

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 14 - Octubre 2011



**Revista d'Estudis
Autonòmics i Federals**

Núm. 14 - Octubre 2011

Revista semestral

© Generalitat de Catalunya.
Departament de Governació i
Relacions Institucionals.
Institut d'Estudis Autonòmics

Baixada de Sant Miquel, 8
08002 Barcelona
Tel. 933 429 800
Fax 933 429 801

reaf@gencat.cat
www.gencat.cat/iea

Subscripcions

Publicacions de la Generalitat
Tel. 932 925 421
j.roque@gencat.cat

La REAF no s'identifica
necessàriament amb el contingut
dels articles ni se'n responsabilitza.

*En la web del IEA està disponible
la versió en castellano del
artículo publicado en catalán
en este número.*

Disseny gràfic

Marquès Art Gràfic, S.L.

Maquetació i impressió

El Tinter, SAL
(empresa certificada ISO 9001,
ISO 14001 i EMAS)

Dipòsit legal: B-15288/05

Director

Carles Viver Pi-Sunyer
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Pompeu Fabra
i director de l'Institut d'Estudis
Autonòmics*

Secretari

Miguel Ángel Cabellos Espíerrez
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Girona*

Comitè de Redacció

Mercè Corretja Torrens
*Cap de l'Àrea de Recerca de
l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Alfredo Galán Galán
*Professor titular de Dret
Administratiu de la Universitat de
Barcelona*

Mireia Grau Creus
*Responsable d'Investigació de
l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Eduard Roig Molés
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Barcelona*

Indexació: entre altres bases, la
REAF està inclosa a DICE (CSIC-
ANECA), IN-RECJ, IN-RECS, Ulrich's
i properament a CARHUS PLUS
2010. Vegeu el llistat complet
d'índexs en què apareix la REAF
a la web de l'IEA.



Imprès en paper certificat FSC®

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 14 - Octubre 2011

ISSN 1886-2632

Comitè Científic

Eliseo Aja Fernández
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona i director de l'Institut de Dret Públic

Enoch Albertí Rovira
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Xavier Arbós Marín
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

Enric Argullol Murgadas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Mercè Barceló Serramalera
Catedràtica de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Antoni Bayona Rocamora
Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i lletrat del Parlament de Catalunya

Francesc de Carreras Serra
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Marc Carrillo
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Manuel Cienfuegos Mateo
Professor titular de Dret Internacional Públic i Dret Comunitari de la Universitat Pompeu Fabra

Carlos Closa Montero
Investigador de l'Institut de Polítiques y Bienes Públicos del CSIC

Pedro Cruz Villalón
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid i conseller electiu del Consell d'Estat

Víctor Ferreres Comella
Professor associat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i professor de Dret Constitucional de l'Escola Judicial

Joaquim Ferret Jacas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Tomàs Font Llovet
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona i president de la Comissió Jurídica Assessora

Enric Fossas Espadaler
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Alain-G. Gagnon
Professor titular al Departament de Ciència Política de la Universitat del Quebec a Mont-real

Manuel Gerpe Landín
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Markus González Beilfuss
Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Tania Groppi
Catedràtica d'Institucions de Dret Públic de la Universitat de Siena

Montserrat Guibernau
Professora de Ciència Política de la Universitat Queen Mary de Londres

John Kincaid
Director del Meyner Center for the Study of State and Local Government del Lafayette College, de Filadèlfi a

Jesús Leguina Villa
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat d'Alcalá de Henares

Guillem López Casanovas
Catedràtic d'Economia Aplicada de la Universitat Pompeu Fabra

Ramón Máiz Suárez
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Santiago de Compostel·la

Isidre Molas Batllori
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Ferran Requejo Coll
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Pompeu Fabra

Cesáreo R. Aguilera de Prat
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Barcelona

Cheryl A. Saunders
Directora del Centre for Comparative Constitutional Studies de la Universitat de Melbourne

Joaquín Tornos Mas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Josep M. Vallès Casadevall
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Autònoma de Barcelona

Jaume Vernet Llobet
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Rovira i Virgili i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Jacques Ziller
Catedràtic de Dret Públic Comparat a l'European University Institute

Coordinació editorial

Jesús Solé Farràs
Responsable de Comunicació, Publicacions i Documentació de l'Institut d'Estudis Autònoms

Sumari

FEDERALISM AND HEALTH CARE IN THE UNITED STATES	
G. Alan Tarr.	10
HOW “EUROPEAN” IS THE ITALIAN REGIONAL STATE NOW? A STUDY ON THE EUROPEANIZATION OF THE ITALIAN REGIONAL SYSTEM	
Giuseppe Martinico	36
LA RIFORMA DELL’ORDINAMENTO FINANZIARIO IN ITALIA TRA AUTONOMIA E SOLIDARIETÀ	
Sara Parolari, Alice Valdesalici.	67
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “SUPREMO INTÉRPRETE” DE LA LEY DE AGUAS. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y UN COMENTARIO A LA STC 30/2011	
Francisco Balaguer Callejón.	114
LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN INMIGRACIÓN TRAS LA STC 31/2010	
José Antonio Montilla Martos.	152
DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES I REFORMES ESTATUTÀRIES. UN ESTUDI COMPARAT DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN ELS ESTATUTS REFORMATS I ELS EFECTES DE LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNY	
Hèctor López Bofill	186
RECENT DEVELOPMENTS IN COMMUNITY CASE-LAW CONCERNING THE STANDING OF EUROPEAN REGIONS BEFORE THE EUROPEAN COURTS	
Bruno Martín Baumeister	233

**LA ASAMBLEA DE EXTREMADURA
Y EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE
SUBSIDIARIEDAD A TRAVÉS DEL
MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA**

José Ángel Camisón Yagüe 264

En la web del IEA (www.gencat.cat/iea) está disponible la versión en castellano del artículo publicado en catalán en este número de la REAF.

Autors

Francisco Balaguer Callejón

Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Granada, catedràtic Jean Monnet de Dret Constitucional Europeu i catedràtic Jean Monnet *ad personam* de Dret Constitucional Europeu i Globalització. És autor de nombroses publicacions sobre dret constitucional, dret europeu i dret autonòmic.

José Ángel Camisón Yagüe

Llicenciat en Dret per la Universitat d'Alcalá i doctor en Dret Constitucional per la Universitat Complutense de Madrid. Actualment, és professor contractat doctor de Dret Constitucional a la Universitat d'Extremadura. Ha fet diferents estades de recerca a l'Institut Max Planck de Dret Públic Comparat i a la Harvard Law School. És autor de diferents publicacions sobre democràcia i Unió Europea; hi destaca la monografia "La participación directa e indirecta de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea".

Hèctor López Bofill

Professor agregat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra. Ha centrat les seves línies de recerca en l'estudi del l'Estat autonòmic, la justícia constitucional i els drets fonamentals. Entre les seves publicacions destaca *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley* (2004) i *Derechos estatutarios en ordenamientos jurídicos plurales* (2008).

Bruno Martín Baumeister

Llicenciat en Dret per la Universitat Pontifícia Comillas, ICAI-ICADE, doctor en Dret i LL.M. per l'Europa-Institut de la Universitat del Sarre (Alemanya) i LL.M. pel College of Europe, Bruges (Bèlgica). Actualment, col·labora com a associat *senior* en el departament mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, S.L.P. Anteriorment, havia col·laborat com a associat en el departament mercantil de Clifford Chance, S.L.

Giuseppe Martinico

En l'actualitat és investigador García Pelayo al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), a Madrid. Anteriorment, va ser investigador Max Weber a l'European University Institute, a Florència. És doctor en dret per l'Scuola Superiore Sant'Anna, a Pisa, on també va dur a terme una recerca postdoctoral de dos anys. És editor de *Sant'Anna Legal Studies* (STALS), a Pisa, i investigador del Centre for Studies on Federalism, a Torí.

José Antonio Montilla Martos

Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Granada. Ha publicat diferents treballs, especialment en dret autonòmic, com ara, les monografies "Las leyes orgánicas de transferencia y delegación" i "Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas", o altres treballs sobre l'articulació normativa bases-desenvolupament o les relacions de col·laboració. També ha publicat treballs sobre les competències autonòmiques en immigració, tant abans que fossin reconegudes als estatuts d'autonomia, com després de l'aprovació de l'Estatut de Catalunya.

Sara Parolari

Investigadora principal a l'European Academy de Bolzano/Bozen – Institute for Studies on Federalism and Regionalism, doctora en estudis jurídics comparats europeus per la Universitat de Trento (Itàlia), advocada qualificada – Bar Exam, tribunal de districte de Trento, i llicenciada en Dret per la Universitat de Trento.

G. Alan Tarr

Director del Center for State Constitutional Studies i professor (*Distinguished Professor*) de Ciència Política a la Rutgers University-Camden (EUA). És autor i editor de diferents llibres sobre constitucionalisme i federalisme, entre els quals hi ha *Understanding State Constitutions; Constitutional Origins, Structure, and Change in*

*Federal Countries, i Federalism, Subnational
Constitutions, and Minority Rights.*

Alice Valdesalici

Investigadora a l'European Academy de Bolzano/
Bozen – Institute for Studies on Federalism and
Regionalism, advocada qualificada – Bar Exam,
tribunal de districte de Trento (Itàlia),
col·laboradora a l'School on Local Development,
Universitat de Trento, i llicenciada en Dret per la
mateixa universitat.

FEDERALISM AND HEALTH CARE IN THE UNITED STATES

G. Alan Tarr

Director of the Center for State Constitutional Studies and Distinguished Professor of Political Science at Rutgers University-Camden

SUMMARY: 1. The Historical and Constitutional Context. 1.1. Health Care in the United States. 1.2. Constitutional Fundamentals. – 2. The Supreme Court’s Interpretation of Federal Powers. 2.1. The Commerce Clause. 2.2. The Taxing Clause. 2.3. The Necessary and Proper Clause. – 3. Litigating the Constitutionality of the Individual Mandate. 3.1. Congressional Power under the Commerce Clause and the Necessary and Proper Clause. 3.2. The Taxing Power. 3.3. Severability. – 4. Conclusion. – *Abstract-Resum-Resumen*.

On March 23, 2010, President Obama signed into law the Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA).¹ Among other things, this complex 2700-page statute prohibits private health insurers from denying coverage based on pre-existing medical conditions, expands eligibility for Medicaid (which provides health care for indigents), provides incentives for employers to provide health care benefits, and supports medical research. It also imposes a financial penalty on those who do not obtain health insurance by 2014 –the so-called “individual mandate”– unless they are exempt because of low income. Its proponents claim that PPACA will significantly expand access to health care while simultaneously helping to curtail health-care costs by cuts in reimbursements to hospitals for medical services and by establishing “health insurance exchanges” that would enable individuals and small businesses to compare the costs and coverage of various insurance plans. But its opponents charge that PPACA will

Article received 03/03/2011; approved 26/04/2011.

1. On Truman’s effort, see Monte M. Poen, *Harry Truman versus the Medical Lobby* (Columbia: University of Missouri Press, 1979). More generally, see James Morone and David Blumenthal, *The Heart of Power: Health and Politics in the Oval Office* (Berkeley: University of California Press, 2009).

promote greater governmental control over health care, raising costs without enhancing the quality of care.

Beginning with President Harry Truman in the late 1940s, several previous Democratic presidents had unsuccessfully championed health-care reform, so PPACA was a landmark enactment.²The Act sparked bitter partisan divisions in Congress and eventually was adopted on virtually a party-line vote. In the Senate, the legislation passed by a vote of 56-43, with no Republican voting in favor of it, and in the House of Representatives the margin was 219-212, again without a single Republican vote in favor. The Act remains politically controversial. During the 2010 congressional elections, Republican candidates made opposition to “ObamaCare” a centerpiece of their campaigns, and after the Republicans won control of the House of Representatives in that election, one of their first actions (on January 19, 2011) was to pass a bill repealing PPACA. This action was largely symbolic, as the bill stood no chance of passing in the Democratically-controlled Senate or of surviving a presidential veto. Nonetheless, the House’s action underscored the continuing Republican opposition to PPACA, and the Republicans plan to revise various features of the Act and to limit funding for its implementation.

