendo: «Ustedes decidirán cómo aplican, con qué instituciones y a través de qué procedimientos esta norma comunitaria.» Y, en ese punto, yo creo que sí que la Unión Europea ha respetado escrupulosamente el principio de autonomía institucional y procedimental, precisamente para no enfangarse en los problemas internos que pueda haber en cada Estado con la aplicación del derecho comunitario.

CARLES VIVER PI-SUNYER

Yo no quiero reproducir un debate que ya tuvimos en la sesión anterior, pero sí que quisiera apuntar algún ejemplo que salió, precisamente, en el seminario anterior, por ejemplo el de las agencias nacionales únicas de coordinación que está exigiendo cada vez más la Unión Europea, que ya no son agencias únicas para relacionarse con la Unión, sino que ésta dice que tienen que ser agencias nacionales de coordinación interna y únicas. Es cierto que esto se puede montar a través de la coordinación entre las diferentes Comunidades Autónomas ejerciendo de autoridad federal, pero esto es complicadísimo, como se sabe. Por ejemplo, en el ámbito del procedimiento, está exigiendo la Unión Europea procedimientos internos únicos, por ejemplo en temas de subvenciones europeas y en ámbitos de competencia de las Comunidades Autónomas, y el procedimiento para otorgar estas subvenciones tiene que ser un procedimiento único, con lo cual, claro, si es competencia de las 17 Comunidades Autónomas, podrían ponerse de acuerdo para hacer un único procedimiento. Pero esto —insisto— es complicadísimo.

Son cuestiones, si se quiere, que de momento parecen menores, pero que cada vez son menos menores porque, en algunos de estos casos, tienen una enorme repercusión, por ejemplo en el caso de estas autoridades de coordinación.

Y también podemos hablar del tema de la ventanilla única, que seguro que se puede organizar, también, descentralizadamente, pero cada vez es más complicado. En fin, para mí lo más preocupante son las autoridades únicas de coordinación interna, porque están tocando temas muy sensibles con mucho poder económico y poder político, y con ellas se está —entiendo— como mínimo relajando el principio de autonomía institucional.

Primer voldria agrair als ponents i a l'Institut la participació, la qualitat de les intervencions i la qualitat de la preparació per dur a terme el seminari.

Jo crec que en el seminari les matèries que s'han tractat han estat matèries, àmbits especialment sensibles, matèries que són molt susceptibles de conflictes entre la Unió Europea i els Estats membres, i en els Estats d'estructura complexa com el nostre, entre els estats i les entitats subestats.

Jo, de totes formes, de les qüestions, dels aspectes que hem estat aquí comentant, crec que valdria la pena, entre d'altres, destacar-ne dos o tres. Un seria la necessitat, d'alguna forma, de dotar de contingut, de millorar, d'ampliar la coordinació de l'acció entre les entitats subestats: l'establiment de mecanismes, d'instruments que facilitin, permetin la coordinació de l'acció de les diferents Comunitats Autònomes, sense entrar aquí a parlar del principi d'autonomia institucional, procedimental o l'aparent neutralitat del principi, que seria una altra qüestió.

Un altre aspecte seria constatar que s'obre la possibilitat a la participació directa d'algunes —almenys d'algunes, no sé si de totes— de les Comunitats Autònomes en agències comunitàries per raó de l'àmbit competencial —com deia el Javier Donaire— o la participació també d'algunes Comunitats Autònomes en formacions del Consell una vegada entrés en vigor el Tractat de la Unió Europea. També la possibilitat que permet aquesta progressiva ampliació de les competències de la Unió Europea de regular nous àmbits o redefinir en l'àmbit intern o clarificar les competències de les comunitats autònomes. Tot i això, també s'ha comentat que hi ha certes mancances institucionals en la Unió Europea. S'ha assenyalat en certs àmbits, com és el del disseny del Programa Marc de recerca de la Unió Europea, l'absència de participació del Comitè de les Regions tot i tractar-se d'un àmbit en el qual les entitats subestats tenen una certa rellevància.

Finalment, i amb això ja conclouria, la constatació de tenir en compte la Carta de Drets Fonamentals i la seva possible influència en el desenvolupament o en la limitació del desenvolupament de determinats drets per part dels poders públics autonòmics en el nostre cas. En tot cas, evidentment, no és un tema tancat.

El Tratado de Lisboa contiene, esencialmente, las modificaciones sustantivas que se acordaron en el fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, incluyendo algunas que conducen a un mayor protagonismo de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea. En este contexto, se propuso al Institut d'Estudis Autonòmics la celebración de dos seminarios que nos permitieran abordar determinadas cuestiones que suscitaban las transformaciones operadas por el Tratado de Lisboa. El primer seminario, celebrado el 17 de junio de 2009, se centró en la articulación del principio de subsidiariedad. En el nuevo Tratado fundacional se han incluido instrumentos que facilitan la correcta aplicación del principio y se han diseñado mecanismos que permiten alertar sobre la ejecución adecuada de la subsidiariedad.

Todo ello puede incidir en una participación más activa de las Comunidades Autónomas en el proceso de integración europeo. El segundo seminario, que complementaba al primero, se celebró el 14 de septiembre de 2009 y tenía por título «El incremento de las competencias de la Unión Europea y sus consecuencias en las competencias de las Comunidades Autónomas». La idea del seminario es la siguiente: el Tratado de Lisboa concede más competencias a la Unión Europea, afecta al equilibrio competencial interno estatal y puede generar conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Para ilustrarlo, hemos examinado unos ámbitos competenciales (servicios, consumo, investigación y desarrollo...) que representan las posibles tensiones entre la Unión Europea, sus miembros y las Comunidades Autónomas. En definitiva, con la realización de estos dos seminarios se ha querido dar respuesta a alguna de las incógnitas que se plantean a la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de integración europeo. No se agotan aquí todas las posibles materias de discusión, y tiempo habrá de profundizar en estos y otros ámbitos; de momento, esta monografía colectiva aporta unas reflexiones valiosas e interesantes sobre alguno de estos temas.

ISBN 978-84-393-8570-7



9 788439 385707