The Act has raised constitutional as well as political controversy. Under Section 1501 of the Act, most Americans who do not have health insurance are obliged to obtain coverage by 2014 or they will be subject to what the Act’s supporters call “a tax” but what its opponents call “a fine.” Supporters view this “individual mandate” provision as crucial to the Act’s goals of ensuring universal health coverage and reducing the costs of medical care. They insist that private insurers could not afford to provide coverage to persons with pre-existing medical problems, unless they could be guaranteed that all persons, including healthy ones, purchased insurance, thereby increasing the pool of funds available to them. Opponents not only doubt the efficacy of the individual mandate but also –and more importantly for present purposes– challenge

2. P.L. 111-148 (2010). For an overview of the politics of its enactment, see Lawrence R. Jacobs and Theda Skocpol, “Hard Fought Legacy: Obama, Congressional Democrats, and Struggle for Comprehensive Health Reform,” available at: http://www.russellsage.org/sites/all/files/u4/Obama_Chapter%20Health%20Reform.pdf.

its constitutionality, insisting that it represents an unprecedented expansion of federal authority.³

Even before President Obama signed PPACA into law, the attorneys general of 12 states had filed suit in federal court, challenging the constitutionality of the individual mandate provision. Perhaps unsurprisingly, all these attorneys general were Republicans and thus political opponents of the president. By early 2011, with the replacement of Democratic by Republican attorneys general in several states, the number of states filing suit against the individual mandate had risen to 26.⁴ Other suits challenging the individual mandate were also commenced in federal courts, and by early 2011 two district court judges had ruled the mandate constitutional, while another three had invalidated it.⁵ This study examines the arguments for and against the constitutionality of the individual mandate, relates this litigation to United States Supreme Court rulings analyzing the scope of federal power, and speculates on the likely outcome when the Supreme Court considers constitutional challenges to the individual mandate. Before

3. Opponents of the law have challenged the constitutionality of the law on a variety of other grounds, ranging from complaints that it violated the religion clause of the Bill of Rights to arguments that it exceeded the spending power of the federal government. Most of these claims were patently frivolous, and they were summarily rejected by the district courts. Hence, we shall focus exclusively on the constitutional challenge to the individual mandate.

4. Not all state officials have opposed the Act or questioned its constitutionality. See John Gramlich, "State legislative group lends backing to health care law," *Stateline*, November 17, 2010, at: <http://stateline.org/live/details/story?contentId=529645>.

5. Rulings upholding the individual mandate include *Liberty University v. Geithner*, 2010 WL 4860299 (W.D. Va. 2010); *Thomas More Law Center v. Obama*, 720 F. Supp. 2d 882 (E.D. Mich. 2010); and *Wisconsin Right to Life Political Action Committee v. Brennan*, Case No. 09-cv-764-wmc (D.C. 2011), available at http://media.journalinteractive.com/documents/WRTL_Decision_033111.pdf. The rulings striking down the individual mandate are *Cuccinelli v. Sibelius*, 728 F. Supp. 2d 768 (E.D. Va. 2010), and *Florida v. U.S. Department of Health and Human Services*, Case No.: 3-10-cv-91-RV/EMT (N.D. Fla. 2011). In *Cuccinelli* the district judge declined the plaintiff's request to suspend implementation of the Act pending appeal, so the ruling had no immediate practical effect. In *Florida* the district judge declined to issue an injunction suspending implementation of the Act but opined that it was expected that federal authorities would act in line with his judgment. The rulings in all these cases have been appealed, and it is expected that the United States Supreme Court will ultimately resolve the constitutional issue.

Interestingly, the rulings upholding the individual mandate were issued by judges appointed by Democratic presidents, while those striking it down were issued by judges appointed by Republican presidents. With this in mind, it is worth noting that as of early 2011, the U.S. Supreme Court has 5 justices appointed by Republican presidents.

doing so, however, it is useful to place the current dispute in historical and constitutional context.

1. The Historical and Constitutional Context

1.1. Health Care in the United States

For most of the nation's history, the American health care system relied on the private provision of services, with patients paying physicians for their care directly. Throughout the nineteenth century and into the twentieth century, government initiatives were limited primarily to public health, the construction of hospitals, and the provision of medical care for the indigent. State governments encouraged hospital construction by giving money to institutions that providing charitable care. For example, by 1898, Pennsylvania had 113 benevolent or not-for-profit hospitals, of which 69 were aided by the state.⁶ State governments also played the primary role in attempting to prevent the spread of communicable diseases, particularly in major cities where population density and inadequate sanitation aggravated health problems. Local governments provided services for those unable to afford medical care, although "early arrangements were made on an ad hoc, decentralized, local, and often erratic basis," and most care was provided by private charity rather than by government.⁷ Congress in 1878 passed a National Quarantine Act in order to prevent entry into the country of persons with communicable diseases, but generally the federal government played little role in health care until the twentieth century.

This began to change after the ratification of the Sixteenth Amendment, which authorized the imposition of a federal income tax, in 1913. The imposition of an income tax increased the revenues available to the federal government, and this enabled it to provide grants to state governments to fund activities of interest to the federal government, including the provision of medical care. For example, the federal Maternity Act of 1921 provided for grants to states that

6. Rosemary Stevens, *The Public-Private Health Care State: Essays on the History of American Health Care Policy* (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2007), p. 10.

7. *Ibid.*, p. 188.

agreed to establish programs designed to reduce maternal and infant mortality and protect the health of mothers and infants.⁸ Spurred partially by federal grants-in-aid but also by increasing needs, state governments also expanded their involvement in health care during the first half of the twentieth century. Another important development during the twentieth century was the replacement of direct payment for services with a system of health insurance provided in part or in total by the employer. The federal government encouraged the development of these private, voluntary insurance plans, and a ruling by the Internal Revenue Service in 1951 that employers' costs for premiums were a tax-deductible expense made large-scale development of private health insurance viable.⁹

Federal involvement in health care increased dramatically in the latter half of the twentieth century.¹⁰ In 1965, Congress enacted Medicaid, a cooperative program under which the federal and state governments jointly provide health insurance for low-income persons. This program, which is administered by the states, has expanded so that even though the federal government provides more than half the

8. A federal taxpayer sought to challenge the constitutionality of this program in *Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923). However, the U.S. Supreme Court rejected the suit, arguing that a federal taxpayer lacks standing to sue to challenge its constitutionality of appropriations, because the taxpayer cannot demonstrate "that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as a result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally." Although the Supreme Court has expanded slightly its understanding of "standing to sue" in ways that facilitate challenges to federal appropriations or spending –see e.g., *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968)– the Court continues to look askance at taxpayer challenges, even when it is asserted that the federal government has exceeded its authority. See, e.g., *Hein v. Freedom from Religion Foundation*, 551 U.S. 587 (2001).

9. "By mid-1958 nearly two-thirds of the population had some coverage for hospital costs, the most common type of insurance... [and] when the main earner was fully employed, the probability of having some insurance was 78 percent." Paul Starr, *The Social Transformation of American Medicine* (NY: Basic Books, 1982), p. 334.

10. To illustrate this: from 1965, when Medicaid was enacted, to 2000, the percentage of all federal grants going to health policy rose from 6% to 43%. See Frank J. Thompson, "Federalism and Health Care Policy: Toward Redefinition?" in Robert B. Hackey and David A. Rochefort, eds., *The New Politics of State Health Policy* (Lawrence: University Press of Kansas, 2001), p. 43. For overviews of federal initiatives and the history of health care in the United States more generally, see Kant Patel and Mark Rushefsky, *Health Care Politics and Policy in America*, 3rd ed. (Armonk, NY: M. E. Sharpe, 2006), Chapter 2; Starr, *Social Transformation of American Medicine*; Theda Skocpol, *Protecting Mothers and Soldiers: The Political Origins of Social Policy in the United States* (Cambridge, MA: Belknap Press, 1992); and Stevens, *The Public-Private Health Care State*.

funding, Medicaid payments currently account for 22 percent of state budgets.¹¹ Congress in 1965 also enacted Medicare, which established a program of compulsory health insurance for the elderly, financed through payroll taxes (Medicare A) and a voluntary insurance program for physicians' services subsidized through general revenues (Medicare B). In addition, Congress enacted a number of other health programs during the 1960s, such as Maternal and Infant Care, the Children Supplemental Feeding Program, and community health centers as part of President Lyndon Johnson's "War on Poverty." In 2003 Congress enacted the Medicare Modernization Act, which established a new voluntary outpatient prescription drug benefit. Although these programs were controversial when they were enacted, the controversy focused on the wisdom and financial viability of the initiatives, not on their constitutionality. These federal programs now enjoy broad public support, and so although there may be efforts to reduce program costs, there is little likelihood of their elimination. Indeed, recent poll data reveal strong popular support for the federal government taking the lead in health-care policy.¹² Nonetheless, it would be a mistake to describe this array of programs as a fully integrated health-care system.

11. This figure is drawn from "In State Budgets, Medicaid Goes under the Knife," *Kaiser Health News*, December 22, 2010, available at: <http://www.kaiserhealthnews.org/Daily-Reports/2010/December/22/states.aspx>. Other commentators dispute the figure, arguing that it is misleading because it includes federal funds given to the states as well as state funds. According to the Center for Children and Families at Georgetown University: "On average, federal funds account for 56.2 percent of all Medicaid spending. Average state spending on Medicaid as a share of state general fund budgets is actually 16.8 percent, and just 13.4 percent as a share of spending from all state funds." See "Medicaid and State Budgets: Looking at the Facts," at: <http://ccf.georgetown.edu/index/cms-filesystem-action?file=ccf%20publications/about%20medicaid/nasbo%20final%205-1-08.pdf>.

Medicaid provides funds to private health-care providers in reimbursement for the medical care that they provide for indigents. Although Medicaid is jointly funded by the federal government and state governments, state governments bear primary responsibility for its implementation. The federal government establishes general guidelines that states must adhere to qualify for federal matching funds and grants. However, within those guidelines, states have considerable leeway in determining eligibility requirements, what services to provide, the level of reimbursements to hospitals and nursing homes, and many other matters. For overviews of how states have exercised the discretion available to them, see Robert F. Rich and William D. White, eds., *Health Policy, Federalism, and the American States* (Washington, DC: Urban Institute Press, 1996); Hackey and Rochefort, *New Politics of State Health Policy*; and John Holahan, Alan Weil, and Joshua M. Wiener, eds., *Federalism and Health Policy* (Washington, DC: Urban Institute Press, 2003).

12. See Sandra K. Schneider, William G. Jacoby, and Daniel C. Lewis, "Public Opinion Toward Intergovernmental Policy Responsibilities," *Publius: The Journal of Federalism* 41 (Winter 2011): 13-15.

In closing this historical overview, it should be noted that the increased federal involvement in health care has not displaced the states. In part, this is because Medicaid was a joint federal-state program, with states responsible for its administration and for a substantial portion of the funding. In part, too, federal grants have encouraged state initiatives. Finally, the increasing cost of Medicaid, as well as federal budget gaps that curtailed federal policy innovation, has led states to assume a leadership role in the health care field in the late twentieth century.¹³ For example, both California and North Carolina introduced programs for increasing access to prenatal care for low-income women in order to reduce infant mortality; South Carolina adopted a program to identify and provide services to women with high-risk pregnancies; and 20 states adopted “presumptive eligibility” programs so that pregnant women could receive care without going through the normal, but cumbersome and time-consuming process of proving Medicaid eligibility.¹⁴

1.2. Constitutional Fundamentals

The U.S. Constitution grants a limited legislative authority to the federal government. Article I, Section 1 grants Congress all “legislative powers herein granted,” thereby implying that there are legislative powers beyond those “herein granted.” James Madison stated his expectations on this in *The Federalist* No. 45:

The powers delegated by the proposed constitution to the federal government are few and defined. Those which to remain in the State governments are numerous and indefinite. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State.

13. For an overview of state innovations, see Howard M. Leichter, “State Governments and Their Capacity for Health Care Reform,” and Michael S. Sparer and Lawrence D. Brown, “States and the Health Care Crisis: The Limits and Lessons of Laboratory Federalism,” both in Robert F. Rich and William D. White, eds., *Health Policy, Federalism, and the American States* (Washington, DC: Urban Institute Press, 1996).

14. These innovations are described in Sandra K. Schneider, “Improving the Quality of Maternal and Child Health Care in the United States: State-Level Initiatives and Leadership,” in Howard M. Leichter, ed., *Health Policy Reform in America: Innovations from the States* (Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1992).

That the legislative powers of the federal government are limited is also confirmed by the drafters' decision to enumerate those powers (Article 1, Section 8) rather than to grant Congress a plenary legislative authority. The Tenth Amendment to the Constitution affirms the limited grant of authority to the federal government, declaring that "the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people." Thus all residual powers rest with the states or with the people. Although it does not limit federal powers directly, the Tenth Amendment is relevant to the interpretation of those powers, making clear that any interpretation that leads to a plenary federal authority is erroneous. This is true because, as James Madison noted in *The Federalist*, No. 39, the Constitution "leaves to the several States a residuary and inviolable sovereignty." Nevertheless, within its sphere, federal law is supreme, superseding all state enactments including state statutes and state constitutional provisions. This is confirmed by the federal Supremacy Clause (Article VI, Section 2) which states that "this Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof... shall be the supreme Law of the Land."

Perhaps unsurprisingly, given its eighteenth century origins, the U.S. Constitution does not expressly address what level of government has authority over health matters or whether such authority is shared between the federal and state governments. The federal government has justified its involvement in health care based on three constitutional grants of power: the Taxing and Spending Clause, the Commerce Clause, and the Necessary and Proper Clause. Article I, section 8, paragraph 1 grants Congress the power "to lay and collect Taxes, Duties, Imposts, and Excises [and] to pay the Debts and provide for the common Defense and general Welfare of the United States." Thus, Congress can establish grant programs dealing with public health because of its power to spend for the general welfare, and it can impose taxes to raise revenues to underwrite such programs because of its power to lay and collect taxes for the public welfare. Article I, section 8, paragraph 3 grants Congress the power "to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes." Thus Congress can regulate the provision of health care and the operation of medical institutions, at least insofar as these involve commerce among the several states, and the provision of health care involves the sale of products and services, so it does have a commercial

character. Finally, Article I, section 8, paragraph 18 grants Congress the power “to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing powers,” namely, those powers listed in the previous enumeration of powers. And so Congress can exercise whatever other powers are necessary and proper to make effectual the power over public health granted to it by the preceding provisions.

Yet the question remains: what are those federal powers over health care, and how far do they extend? More specifically, do they encompass a power to require persons to purchase health insurance and penalize them should they fail to do so? Or to put it in more analytic terms, do the commerce clause and necessary and proper clause grant Congress a power to require persons to purchase a product from a private company? And does the taxing clause authorize the imposition of a penalty on a person who fails to purchase a product from a private company? To answer these questions, one must turn to the Supreme Court’s rulings interpreting these constitutional provisions.

2. The Supreme Court’s Interpretation of Federal Powers

2.1. The Commerce Clause

Chief Justice John Marshall’s opinion in *Gibbons v. Ogden* (1824) provides the starting point for all subsequent interpretations of the Commerce Clause.¹⁵ Although the case was eventually decided on the basis of a conflict between federal and state law, Marshall used *Gibbons* to elaborate a broad interpretation of federal power, emphasizing the founders’ desire to remove state barriers to economic activity and create a national common market. He expansively defined commerce to include “the commercial intercourse between nations, and parts of nations, in all its branches.” Furthermore, insisting that Congress can deal with all obstacles to the free flow of goods among the states, Marshall concluded that congressional power necessarily extends to “that commerce which concerns more states than one”—a

formulation that encompasses but is not limited to interstate commerce. Insofar as intrastate activities affect commerce “among the several states,” they too are subject to congressional regulation.

This broad interpretation had little immediate effect, because for almost a century after the American Founding, Congress enacted little commercial legislation. However, the passage of the Interstate Commerce Act (1887) heralded a more active national role, and conflict over the scope of congressional power soon reached the Supreme Court. In the late nineteenth and early twentieth centuries, the Court developed a more restrictive conception of the commerce power and periodically invalidated congressional legislation.¹⁶ Following the advent of the Great Depression in 1929 and the election of President Franklin Roosevelt in 1932, this narrower understanding of the commerce power collided with innovative federal efforts (Roosevelt’s “New Deal”) to stimulate an economic recovery. From 1934 to 1936, the Court struck down 13 federal laws, including key elements of the New Deal, and the reasons given by the Court in its opinions presaged the invalidation of future New Deal measures. In response, after his landslide reelection in 1936, President Roosevelt proposed a plan to increase the membership of the Supreme Court from 9 to 15 justices. Although the measure was promoted as necessary to help the Court with its workload, in fact it was intended to give the president a chance to change the balance on the Court by appointing justices more sympathetic to his New Deal legislation. Although this “court-packing” plan was never adopted by Congress, the Supreme Court capitulated, upholding the National Labor Relations Act in 1937 and thereby signaling a new approach in its interpretation of the Commerce Clause. The retirement of justices unsympathetic to his agenda gave Roosevelt the opportunity to appoint justices who shared his constitutional views, solidifying support for an expansive interpretation of the national commerce power.¹⁷

16. See, for example, *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); and *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936). For overviews of the Court’s jurisprudence during this era from diverse perspectives, see Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution* (New York: Oxford University Press, 1998), and Edward S. Corwin, *Court over Constitution* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1938).

17. *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937). By 1943 all nine justices of the Supreme Court were Roosevelt appointees.

After 1937 the Supreme Court overruled several recent decisions and upheld major New Deal legislation.¹⁸ Equally important, it made clear that it would defer to congressional judgments as to whether economic activities “affected more states than one” and were therefore subject to congressional regulation under the Commerce Clause. The scope of congressional power under the Commerce Clause under this new understanding is illustrated by the Court’s decision in *Wickard v. Filburn* (1942), which has become an important precedent in the litigation over the individual mandate.¹⁹ *Wickard* involved the constitutionality of the Agricultural Adjustment Act of 1938, which imposed limitations on the acreage that individual farmers could devote to wheat production. Congress sought by this legislation to control the volume of wheat moving in interstate and foreign commerce, in order to avoid surpluses and shortages that might lead to abnormally low or high wheat prices. Filburn exceeded his allotment under the Act by 12 acres, but he kept the excess wheat for use on his own farm rather than selling it. Hence the question in the case was whether the federal power to regulate goods for production for interstate commerce extended to a power to regulate production intended wholly for personal consumption that would not enter into commerce at all.

A unanimous Supreme Court answered that question in the affirmative. Speaking for the Court, Justice Robert Jackson noted that consumption of home-grown wheat would reduce the demand for wheat in the marketplace. Therefore, although Filburn did not market his excess production, it still had an effect on the demand for wheat. Moreover, even if the effect of Filburn’s action on the demand for wheat was by itself only “trivial”, that was “not enough to remove him from the scope of the federal regulation where, as here, his contribution, taken together with that of many others similarly situated, was far from trivial.”²⁰ Thus, *Wickard* apparently stands for two propositions: (1) Congress’s power to regulate commerce among the several states extends to activities, themselves not commercial, if they nonetheless have substantial effects on economic activity; and (2) Con-

18. See, for example, *Mulford v. Smith*, 307 U.S. 38 (1939) and *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

19. *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

20. 317 U.S. 111, 128 (1942).

gress may regulate an activity that has only a trivial effect on commerce among the several states if it is part of a class of activities that falls within the reach of federal power. This latter point was reaffirmed in *Perez v. United States* (1971), a case that involved federal regulation of purely local loan-sharking.²¹

Both of the propositions established in *Wickard* also figured prominently in the Supreme Court's most recent important ruling under the Commerce Clause, *Gonzales v. Raich* (2005), which is likewise pertinent to the constitutionality of the individual mandate. This case involved the constitutionality of a federal statute that forbade the possession, obtaining, or cultivating of marijuana for personal use, despite a California law that authorized physicians to prescribe marijuana for seriously ill residents of the state and allowed those persons to grow or purchase marijuana. Speaking for a six-member Court majority, Justice John Paul Stevens upheld the federal law, concluding that "'the power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution' its authority to 'regulate commerce with foreign nations, and among the several States' includes the power to prohibit the local cultivation and use of marijuana in compliance with California law."²² Relying on *Wickard* and *Perez*, the Court argued that Congress has authority to regulate local matters that are part of a class of activities that have substantial effects on interstate commerce. As in *Wickard*, the fact that a product was grown for personal use was not decisive, as there was "an established, albeit illegal, interstate market" for marijuana. Likewise as in *Wickard*, Congress could reasonably conclude that "leaving home-grown marijuana outside federal control would similarly affect price and market conditions."²³ Finally, again as in *Wickard*, the fact that Raich's production of marijuana was trivial was irrelevant, as long as the class of production regulated was not. And ultimately, the Court reasoned, this determination was Congress's to make: the Court observed that "we need not determine whether respondents' activities, taken in the aggregate, substantially affect interstate commerce in fact, but only whether a 'rational basis' exists for so concluding."²⁴ If a rational basis existed

21. *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).

22. *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 1 (2005).

23. 545 U.S. 1, 19.

24. 545 U.S. 1, 22.

for concluding that the aggregate effect of personal growth and consumption of marijuana for medicinal purposes under California law had a sufficient impact on interstate commerce to warrant regulation under the Commerce Clause, then the Court should defer to the judgment of Congress on the matter and uphold the legislation.

The Supreme Court's expansive interpretation of the national commerce power after 1937 meant that from that year until 1995 only once, in *National League of Cities v. Usery* (1976) did the Supreme Court rule that an enactment exceeded Congress's power under the Commerce Clause; and it expressly overruled that decision 9 years later in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985).²⁵ However, in two recent cases, *United States v. Lopez* (1995) and *United States v. Morrison* (2000), the justices have acknowledged limits on Congress's commerce power and struck down congressional enactments.²⁶ In *Lopez* a five-member Court majority struck down the Gun-Free School Zones Act of 1990, which made it a federal offense to possess a firearm in a local school zone. Speaking for the Court, Chief Justice William Rehnquist noted that "even [our] modern-day precedents which have expanded congressional power under the Commerce Clause confirm that this power is subject to outer limits."²⁷ Distinguishing *Wickard*, the Court noted that the law in *Lopez* did not deal with economic activity and that weapons possession was only tenuously related to commerce among the several states. To accept such a connection as justifying congressional regulation, the majority noted, would in effect leave the Court "hard pressed to posit any activity by an individual that Congress is without power to regulate."²⁸ This would undermine the constitutional architecture of the American federal system by converting the Commerce Clause into an unlimited grant of power.

The same five-justice majority applied similar reasoning in *United States v. Morrison*, concluding that neither the Commerce

25. *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), and *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

26. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), and *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

27. 514 U.S. 549, 556-557.

28. 514 U.S. 549, 564.

Clause nor the Fourteenth Amendment gave Congress the power to enact a provision of the Violence Against Women Act that gave victims a right to sue perpetrators of gender-based violence in federal court. Noting that gender-based violence is not economic activity, the Court observed that its past decisions had sustained congressional regulation of intrastate activity based on its effects on interstate commerce only when the activity in question itself had some sort of economic character. Maintaining this distinction was essential, the Court argued, because otherwise there would in practice be no limits to the federal commerce power. And this would be inconsistent with the constitutional division of power between nation and state.

Thus, the Court sought to interpret the Commerce Clause in light of its understanding of the overall character of the constitutional system.

2.2. The Taxing Clause

The Constitution grants the federal government broad taxing authority, subject to only three express limitations: Congress may not tax exports, it must apportion direct taxes among the states in relation to their population, and it must impose taxes uniformly throughout the country.²⁹ None of these currently pose any problems, although it was necessary to amend the Constitution to overrule a Supreme Court decision that used the limitation on direct taxes to strike down a federal income tax.³⁰ What has proved controversial are the uses to which Congress has put its taxing power. All taxes, in addition to raising revenue, make goods more expensive and thereby discourage their purchase, so taxes serve regulatory purposes as well. Thus the question becomes whether Congress, by using its taxing power for regulatory purposes, can legitimately reach activities that it could not regulate directly under its other enumerated powers.

During the early twentieth century, the Supreme Court held that if Congress could not regulate an activity directly, then it could not regulate it indirectly through the subterfuge of a “so-called tax.”

29. These restrictions on the federal taxing power are found in Article I, section 8, paragraph 1, and in Article I, section 9, paragraphs 4 and 5.

30. The Supreme Court’s ruling in *Pollock v. Farmer’s Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895), was overturned with the ratification of the Sixteenth Amendment in 1913.

However, since 1937 the Court has taken the position that the power to tax, like the power to regulate commerce among the several states, is plenary.³¹ Hence it has refused to monitor the motives underlying congressional tax laws. As long as taxes produce some revenue, their regulatory purposes are irrelevant to their constitutionality. Because the assessment for failing to purchase health insurance does raise revenue, proponents have sought to characterize it as a tax, which would ensure its constitutionality, while opponents have disputed that characterization.

2.3. The Necessary and Proper Clause

Chief Justice John Marshall provided the authoritative interpretation of the Necessary and Proper Clause in *McCulloch v. Maryland* (1819), in which the Supreme Court recognized Congress's power to charter the Bank of the United States and invalidated a Maryland tax on that bank.³² According to Marshall, the Constitution grants powers so that the federal government can achieve certain broad objectives. How best to achieve those objectives depends on circumstances, and so the Constitution's framers did not specify in detail the means for accomplishing its aims. Instead, they included the Necessary and Proper Clause to ensure Congress discretion in its choice of means. Marshall thus concluded: "Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional."³³ This understanding continues to inform the Court's jurisprudence. As the Court explained in *United States v. Comstock* (2010), "the Necessary and Proper Clause makes clear that the Constitution's grants of specific federal legislative authority are accompanied by broad power to enact laws that are 'convenient or useful' or 'conductive' to the authority's 'beneficial exercise.'"³⁴

31. See, for example, *Mulford v. Smith*, 307 U.S. 38 (1939), and *United States v. Kahriger*, 345 U.S. 22 (1953).

32. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

33. 17 U.S. 316, 421.

34. *United States v. Comstock*, 130 S.Ct. 1949, 1956 (2010). See also *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 22 (2005), and *Sabri v. United States*, 541 U.S. 600, 605 (2004).

This broad discretion in the choice of means might threaten to convert the federal government from a limited to an unlimited government. However, the Supreme Court in recent years has sought to avoid this by emphasizing that the constitutional principle of state sovereignty operates as a check. Thus, as Justice Antonin Scalia noted in *Printz v. United States* (1997), a law may serve the purpose of carrying into execution the Commerce Clause, but if it “violates the principle of state sovereignty reflected in the various constitutional provisions we mentioned earlier, it is not a ‘Law... *proper* for carrying into Execution the Commerce Clause’” and so is unconstitutional.³⁵ In other words, when the federal government claims that an exercise of power is authorized by the Necessary and Proper Clause, the Court must inquire not only whether the exercise of power serves to effectuate an enumerated congressional power but also whether it properly respects the division of authority under the American federal system.

3. Litigating the Constitutionality of the Individual Mandate

3.1. Congressional Power under the Commerce Clause and the Necessary and Proper Clause

Three district courts have upheld the individual mandate as a valid exercise of congressional power under the Commerce and Necessary and Proper Clauses, but two others have concluded that the individual mandate exceeds congressional authority under those clauses. These conflicting outcomes reflect differing characterizations of the individual mandate, as well as differing readings of the Supreme Court’s recent rulings on the Commerce Power.

The district courts that struck down the individual mandate described it as an unprecedented exercise of congressional power. According to these courts, PPACA was the first law in which Congress had mandated that someone buy a product from a private vendor. The courts further maintained that Congress had never before penal-

35. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 923-24 (1997). See also *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

ized mere inactivity, a failure to take action, under the Commerce Clause. The courts read the Supreme Court's rulings in *United States v. Lopez* and *United States v. Morrison* as establishing the proposition that Congress did not have the power to regulate all local non-commercial activities that bore some attenuated relationship to commerce among the several states. Yet if this is true for non-commercial activity, it necessarily follows that it is true as well for non-activity, for the failure to participate in commerce among the states. In order to be subject to congressional regulation under the Commerce Clause, the courts asserted, a person had to engage in some "self-initiated action." But persons who do not purchase health insurance engage in no action at all; they simply choose not to participate in the health care market. And if their "decision not to purchase health insurance at a particular point in time does not constitute the type of economic activity subject to regulation under the Commerce Clause," the *Cucinelli* court noted, "then logically an attempt to enforce such a provision under the Necessary and Proper Clause is equally offensive to the Constitution." In addition, if Congress cannot coerce a person into engaging in an involuntary commercial action, then it cannot penalize that person's failure to do so.

In making this argument, the courts distinguished the current case from the Supreme Court's earlier rulings in *Wickard v. Filburn*, *Perez v. United States*, and *Gonzales v. Raich*, in which the justices had upheld congressional statutes under the Commerce Clause. In *Perez*, the courts noted, the Supreme Court had stressed that although loan sharking was illegal, it was nonetheless an "activity" with substantial economic effects on commerce among the states. Indeed, Justice Douglas's opinion for the Court in *Perez* stated that loan sharking was the second largest source for revenue for organized crime.³⁶ In *Wickard* and *Gonzales*, the courts continued, the litigants had made conscious decisions to engage in activities—growing wheat or cultivating marijuana—and that these activities affected markets for those products, so the litigants had voluntarily placed themselves within the stream of interstate commerce. According to the courts, however, these cases staked out the outer boundaries of the Commerce Clause. But those who fail to purchase health insurance engage in no action, and they do not place themselves within the stream of interstate commerce.

As a result, the individual mandate represents a congressional exercise of power unsupported by earlier precedents and “beyond the historical reach of the Commerce Clause.” Moreover, as the *Florida* court argued, upholding the individual mandate would convert the federal commerce power into an unlimited grant of authority:

The problem with this legal rationale, however, is that it would essentially have unlimited application. There is quite literally no decision that, in the natural course of events, does not have an economic impact of some sort. The decisions of whether and when (or not) to buy a house, a car, a television, a dinner, or even a morning cup of coffee also have a financial impact that –when aggregated with similar economic decisions– affect the price of that particular product or service and have a substantial effect on interstate commerce. To be sure, it is not difficult to identify an economic decision that has a cumulatively substantial effect on interstate commerce; rather, the difficult task is to find an economic decision that does not.³⁷

Thus, in order to limit federal power and safeguard both state power and individual liberty, the two courts concluded that that “the law’s requirement that most Americans obtain insurance exceeded the regulatory authority granted to Congress under the Commerce Clause.”

The other three district courts that addressed the constitutionality of the individual mandate viewed the situation quite differently. First of all, they rejected the notion that the individual-mandate provision regulates “inactivity.” Those who choose not to purchase insurance may be making an economic decision to try to pay for health care services later, out of pocket, rather than now through the purchase of insurance. Alternatively, they may be making a decision to participate at some later point in time or they may expect that their health-care needs will be met by government or health-care providers, if they are unable to shoulder the costs. Whatever the economic calculus, those who purchase health insurance and those who fail to do so are both making choices among alternatives; and because these economic decisions have practical consequences, just like economic

37. *Florida v. U.S. Department of Health and Human Services*, at 53.

activities, they can be regulated by Congress if they have a substantial effect on interstate commerce. Thus, the Commerce Clause covers “economic decisions” as well as “economic activity.”

In determining whether individual decisions to purchase or not purchase health insurance have a sufficient effect on interstate commerce to justify congressional regulation, the two district courts have relied on *Wickard* and *Raich*, which recognized congressional authority to regulate local matters that have substantial economic effects, even when the regulated individuals claim not to be participating in interstate commerce. Moreover, the fact that a single decision or action has a trivial effect on interstate commerce is irrelevant, as long as the class of which it is an instance has a non-trivial effect. The courts therefore concluded that the sum of individual decisions to participate or not participate in the health insurance market has a critical collective effect on interstate commerce. They also noted that the individual mandate was necessary to guarantee success of larger health care scheme, because without full market participation, the financial foundation supporting the health care system would fail. Thus, even if the individual mandate did not address “commerce” directly, it was necessary for implementing health-care reform and thus constitutional under the Necessary and Proper Clause.

What, then, are the legal bases for the disagreement among the courts? Those judges who have upheld the constitutionality of the individual mandate have emphasized that it is consistent with recent Supreme Court precedent and that it is necessary for the success of the health-care reform. In so doing, they have assumed that if the Constitution authorizes the federal government to pursue an objective, it must also grant the federal government the means necessary to achieve that objective. In contrast, those judges who have struck down the individual mandate have emphasized a structural concern, namely, that the Constitution was designed to create a federal balance. Therefore, any interpretation of congressional power that destroys that federal balance must be erroneous.

3.2. The Taxing Power

The key taxing-power issue raised by PPACA is whether the assessment it imposes on those who fail to purchase insurance coverage

is a “tax” or a “penalty” or “fine.” If the assessment is a tax, then the Constitution merely requires that it be for the “general welfare,” and hence the assessment would be constitutional. For Congress may use its power under the tax clause even for purposes that would exceed its power under other provisions of Article I.³⁸ But if the assessment is a penalty or fine, then it must be justified as necessary and proper to the execution of an enumerated power. Under this understanding, the Tax Clause does not come into play at all. If Congress lacks the authority to require an individual to participate in the health-care market, it also lacks the authority to impose a penalty for failure to do so. Conversely, if Congress has the power under the Commerce Clause to require participation in the health-care market, then it has the power under the Necessary and Proper Clause to impose a fine for failure to do so.³⁹

Having concluded that Congress had the power under the Commerce Clause to impose the individual mandate, the District Court for the Eastern District of Michigan did not address whether the assessment was a tax or a penalty. However, the other two district courts did address the issue, and both concluded that it was a penalty. Both courts acknowledged that the fact that the assessment served a regulatory purpose was irrelevant to its constitutionality, observing that all taxes have regulatory effects and that the Supreme Court had abandoned the distinction between revenue-raising and regulatory taxes. But looking closely at the text of the statute, they noted that PPACA itself called the exaction imposed for violation of the individual coverage provision a “penalty,” whereas it described other provisions in PPACA as “taxes.” Although the penalty provision was subsequently placed in the section of the tax code entitled “Miscellaneous Excise Taxes,” the courts pointed out that the tax code itself instructed that no inferences for statutory interpretation should be drawn from such placement. Finally, the very nature of the exaction, the fact that it encourages compliance with the Act by imposing a

38. *United States v. Sanchez*, 340 U.S. 42, 44 (1950).

39. There is a related statutory issue as well. The Anti-Injunction Act states that “no suit for the purpose of restraining the assessment or collection of any tax shall be maintained in any court by any person, whether or not such person is the person against whom such tax was assessed.” (26 U.S.C. sec. 7421(a)). Thus the conclusion that the assessment was a tax would deprive the court of jurisdiction to hear the constitutional challenge to PPACA. Since this is not pertinent to federalism concerns, we do not analyze this issue in depth.

punitive expense on conduct that offends the Act, supported the conclusion that it is a penalty, not a tax. Thus, the penalty had to be justified as necessary and proper to the exercise of congressional power under the Commerce Clause.

3.3. Severability

When a provision in a statute is declared unconstitutional, this raises questions about the continuing validity of the surviving parts of the statute. Should these continue to operate, or should the entire statute be invalidated because the legislature intended to pass all of the law or none of it? This is the issue of the “severability” or “non-severability” of statutory provisions. If the legislature includes in the statute itself language indicating that one or more provisions are severable, that is, that their invalidation should not prevent the enforcement of the rest of the statute, that determination is usually binding on the court.⁴⁰ This makes sense if the key concern in deciding on severability is whether the aims of the legislature can be achieved absent a particular provision, because the legislature is typically the best judge of that. But if the legislature does not specify in a statute what provisions (if any) are severable, then a court must use its best judgment in resolving the matter. It can look to the legislative history of the statute, statements of key supporters, or the reports of congressional committees. It may also consider whether Congress considered but rejected proposals to make provisions severable. Or courts may consider “whether, when the invalid provision is stricken, the remainder is complete in itself and capable of standing alone or being enforced consistent with the apparent legislative intent.”⁴¹

40. This is not always the case. Courts tend to view legislative statements as to severability as rules of construction rather than as inexorable commands. See John Copeland Nagle, “Severability,” *North Carolina Law Review* 72 (1993): 212-13. For an example of a court refusing to honor a legislative statement of non-severability, see *Stilp v. Commonwealth*, 905 A.2d 918 (Pa. 2006).

41. Otto J. Hetzel, Michael E. Libonati, and Robert F. Williams, *Legislative Law and Statutory Interpretation: Cases and Materials*, 4th ed. (Newqrk, NJ: LexisNexis, 2008), p. 692. See, for example, *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), in which the U.S. Supreme Court struck down a single provision of an enactment but upheld the rest of the statute, noting that what remained was “fully operative as law.”

The health care law enacted by Congress did not include language as to the severability of the individual mandate. The Obama administration has suggested that were the individual mandate to be invalidated, the Act's provisions preventing insurance companies from discriminating against persons with pre-existing conditions would also be invalidated because they are inseparably linked. However, it has insisted that this would not necessitate the invalidation of the entire Act, noting that courts have a constitutional obligation to preserve as much of a statute as possible.⁴² Some commentators unsympathetic to PPACA have challenged this latter conclusion, arguing that judges should not assume that provisions are severable in the absence of an expression of clear congressional intent on the matter.⁴³ Those district courts that upheld the individual mandate of course did not need to address the issue of severability. The district court in *Cucinelli* that struck down the individual mandate nonetheless upheld the constitutionality of the overall law. But the district court in *Florida* reached the opposite conclusion. Although acknowledging that certain elements of PPACA could function independently, the court argued that "the individual mandate is indisputably necessary to the Act's insurance market reforms, which are, in turn, indisputably necessary to the purpose of the Act."⁴⁴ However, because there might be other ways to incentivize a healthy insurance pool through the tax code that could pass constitutional muster, one may doubt that appellate courts would strike down PPACA in its totality rather than affording Congress a chance to remedy any constitutional defects.

4. Conclusion

The rulings of the district courts are not, of course, the last word on the constitutionality of the individual mandate. Their rul-

42. The White House's position is discussed in Randy Barnett, "White House Concedes Individual Mandate Is Not Severable," at: <http://volokh.com/2010/12/09/white-house-concedes-individual-mandate-is-not-severable/>.

43. See Joshua Gordon, "From a Budgetary Perspective, the Health Care Individual Mandate Is Not Severable," at: <http://www.concordcoalition.org/tabulation/budgetary-perspective-health-care-individual-mandate-not-severable>, and Maureen Martin, "Why Judge Hudson Was Wrong on Severability of the Individual Mandate," at: http://www.heartland.org/healthpolicy-news.org/article/29048/Why_Judge_Hudson_Was_Wrong_on_Severability_of_the_Individual_Mandate.html.

44. *Florida v. U.S. Department of Health and Human Services*, at 73.

ings have been appealed to the pertinent federal courts of appeals, which will also rule on the constitutionality of the individual mandate and on severability, and it is a foregone conclusion that the dispute will wind up before the U.S. Supreme Court. Prediction is always dangerous, but it would be highly unusual for the Supreme Court to strike down the centerpiece of the political agenda of a president and his party, so I would expect that a divided Court will uphold the constitutionality of the individual mandate. However, should the Supreme Court strike down the individual mandate, there might be constitutionally unexceptionable substitutes available.

Among these possibilities is replacing the individual mandate with a system that permits consumers to buy insurance with no limits on preexisting conditions, but only when they first start a job or first become eligible to buy coverage. Those who fail to purchase at these points would be able to obtain coverage later on, but they would not be covered for any pre-existing condition for two years. Alternatively, it has been suggested that higher premiums to those who wait to enroll, much as Medicare does today. A third suggestion is to create a very limited “open season” each year during which people could enroll. If they failed to sign up in that narrow window, they would have no coverage until the next enrollment period.⁴⁵

Yet even if these substitutes do not raise constitutional issues, that does not mean that they are politically feasible. In the 2010 congressional elections, the Republicans gained control of the House of Representatives and reduced considerably the Democratic majority in the Senate. Republican candidates ran in opposition to President Obama’s health care plan, with many pledging to seek its repeal. Although repeal is impossible, given Democratic control of the Senate and the presidency, Republicans will not support new legislation designed to effectuate the Democratic health care plan. Indeed, they can be expected to use their control over appropriations to

45. Several alternatives are identified in Howard Gleckman, “Are There Alternatives to the Individual Mandate in the Health Reform Law?” at: http://taxvox.taxpolicycenter.org/2011/01/18/are-there-alternatives-to-the-individual-mandate-in-the-health-reform-law/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+taxpolicycenter%2Fblogfeed+%28TaxVox%3A+the+Tax+Policy+Center+blog%29&utm_content=Google+Reader. This article also identifies sources where alternatives to the individual mandate are discussed at length.

undermine the program by starving implementation efforts. Indeed, one can expect such efforts to undermine the program regardless of how the Supreme Court rules. And should the Supreme Court strike down the individual mandate and rule that it is not severable, the Republicans will certainly not support reenactment of a slightly modified PPACA.

It is important to recognize that this Republican opposition rests not on federalism concerns but on disagreements with expanded governmental involvement in the health care field, sometimes denounced as “socialism.” In addition, opponents of Obamacare share a concern about how the individual mandate affects individual liberty. If the federal government can tell citizens that they must spend their money on health insurance, it is argued, then the government can in principle tell them how they shall spend the rest of their money as well. Thus, while constitutional objections in the United States may be framed in terms of federalism, principled political support for federalism is no longer a feature of American policies –if it ever was. There is a principled concern about the threat posed by concentrated political power, but the solution is sought in reducing the size and reach of government, not in dividing political power between federal and state governments.

ABSTRACT

President Barack Obama proposed a major overhaul of the American health system, and in 2010 the U.S. Congress enacted his proposal, the Patient Protection and Affordable Care Act. Opponents of the Act challenged its constitutionality in federal court, claiming that it exceeds the powers granted to the federal government under the Commerce Clause and the Necessary Proper Clause of the federal Constitution. Some courts have upheld the law, but others have agreed with the critics, in particular ruling that the provision requiring citizens to buy health insurance is unconstitutional. Eventually the U.S. Supreme Court will rule on the issue. This article traces the controversy, surveys the interpretation of pertinent constitutional provisions in past cases, analyzes the constitutional arguments presented by proponents and opponents of the Act, and concludes that the Act is constitutional.

Key words: Health care; commerce clause; U.S. Constitution; judicial review; individual mandate.

RESUM

L'any 2010 el Congrés dels EUA va promulgar la Llei de protecció del pacient i d'assistència sanitària assequible, d'acord amb la proposta presentada pel president Barack Obama per tal de revisar, a gran escala, el sistema de salut americà. Els contraris a la Llei n'han qüestionat la constitucionalitat davant el Tribunal Federal al·legant que excedeix les competències que la Clàusula de comerç i la Clàusula necessària i justa de la Constitució federal atorguen al Govern federal. Alguns tribunals han defensat la Llei, però d'altres han donat suport a les opinions dels crítics i han determinat que la disposició que exigeix que els ciutadans han de subscriure una assegurança mèdica és inconstitucional. Per tant, en última instància, serà el Tribunal Suprem dels EUA qui decidirà sobre el tema. Aquest article fa un seguiment de la controvèrsia, examina la interpretació de les disposicions constitucionals pertinents en casos anteriors, analitza els arguments constitucionals que presenten defensors i detractors de la Llei, i conclou considerant que aquesta és constitucional.

Paraules clau: assistència sanitària; clàusula de comerç; Constitució dels EUA; revisió judicial; mandat individual.

RESUMEN

En el año 2010 el Congreso de los EE.UU. promulgó la Ley de protección del paciente y de asistencia sanitaria asequible, de acuerdo con la propuesta presentada por el presidente Barack Obama a fin de revisar, a gran escala, el sistema de salud americano. Los contrarios a la Ley cuestionaron su constitucionalidad ante el Tribunal federal alegando que excedía las competencias que la Cláusula de comercio y la Cláusula necesaria y justa de la Constitución federal otorgan al Gobierno federal. Algunos tribunales han defendido la Ley, pero otros han apoyado las opiniones de los críticos y han determinado que la disposición que exige que los ciudadanos han de suscribir un seguro médico es anticonstitucional. Por lo tanto, en última instancia, será el Tribunal Supremo de los EE.UU. quien decidirá sobre el asunto. Este artículo hace un seguimiento de la controversia, examina la interpretación de las disposiciones constitucionales pertinentes en casos anteriores, analiza los argumentos constitucionales presentados por defensores y detractores de la Ley, y concluye considerando que ésta es constitucional.

Palabras clave: asistencia sanitaria; cláusula de comercio; Constitución de los EE.UU.; revisión judicial; mandato individual.

HOW “EUROPEAN” IS THE ITALIAN REGIONAL STATE NOW? A STUDY ON THE EUROPEANIZATION OF THE ITALIAN REGIONAL SYSTEM

Giuseppe Martinico

García Pelayo Fellow, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid

SUMMARY: 1. Overview of the research. – 2. The substantive principles concerning the relationship between State and Regions. 2.1. The principle of competence. 2.2. The substitutive powers and *cedevolezza*. 2.3. The principle of subsidiarity. – 3. Final remarks. – *Abstract-Resum-Resumen*.

1. Overview of the research

To what extent do Italian courts adapt the national legal instruments (principles, rules, techniques, legal concepts) regarding state structure to the requirements of EU law? This paper aims to give an answer to this question by providing an overview of the most emblematic cases of “re-adaptations” operated by the Italian courts in order to ensure the respect of the structural principles of EU law.

This contribution is structured as follows: first, I will explain the reasons why research like this is “difficult”, while secondly I will move to the analysis of some legal instruments (principle of competence, substitutive power, “*cedevolezza*”). Some final remarks will be presented at the end of the paper. Generally speaking, my main idea is that EU law has had a certain impact on the relationship between State and Regions in Italy, especially looking at the seasons of the principle of competence, that has been conceived more and more as referring to the idea of “legislative preference” rather than as to the existence of a “legislative reserved domain”.¹

Article received 05/09/2011; approved 17/10/2011.

1. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 2000, 93 ff.

A preliminary caveat should be made before proceeding with the analysis of the instruments and techniques reinvented by the Italian Courts for favouring the respect of the principles of EU law. One should keep in mind the strongly dogmatic nature of the Italian legal system: while the ECJ has been inspired by a strong pragmatism, which gave its case law a certain flexibility, the Italian Constitutional Court is the guardian of a set of principles imbued with the dogmatic flavour of its legal tradition, very refined from a theoretical point of view but also resistant to being reshaped. Bearing this in mind, one can appreciate the efforts made by both courts in their attempt to carry out a sort of convergence, renouncing, at least partly, their original positions (dualism as for the Italian Constitutional Court and monism for the ECJ).

This premise makes clear the focus of the paper. Given the unitary system of courts existing in Italy, and given the particular role of arbiter of conflicts between State and Regions that has to be attributed to the Italian Constitutional Court, I am going to focus on its case law when developing my reasoning in these pages. Obviously, this does not mean that "common" courts (i.e. ordinary and administrative courts) have not readapted legal concepts under pressure from EU law, an example is given by the administrative courts, as pointed out by the domestic literature.²

Research like this presents itself as very problematic for at least two reasons: the well known principle of "territorial blindness" of the EU, and the less studied "procedural impermeability" that characterizes the case law of the Italian Constitutional Court.

Territorial blindness refers to the fact that, traditionally, from a "formalistic" point of view, the Regions have been neglected in the EU law context. To express such a situation, German constitu-

2. F. Cortese, "ECJ and Administrative Courts in EU Member States: Towards a Common Judicial Reasoning?" in F. Fontanelli, G. Martinico and P. Carozza (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen: Europa Law Publishing, 2010, pp. 257-271; M. Gnes, "Giudice amministrativo e diritto comunitario" 1999 *Riv. trim. dir. pubbl.*, 331 ff; N. Pignatelli, "L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo", *Giur. cost.*, 2008, 3635 ff.

tional lawyers use the formula “*Landesblindheit*”³ (legal blindness towards the territorial subnational entities or simply territorial blindness). This was confirmed in the Treaties (specifically in the former Article 10 ECT), where it can be seen that the subjects of the Community legal order are the states, as holders of the duty to collaborate with each other, which is instrumental for guaranteeing the effectiveness of the supranational law. It could well be argued that this “regional neglect” constitutes just one “element” of the democratic deficit of the EU.

Starting from a “broad” concept of the democratic gap⁴ (i.e. focused not only on the question of the EU Parliament’s powers) we can in fact conceive the absence of a strong legal *status* for the Regions as one of the most important “constitutional wounds” of the EU, even after the coming into force of the Lisbon Treaty. There are a number of reasons for that: the internationalist origin of the European enterprise, the heterogeneity, in terms of composition, of the Committee of Regions, and the lack of specific remedies for them in order to challenge possible violations of their prerogative.

Despite their unclear status under EU law, Regions play a fundamental role in the implementation of the multilevel policies as the example of the cohesion policies demonstrate.

Procedural impermeability refers to the general reluctance of the Italian Constitutional Court to be involved in interpretative questions that, directly or indirectly, may have to do with EU law.

3. H.P. Ipsen, “Als Bundesstaat in der Gemeinschaft”, E. von Caemmerer-H.J. Schlochauer-E. Steindorff (eds.), *Probleme des europäischen Rechts: Festschrift für Walter Hallstein*, 1966, Bonn, 248.

4. R. Bellamy, “Still in Deficit: Rights, Regulation and Democracy in the EU”, *European Law Journal*, 2006, pp. 725-742; B. Crum, “Tailoring Representative Democracy to the European Union: Does the European Constitution Reduce the Democratic Deficit?”, *European Law Journal*, 2005, pp. 452-467; A. Follesdal- S. Hix, “Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik”, *Journal of Common Market Studies*, 2006, pp. 533-562; G. Majone, “Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Questions of Standards”, *European Law Journal*, 1998, pp. 5-28; A. Moravcsik, “In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 603-24; J.H.H. Weiler, “Bread and Circus: The State of European Union”, *Columbia Journal of European Law*, 1998, pp. 223-24.

The origin of this doctrine can be traced back to the post-*Granital*⁵ scenario, when the Italian Constitutional Court decided to entrust the common judges with the role of natural guardians of the *Simmenthal* doctrine,⁶ closing this way the doors (at least in principle)⁷ of the constitutional proceedings to the potential conflicts between national law and EU law, since it conceives such potential conflicts as questions of legality and not questions of constitutionality.

2. The substantive principles concerning the relationship between State and Regions

2.1. The principle of competence

According to the principle of conferral of competences,⁸ the State and the Regions can only act within the limits of the competences conferred on them by the Constitution to attain the objectives set out in the fundamental charter. In Italian constitutional law, there are three typologies of competences.⁹ The first are competences exclusive to the State, which are listed in Article 117, paragraph 2, of the Constitution. The second are shared (or concurring) competences where State and Regions co-legislate, a “portion” of the matter being acknowledged to each. It is up to the State to give the fundamental principles of the legislative regime by means of legislation known as “framework law” (c.d. “legge-quadro”), and it is up to the Region to

5. Corte Costituzionale, sentenza n. 170/1984. *Granital*: 1984 CMLRev 756. About this see: M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milan 1995.

6. ECJ Case C-106/77 *Simmenthal* [1977] ECR I-62.

7. For this concept and for the exceptions to this scheme see: F.Fontanelli-G.Martinico, “Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness: The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice”, *European Law Journal*. 2010, pp. 346-364.

8. On the principle of competence in the Italian legal system, see: G. Zanobini, “Gerarchia e parità tra le fonti”, in *Studi in onore di S. Romano*, vol. I, Padua, 1939, p. 303; V.Crisafulli, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1960, 775 ff; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L’ordinamentocostituzionale italiano (le fonti normative)*, Padua, 1993, 234 ff; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padua, 2003; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 2000, 93 ff

9. A. D’Atena, “Materie legislative e tipologia delle competenze”, *Quaderni Costituzionali*, 2003, pp. 15-24.

fill in (“complete”) the framework by giving the detailed provisions, which should be consistent with the fundamental principles laid down by the State act. As is evident, this model of “shared competence” differs from the German pattern of *konkurrierende Gesetzgebung*.¹⁰ In Germany, when the State and its *Länder* share a competence, the *Land* “shall have power to legislate so long as and to the extent that the Federation has not exercised its legislative power by enacting a law” (Art. 72 Const, *Grundgesetz*). According to the Italian model, instead, the activities of the two actors are conceived of as “complementary”. Thirdly, still according to Article 117 of the Constitution,¹¹

10. On this distinction, see A. Anzon, “La delimitazione delle competenze dell’Unione Europea”, http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/competenze_ue/index.html.

11. Art. 117 provides:

“Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations.

The State has exclusive legislative powers in the following matters:

(a) foreign policy and international relations of the State; relations between the State and the European Union; right of asylum and legal status of non-EU citizens;

(b) immigration;

(c) relations between the Republic and religious denominations;

(d) defence and armed forces; State security; armaments, ammunition and explosives;

(e) the currency, savings protection and financial markets; competition protection; foreign exchange system; state taxation and accounting systems; equalisation of financial resources;

(f) state bodies and relevant electoral laws; state referenda; elections to the European Parliament;

(g) legal and administrative organisation of the State and of national public agencies;

(h) public order and security, with the exception of local administrative police;

(i) citizenship, civil status and register offices;

(l) jurisdiction and procedural law; civil and criminal law; administrative judicial system;

(m) determination of the basic level of benefits relating to civil and social entitlements to be guaranteed throughout the national territory;

(n) general provisions on education;

(o) social security;

(p) electoral legislation, governing bodies and fundamental functions of the municipalities, provinces and metropolitan cities;

(q) customs, protection of national borders and international prophylaxis;

(r) weights and measures; standard time; statistical and computerised coordination of data of state, regional and local administrations; works of the intellect;

(s) protection of the environment, the ecosystem and cultural heritage.

Concurring legislation applies to the following subject matters: international and EU relations of the Regions; foreign trade; job protection and safety; education, subject to the autonomy of educational institutions and with the exception of vocational education and training; professions; scientific and technological research and innovation support for productive sectors; health protection; nutrition; sports; disaster relief; land-use planning;

the Regions have legislative powers in all subject matters that are not expressly covered by State legislation (i.e., not included in the list of express powers laid down in the same Article 117), and these competences should be understood as "exclusive" to the Regions. Following the constitutional reform of 2001, the Regions have been invested with a great amount of competence. At least, so it seems on paper looking at the Constitution. The transformation of the Regions into "residual legislators" represents the most important novelty in the constitutional reform of 2001, which has (potentially) contributed to a sort of Copernican revolution. However when looking at the real situation, both some judgments of the Italian Constitutional Court and the presence of "transversal matters" (matters that are not real matters¹² but rather clauses allowing the State to intervene in differ-

civil ports and airports; large transport and navigation networks; communications; national production, transport and distribution of energy; complementary and supplementary social security; harmonisation of public accounts and co-ordination of public finance and taxation system; enhancement of cultural and environmental properties, including the promotion and organisation of cultural activities; savings banks, rural banks, regional credit institutions; regional land and agricultural credit institutions. In the subject matters covered by concurring legislation legislative powers are vested in the Regions, except for the determination of the fundamental principles, which are laid down in State legislation. The Regions have legislative powers in all subject matters that are not expressly covered by State legislation.

The Regions and the autonomous provinces of Trent and Bolzano take part in preparatory decision-making process of EU legislative acts in the areas that fall within their responsibilities. They are also responsible for the implementation of international agreements and EU measures, subject to the rules set out in State law which regulate the exercise of subsidiary powers by the State in the case of non-performance by the Regions and autonomous provinces.

Regulatory powers shall be vested in the State with respect to the subject matters of exclusive legislation, subject to any delegations of such powers to the Regions. Regulatory powers shall be vested in the Regions in all other subject matters. Municipalities, provinces and metropolitan cities have regulatory powers as to the organisation and implementation of the functions attributed to them. Regional laws shall remove any hindrances to the full equality of men and women in social, cultural and economic life and promote equal access to elected offices for men and women.

Agreements between a Region and other Regions that aim at improving the performance of regional functions and that may also envisage the establishment of joint bodies shall be ratified by regional law.

In the areas falling within their responsibilities, Regions may enter into agreements with foreign States and local authorities of other States in the cases and according to the forms laid down by State legislation".

12. F. Benelli, *La "smaterializzazione delle materie". Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milan, 2007; F. Benelli, "L'Ambiente tra 'smaterializzazione' della materia e sussidiarietà legislativa", www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content...; R. Bin, "Materie e interessi: tecniche di individuazione

ent ambitions, for example, the so-called legislation on the “*determination of the basic level of benefits relating to civil and social entitlements to be guaranteed throughout the national territory*”, which can evidently serve as a Trojan horse for the centralization of competences) a very different picture seems to emerge.

Having recalled the different types of competences, looking at the history of the Italian Regions in relation to Europe one can immediately realize how European commitments have reshaped the original distribution of competences.¹³ Many instances of this can be found in the case law of the Constitutional Court as we will see in the next sections of this paper. The engine of this process has been the territorial blindness mentioned above. Since the State is the only entity responsible in case of non-compliance with the requirements of EU law, in many cases the European Court of Justice¹⁴ has been shown not to care about the domestic separation of competences when dealing with cases of non-compliance. This in turn has pushed the Italian actors to force the original distribution of competences in order to avoid sanctions stemming from belonging to the EU.¹⁵

delle competenze dopo la riforma del Titolo V”, paper presented at the workshop organized by the IDAIC – Siena, 25-26 November 2005, 5; P. Carrozza, “Le ‘materie’: uso delle tecniche di enumerazione materiale delle competenze e modelli di riferimento del ‘regionalismo di esecuzione’ previsto dal nuovo Titolo V della Costituzione”, in G.F. Ferrari and G. Parodi (eds.), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Cedam, Padua, 2003, pp. 69-124.

13. T. Groppi, “L’incidenza del diritto comunitario sui rapporti Stato-regioni in Italia dopo la riforma del Titolo V”, http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/grop.htm; M.P. Chiti, “Regioni e integrazione europea”, in *Reg. gov. loc.*, 1994, 547 ff.; A.D’Atena, “Il doppio intreccio federale: le regioni nell’Unione europea”, *Le Regioni*, 1998, 1401 ff. Recently P. Zuddas, *L’influenza del diritto dell’Unione europea sul riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni*, Padua, Cedam, 2010.

14. See cases 169/82, *Commission v Italy* [1984] ECR 1603 ff. and 168/85, *Commission v Italy* [1986] ECR 2945. On this, see Groppi, “L’incidenza”; G. Guzzetta, *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milan, 1994, 171 ff.; M. Cartabia and V. Onida, “Le regioni e la Comunità europea”, in M.P. Chiti and G. Greco (eds.), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 1997, 605 ff.

15. “Regions’ activities – or lack of activities – in their areas of competence have sometimes left Italy temporarily out of compliance with EU rules. This is a problem for the national government, as it cannot then plead the existence of provisions, practices or circumstances in its internal legal system in order to justify a failure to comply with EU obligations and time limits (Case C-33/90, Case C-388/01). Indeed, infringement procedures against Italy have been initiated several times over the last decade in fields of regional or concurrent competence; that is, in policy areas where the fulfilment of European obligations requires legislative or administrative acts by the regions. This has been particularly troublesome in envi-

Just to be clear, the Italian Constitutional Court, as we will see, has been always open to the reshaping of the list of competences listed in the different versions of Article 117. We could say that the European mandate has only increased such a predisposition, giving another reason to the Italian Constitutional Court to centralize competences in favour of the State.¹⁶

When looking at the role of the Regions in the implementation phase, one should distinguish between administrative and legislative activities. As for the administrative side of the implementation, it has been acknowledged that Regions have the power to implement (here implementation should be distinguished from transposition, of course) regulations (Art. 6 D.P.R. no. 616/1977). There is recognition of a general function of address and coordination for the administrative functions performed by the Regions¹⁷ which can be exercised when the requirements of EU law involve the necessity of unitary interest over the whole of the national territory (Art. 9, law no. 86/1989).¹⁸

ronmental matters (e.g., cases C-225/96, C-87/02C-466/99, C-248/02, C-139/04), but has also affected trade fairs, markets and exhibitions (Case C-439/99). The Eur-infra database (<http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>), concerning pending cases at the European Court of Justice, supports this conclusion. Indeed, in at least six cases out of 40 concerning environmental policies, non-compliance was provoked by regional activity. Conflicts between regioni and stato on environmental issues often end up before the Corte Costituzionale. In order to prevent non-compliance with EU obligations, the stato has been vested with the power to execute by substitution in lieu of the regione (Articles 117.5 and 120 Const., Law No. 11/2005). In some cases, the stato is even given the authority to act in a preventive way (for instance, under the Constitutional Court's guidelines (Judgment No. 272/2005), the stato could legitimately adopt an urgency instrument in order to implement EU obligations (such as the milk quota), without involving the Conferenza Stato-Regioni. National acts aimed at avoiding non-compliance are temporary measures, and can be substituted for by properly adopted regional acts" P. Bilancia-F. Palermo-O. Porchia, "The European Fitness of Italian Regions", *Perspectives on Federalism*, Vol. 2, issue 2, 2010, E-122-174, E-167, http://www.on-federalism.eu/attachments/063_download.pdf.

16. Groppi, "L'incidenza".

17. On this function see: L. Paladin, "Sulle funzioni statali di indirizzo e di coordinamento nelle materie di competenza regionale", in *Giur. Cost.*, 1971, I, 189 ff.; F. Bassanini, "Indirizzo e coordinamento delle attività regionali", in D. Serrani (ed.), *La via italiana alle regioni*, Giuffè, Milano, 1972, 43 ff.; L. Carlassare, "I problemi dell'indirizzo e coordinamento: le soluzioni giurisprudenziali", *Le Regioni*, 1985, 29 ff.; G. Falcon, "Spunti per una nozione della funzione di indirizzo e coordinamento come vincolo di scopo", *Le Regioni*, 1989, 1184 ff.

18. Law 86/89 ("Legge La Pergola") set up a complex mechanism aimed at ensuring the implementation of EU law and introduced an annual Community law ("legge comunitaria"). "Legge La Pergola" has been replaced by law n. 11/2005 ("Legge Buttiglione").

As for the legislative implementation, the issue is much more complicated. Originally the State responsibility in cases of non-compliance (D.P.R. no. 4/1972) convinced it to centralize the competences on State organs, with the consequent alteration of the regional competences. Later (Art. 6 D.P.R. no. 616/1977) the Regions were granted the power to implement EC directives with regional law, but before doing so they had to wait for a State law for the reception of such directives, including the fundamental principles of the matter plus some derogable provisions. We will see this point in the next section when dealing with the issue of *cedevolezza* and the more recent evolutions of the Italian legislation which acknowledge the possibility that the Regions could implement EC directives directly, although with more than one caveat.

How did the Italian Constitutional Court react to this shift of competences that occurred in name of EC law commitments? First, the Italian Constitutional Court seemed to admit the possibility that EC law requirements could *de facto* lead to a particular form of shift in the original distribution of competences in the name of the State responsibility for compliance with EC law requirements.¹⁹ In *sentenza* no. 224/1994²⁰ the Italian Constitutional Court pointed out how the regional competences are subject to limits introduced by EC law, saying that sometimes EC law can render the conditions and prerequisites of the regional competence inoperative. In *sentenza* no. 399/87²¹ the Italian Constitutional Court said that Community bodies are not required to respect domestic law fully, even that concerning the distribution of competences between State and Regions (at the same time the Italian Constitutional Court stressed the necessity to respect fundamental principles of the Italian constitutional system- the so-called "counter-limits").²² In that case, within the frame of the Integrated

19. See *sentenza* no. 382/1993 and *sentenza* no. 632/1988. Groppi, "L'incidenza"; P. Caretti and G. Strozzi, "Luci ed ombre nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia di adempimento agli obblighi comunitari", in *Le regioni*, 1988, 196 ff. For a *prima facie* opposite conclusion, see *sentenza* no. 124/1990.

20. Corte Costituzionale, *sentenza* no. 224/1994, www.cortecostituzionale.it.

21. Corte Costituzionale, *sentenza* no. 399/87, www.cortecostituzionale.it.

22. On the counter-limits doctrine, see M. Cartabia, "The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Union", in A. Slaughter, A. Stone Sweet and J. H. H. Weiler (eds), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1997, pp. 133-146; P. Ruggeri Laderchi, "Report on Italy", *ibid.*, pp. 147-170. The formula "controlimiti" was used for the first time by P.

Mediterranean Programmes, EC legislation has given the Regions functions that differ in part from those included in the catalogue of competences in the national Constitution.

The leading case in this matter is *sentenza* no. 126/1996,²³ where the Italian Constitutional Court pointed out how the implementation of EC norms in the Member States has to take into account their structure (centralized, decentralized, federal). However, in the name of the principle of State responsibility for the implementation of EC law, the Italian Constitutional Court distinguished between a competence of first instance accorded to the Regions in the ambits of their competence and a competence of second instance accorded to the State. Such a competence of second instance permits the intervention of the State but may not create seizure of the competences, rather it justifies supplementary substitutive interventions aimed at defending the State itself from the risk of non-compliance due to regional omissions or actions.²⁴ This scheme explains why it is also recognized that the State might challenge the constitutionality of regional laws that contrast with EC law obligations, this being an exception to the general rule of procedural impermeability (see *infra*).

Barile, "Ancora su diritto comunitario e diritto interno", in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, 49 and ff.

23. Corte Costituzionale, *sentenza* no. 126/1996, www.cortecostituzionale.it.

24. "L'attuazione negli Stati membri delle norme comunitarie deve tenere conto della struttura (accentrata, decentrata, federale) di ciascuno di essi, cosicché l'Italia è abilitata, oltre che tenuta dal suo stesso diritto costituzionale, a rispettare il suo fondamentale impianto regionale. Pertanto, ove l'attuazione o l'esecuzione di una norma comunitaria metta in questione una competenza legislativa o amministrativa spettante a un soggetto titolare di autonomia costituzionale, non si può dubitare che...normalmente ad esso spetti agire in attuazione o in esecuzione, naturalmente nell'ambito dei consueti rapporti con lo Stato e dei limiti costituzionalmente previsti nelle diverse materie di competenza regionale..Tuttavia, poiché dell'attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento interno, di fronte alla Comunità europea, è responsabile integralmente e unitariamente lo Stato..., a questo – ferma restando, secondo quanto appena detto, la competenza in 'prima istanza' delle regioni e delle province autonome – spetta una competenza, dal punto di vista logico, di 'seconda istanza', volta a consentire a esso di non trovarsi impotente di fronte a violazioni del diritto comunitario determinate da attività positive o omissive dei soggetti dotati di autonomia costituzionale. Gli strumenti consistono non in avocazioni di competenze a favore dello Stato, ma in interventi repressivi o sostitutivi e suppletivi – questi ultimi anche preventivi, ma cedevoli di fronte all'attivazione dei poteri regionali e provinciali normalmente competenti – rispetto a violazioni o carenze nell'attuazione o nell'esecuzione delle norme comunitarie da parte delle regioni" (*sentenza* no. 126/1996). On this, see Groppi, "L'incidenza cit."

Sentenza no. 126/1996 represented the outcome of a long jurisprudential journey, whereby the Italian Court specified, once again, the possibility of an alteration of the normal distribution of competences in the name of unitary reasons connected with the compliance with EC/EU requirements (see, *ex plurimis*, *sentenza* no. 382/1993 and no. 389/1995).²⁵ At the same time it showed how these alterations should be conceived as the exception and not as the rule, trying to “normalize” the otherwise devastating impact of EC law on the national system. In order to balance the constitutional supremacy (the respect of the constitutional distribution of competences) and the primacy of EC law, the Italian system has been forced to adopt or to invent cooperative instruments that can push State and Regions towards specific agreements in this regard. On the other hand, it has forced the Italian Constitutional Court to declare the unconstitutionality of some State laws adopted without respecting these cooperative procedures:²⁶

“The process of European integration has generally affected the traditionally uncooperative relationship between stato and regioni in a positive way. However, a relatively high number of conflicts remain, especially when compared to other European countries. The main conflict-prevention mechanism is the Conferenza stato-regioni, which brings national and regional governments together to draft general policy guidelines or for specific purposes (by means of specialized sub-conferences on varying subjects). The most relevant conflict-resolution mechanism in the case of tension between the central government and the regioni is still provided by the Corte Costituzionale; many cases heard here indeed regard EU affairs. Overall, the court has safeguarded regional prerogatives against stato interference, in part by ruling that it is unconstitutional for the stato to use its coordination role in EU affairs to take competences away from the regioni (Judgment No. 203/2003), at least without the regioni’s consent (Judgment No. 68/2008)”.²⁷

25. Both available at www.cortecostituzionale.it.

26. *Sentenza* no. 203/2003 and *sentenza* no. 68/2008, both available at www.cortecostituzionale.it.

27. P. Bilancia - F. Palermo - O. Porchia, “The European fitness cit”, E-166.

2.2. The substitutive powers and *cedevolezza*

Italy has a long tradition of municipal history. The origins of Italian municipalities can be traced back to the Middle Ages (although, of course those "*comuni*" cannot be compared in terms of functions and role to the current municipalities), as a symptom of urban revolt against the feudal system.²⁸ More recently, further evidence of the long municipal tradition in Italy is that the National Association of Italian Municipalities was set up as early as 1901. Of course the history of Italian municipalities encountered different phases, for instance, their autonomy was largely affected by the fascist centralism, when the National Association of Italian Municipalities was dissolved. In 1946 it was reconstituted and today municipalities represent the basic administrative division in Italy, as provided by Article 118 of the Constitution.

Why am I insisting on Italian *comuni* if this piece is supposed to focus on Regions? Because some of the instruments used in the Italian constitutional system in order to coordinate the unitary principle expressed in Article 5 of the Constitution with regional autonomy find their origin in the legislation concerning municipal autonomy. The best example of this is the substitutive power (or replacement power, sometimes also called subsidiary power, *potere sostitutivo*). Until 2001 there was no express mention in the Italian Constitution of EC/EU law obligations and, as is well known, the Italian Constitutional Court used Article 11 of the Constitution in order to find a constitutional basis for explaining the primacy of European law.²⁹

In 2001 a new express mention of EU law obligations was codified in Article 117 of the Constitution, providing: "Legislative power belongs to the State and the regions in accordance with the Constitution and within the limits set by European Union law and international obligations". Soon after the reform, the interpretation of this provision created a division among scholars.³⁰ According to some, Article 117, paragraph 1, would simply codify the pre-existing situation:

28. See, for instance, M. Ascheri, *La città-Stato*, Il Mulino, 2008.

29. M. Cartabia, "The Italian Constitutional Court and cit".

30. For an overview, see R. Chieppa, "Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2007, 493-511, 499 ff; A. Ruggeri, "Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi", 2007, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/ruggeri.html>.

it would grant a sort of *a posteriori* assent to European primacy³¹ as it was developed by the ECJ and accepted across the European Community. Other scholars, on the other hand, emphasized the importance of the constitutional *status* given to European primacy, and asserted that Article 117 paved the way for the acceptance of the Italian monist thesis.³² However, looking at the wording of Article 117 one can immediately realize how the limitations imposed by EU law obligations apply to both the regional and state legislators, in light of the new distribution of competences carried out by the constitutional reform of 2001.³³

This express reference to EU law obligations explains the rationale of the substitutive power, which was expressly codified in the Constitution in 2001:

"...The Government can act for bodies of the regions, metropolitan cities, provinces and municipalities if the latter fail to comply with international rules and treaties or EU legislation, or in the case of grave danger for public safety and security, or whenever such action is necessary to preserve legal or economic unity and in particular to guarantee the basic level of benefits relating to civil and social entitlements, regardless of the geographic borders of local authorities. The law shall lay down the procedures to ensure that subsidiary powers are exercised in compliance with the principles of subsidiarity and loyal cooperation"³⁴

On closer examination, it is possible to find another express reference to the notion of substitutive power in Article 117, par. 5 of the Italian Constitution:

31. C. Pinelli, "I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario", in *Foro italiano*, V, 2001, 194 ff.

32. F. Paterniti, "La riforma dell'art. 117, 1° co. della Costituzione e le nuove prospettive dei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea", in *Giur. Cost.*, no. 2/2004, 2101 ff; A. Pajno, "Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione", in *Le Istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 814-842.

33. For a brief overview of Italian regionalism in English, see: M. Keating- A. Wilson, "Federalism and Decentralisation in Italy", http://www.psa.ac.uk/journals/pdf/5/2010/930_598.pdf.

34. Article 120.

"The Regions and the autonomous provinces of Trent and Bolzano take part in preparatory decision-making process of EU legislative acts in the areas that fall within their responsibilities. They are also responsible for the implementation of international agreements and EU measures, subject to the rules set out in State law which regulate the exercise of **subsidiary powers by the State in the case of non-performance by the Regions and autonomous provinces**".

There has been a huge debate in Italy about the relationship between these two forms of subsidiary powers. They are both forms of substitutive powers, according to scholars, but it is not clear how these two provisions should be coordinated. According to some authors, Article 120 of the Constitution would provide the *genus* of substitutive powers existing in the constitutional system, while Article 117 would refer to one *species* of the *genus*; it would be a mere specification of Article 120. According to other scholars,³⁵ instead, Article 120 would refer to a form of administrative substitution (this would explain why the provision refers to the government), while Article 117 –devoted to the redistribution of legislative competences– would refer to a form of legislative substitution (and this would explain why it mentions the State rather than the government).

As noted above, this is the first constitutionalization of such an instrument, although traces of this power can be found in the legislative regime regarding the municipalities (namely Art. 193 *Testo Unico* 1898; Art. 169 and 174 *Testo Unico* 1889; Art. 210 *Testo Unico* 1908; Art. 216 *Testo Unico* 1915)³⁶ and confirms how such a power can be traced back to the instruments of control over the activity of municipalities.³⁷

35. For an overview of the debate, see: C. Mainardis, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Giuffrè, Milan, 2007; C. Mainardis, "I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre", *Le Regioni*, 2001, 1369 ff.; E.C. Raffiotta, *Gli interventi sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, PhD thesis, University of Bologna, 2008, available at <http://amsdottorato.cib.unibo.it/748/>, 66 ff. L. Buffoni, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2007.

36. See Raffiotta, *Gli interventi sostitutivi*, 13 ff.

37. On the relationship between the activity of control and the substitutive power, see: F.G. Scoca, "Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo", in AA.VV. *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione loca-*

Looking at the Republican era, which started with the coming into force of the new Italian Constitution (1948), another codification of the substitutive power –with express regard to the Italian Regions– can be found in some provisions included in the fundamental charters (“*Statuti*”) of the Special Regions³⁸ and by the measures of implementation of such special statutes (see Art. 50 of the *Statuto* of Sardinia and Art. 33 D.P.R. no. 480/1975 concerning Sardinia and Art. 39 of law no. 196/1978; Art. 2, p. 3, D.P.R. no. 182/1982). Just to be clear, all these provisions provide forms of “administrative” substitutive powers or forms of substitution that can be traced back to the relationship between administrations. This is evident especially in view of their municipal origin, while the form of substitutive power governed by Articles 117 and 120 of the Italian Constitution seems to refer to forms of “legislative” substitutive interventions as well but recently the Italian Constitutional Court expressed a different orientation making the picture more complicated.³⁹ This is confirmed by Article 8 of law no.

le, Giuffrè, Milan, 1982, 17 ff; A. de Michele, “Il potere sostitutivo dello Stato e delle Regioni nel Titolo V, Parte II, della Costituzione, nella legislazione attuativa e nella giurisprudenza”, PhD thesis, University of Bologna, 2007, <http://amsdottorato.cib.unibo.it/122/>.

38. In Italy there are two “kinds” of Regions. Fifteen ordinary Regions and five special Regions are listed in Art. 116 of the Constitution: “Friuli-Venezia Giulia, Sardinia, Sicily, Trentino-Alto Adige/Südtirol and Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste have special forms and conditions of autonomy pursuant to the special statutes adopted by constitutional law. The Trentino-Alto Adige/Südtirol Region is composed of the autonomous provinces of Trent and Bolzano.

Additional special forms and conditions of autonomy, related to the areas specified in art. 117, paragraph three and paragraph two, letter l) - limited to the organisational requirements of the Justice of the Peace - and letters n) and s), may be attributed to other Regions by State Law, upon the initiative of the Region concerned, after consultation with the local authorities, in compliance with the principles set forth in art. 119. Said Law is approved by both Houses of Parliament with the absolute majority of their members, on the basis of an agreement between the State and the Region concerned”. Currently in Italy there is a debate about the real “specialty” of these five Regions after the new powers given to the ordinary regions by the constitutional reform of 2001 which gave ordinary regions “exclusive legislative power with respect to any matters not expressly reserved to state law”. Important differences between ordinary and special Regions are given by the nature of their fundamental charter (*Statuto*)- because ordinary Regions have fundamental charters approved by their Regional Councils- and by the issue of the financial autonomy, issue connected to the current reform in the field of fiscal federalism. On the Italian reform concerning fiscal federalism, in English, see F. Scuto, “The Italian Parliament Paves the Way to Fiscal Federalism”, *Perspectives on Federalism*, Vol. 2, issue 1, 2010, E-67-88.

39. *Contra*, recently, the Italian Constitutional Court: *sentenza* 361/2010, www.cortecostituzionale.it

131/2003⁴⁰ (the *legge La Loggia*) which implemented Article 120 by specifying the conditions and the procedure to be followed in case of exercise of the substitutive power.⁴¹

As for the procedure to be followed, both laws provide similar procedures.⁴² The president of the Council of Ministers or the Minister for Community Policy gives a term to comply, and can also ask for the submission of the question to the permanent Conference on relations between the State, the Regions and the Autonomous Provinces of Trento and Bolzano/Bozen in order to arrange the necessary initiatives to be taken. In case of inertia of the interested territorial actors, the president of the Council of Ministers or the Minister for the Community Policies may propose to the Council of Ministers the initiatives to be taken for the exercise of the substitutive power (Art. 10, par. 3, law no. 11/2005; similarly Art. 8 of law no. 131/2003).

Returning to the substantive dimension of the substitutive power, it should be said that, even in the pre-2001 legal scenario –and despite the absence of a constitutional basis– there was room for forms of legislative substitution in spite of the wording of Article 11 of law no. 86/89 which expressly provided the substitutive power of the government in case of the *administrative* inactivity of Regions and Autonomous Provinces (Bolzano/Bozen and Trento). This original provision should be read together with the original wording of Article 6

40. On this, see G. Scaccia, “Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note”, available at www.associazionedeicostituzionalisti.it.

41. As for the subsidiary intervention mentioned by Art. 117, the implementing measure is represented by law no. 11/2005 (*legge Buttiglione*), available at <http://www.camera.it/parlam/leggi/050111.htm>.

42. Art. 10, par. 3, law no. 11/2005: “*Nei casi di cui al comma 1, qualora gli obblighi di adeguamento ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario riguardino materie di competenza legislativa o amministrativa delle regioni e delle province autonome, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per le politiche comunitarie informa gli enti interessati assegnando un termine per provvedere e, ove necessario, chiede che la questione venga sottoposta all’esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere. In caso di mancato tempestivo adeguamento da parte dei suddetti enti, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per le politiche comunitarie propone al Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell’esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, secondo quanto previsto dagli articoli 11, comma 8, 13, comma 2, e 16, comma 3, della presente legge e dalle altre disposizioni legislative in materia.*”

of law no. 86/89, which did not provide at that time the possibility for the Regions to implement European directives in a direct manner (this power was granted only to the special Regions within the matter of their exclusive competences). In fact, under Article 6 of D.P.R. no. 616/1977, Regions were allowed to implement EC directives only after the entry into force of a State act containing the fundamental principles that should be followed by the regional legislator. At the same time Article 6 provided for this State act the possibility to give some detailed provisions that would have been waived by the forthcoming regional legislation. These norms were considered necessary to guarantee the compliance of the Italian State in case of legislative inertia by the regional legislator, and their legitimacy was supported by the Italian Constitutional Court.⁴³

Later, the Regions were granted the power to implement European legislation directly without waiting for the State act of reception of the directive in the national system (law nos. 183/1987 and 86/1989). However, the Regions were asked to wait for the approval of the first national (annual) Community Act following the notification of the directive before implementing it.

This mechanism again resulted in frustrating the power of direct implementation of the Italian Regions.

Finally, thanks to the novelties that came into force with law no. 128/98, the ordinary Regions have been empowered to implement European directives directly. This partly explains why the letter of Article 11 of law no. 86/89 refers only to cases of administrative inactivity.⁴⁴ This reading, in a way, has been supported by the Italian Constitutional Court as well, in its decision no. 425/99.⁴⁵

There is another element that makes this kind of substitutive power in case of non-compliance with the European requirements particular: from the theoretical point of view, the idea of substitution seems to imply the adoption of the substitutive instrument subsequent

43. Corte Costituzionale, *sentenza* 182/87, www.cortecostituzionale.it.

44. On this story, see: G.U. Rescigno, "Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato", *Le Regioni*, 2002, 735 and Groppi, "L'incidenza".

45. Corte Costituzionale, *sentenza* 425/99, www.cortecostituzionale.it.

to inactivity by the Region. However, on closer examination, before the coming into force of law no. 128/98, Article 9 of law no. 86/89 referred to a form of "preventive substitution", since it provided for State intervention initially, with a national act composed of two kinds of provisions. A first group of provisions gave the fundamental principles that could not be waived by the regional legislation and a second group of specific provisions ("*disposizioni di dettaglio*") from which Regions could deviate by means of their regional laws. According to this scheme, even in the case of regional inactivity, the requirements of EC law would have been satisfied thanks to the detailed provisions included in the national law.

On the contrary, if the Regions had approved a regional law, these national detailed provisions would have "ceded", giving up their intrusion in that portion of the shared competence belonging to the regional legislator, and the hand of the State legislator would "draw back", leaving room for the new regional regime. This mechanism is called in Italy *cedevolezza*⁴⁶ (from the Italian "*cedere*", "to cede") and has represented a *fil conducteur* of Italian regionalism since 1970, the year of the effective birth of the ordinary regions. This mechanism works in the field of shared competences and it can be seen as a technique devised by the Italian State legislator (and supported by the Italian Constitutional Court over the years) in order to avoid the danger of legislative gaps. In order to challenge any possible *horror vacui*, the State legislator has been granted the power to make "temporary" detailed provisions that represent an intrusion in the legislative competences of the Regions. These have been upheld by the Italian Constitutional Court⁴⁷ because of their "temporary" and "supplementary" nature, since they are supposed to "disappear" magically once the Regions exercise their portion of legislative competence. In case of regional inactivity, as said above, the *horror vacui* is avoided thanks to the presence of a (State) regulation. As we saw, in the Italian context, by "shared competences" one refers to the sphere of competence

46. On *cedevolezza*, see: M. Motroni, *Le norme cedevoli nel rapporto tra fonti statali e fonti regionali*, PhD thesis, University of Ferrara, 2010, http://eprints.unife.it/323/1/TESI_DEFINITIVA.pdf.

47. Corte Costituzionale, *sentenza* no. 214/1985, www.cortecostituzionale.it. Compare this judgment with *sentenza* no. 40/1972, available at www.cortecostituzionale.it. See also decisions in cases no. 192/1987 and no. 729/1988, www.cortecostituzionale.it. For a complete overview in Italian see: Motroni, *Le norme cedevoli*, pp. 63-94.

that has to be completed or filled in by coordination between two legislative actors that participate, according a hypothetical division of labour, in the exercise of the legislative power.

This “division of labour” refers to the fact that the State act intervening in a matter characterized by shared competences was supposed to give, primarily, the “fundamental principles” (“*principi fondamentali*”) that should then be followed by the Regional legislator, which should in turn build on these principles by passing detailed legislation. According to this scheme, it is possible to distinguish the idea of shared competences applied in Italy from that experienced in other contexts, like Germany, for instance.

One could connect the emergence of *cedevolezza* to the necessity of guaranteeing legislative continuity in intra-temporal relationships. Since the birth of the Italian (ordinary) Regions implied the transfer of competences, this meant that previously the matters within the new regional jurisdiction were already subject to State legislation. Considering these previous State acts as automatically invalid would have led to the risk of legislative gaps pending the passing of new regional acts. As we can see, according to this logic, *cedevolezza* is justified on the basis of the entry into force of a new constitutional parameter and the necessity of guaranteeing stability in a period of transition.⁴⁸ The Constitutional Court followed the same logic soon after the constitutional reform of 2001 which, as we know, changed the distribution of competences between the ordinary Regions and the State. However, what it is evident once we know the evolution of the Italian regional system is the use of *cedevolezza* even from the start of the functioning of the Regional legislatures as the rule to be followed in all the cases of legislation that involve shared competences, a practice upheld by the Italian Constitutional Court in 1985.⁴⁹

The adoption of the technique of *cedevolezza* confirms the rise of a new kind of way of conceiving of the principle of “competence”

48. M.Motroni, *Le norme cedevoli*, cit., pp. 63-94.

49. “*La legge dello Stato [non] deve essere necessariamente limitata a disposizioni di principio, essendo invece consentito l’inserimento anche di norme puntuali di dettaglio, le quali sono efficaci soltanto per il tempo in cui la Regione non abbia provveduto ad adeguare la normativa di sua competenza ai nuovi principi dettati dal Parlamento*”, Corte Costituzionale, no. 214/85.

as “legislative” preference rather than as “a legislative reserved domain”.⁵⁰ According to this scheme, the Italian Constitution, when granting a portion of shared competence to the regional legislator, expressed a preference for this actor but, in order to guarantee the continuity of the legal order, admits the possibility of a temporary and derogable State legislative supply. More pragmatically, *cedevolezza* has permitted an evident centralization and a *de facto* alteration of the distribution of competences over the years, since it has been used frequently in combination with the recall of “unitary principles”, finally favouring the centralization of the competences.⁵¹ Even after the coming into force of the new Title V of the Italian Constitution, *cedevolezza* seems to be still alive, despite what the Italian Constitutional Court has seemed to suggest in occasional decisions, like one given in 2002.⁵²

Returning to the specific field of the implementation of EU law measures, one could wonder whether the new Article 117 of the Constitution, which expressly codifies the regional competence to comply with EU law requirements, can represent the end of the technique of *cedevolezza* in this specific ambit. Despite the many doubts raised by scholars,⁵³ this particular kind of *cedevolezza* has to be understood as confirmed in this ambit by the different Community acts – “*leggi comunitarie*” – which have come into force since the constitutional reform.⁵⁴ According to this trend, the State legislator is allowed to adopt detailed provisions whose coming into force is delayed pending the deadline provided for the implementation of the directive in case of regional inertia.⁵⁵

Something similar is confirmed in law no. 11/2005, which also provides the State with the possibility to perform the substitutive power by a regulation (“*regolamento*”, which is a secondary source)

50. L. Carlassare, “La ‘preferenza’ come regola dei rapporti tra fonti statali e regionali nella potestà legislativa ripartita”, *Le Regioni*, 1986, 236 ff.

51. Among others, A. D’Atena, *Le Regioni dopo il big-bang. Il viaggio continua*, Milano, 2005, 76 ff.

52. Case 282/2002, www.cortecostituzionale.it.

53. Motroni, *Le norme cedevoli*, 95 ff.

54. Laws no. 39/2002, no. 39, 14/2003 and 306/2003, for instance.

55. On this, see G.U. Rescigno, “Attuazione regionale delle direttive”.

even in matters covered by regional legislation (see Art. 11, par. 8, of this law).⁵⁶ This applies even in matters of exclusive regional competence, and despite the fact that Article 117 of the Constitution provides: "Regulatory powers shall be vested in the State [only?] with respect to the subject matters of exclusive legislation". In conclusion, despite the change of the letter of the Constitution, the case law of the Italian Constitutional Court and also the Parliament have confirmed many of the principles and practices characteristic of the previous climate of Italian regionalism.

Before moving to the next section it is interesting to point out how the Italian Constitutional Court recently acknowledged the bilateral nature of *cedevolezza* by recognizing the validity of the legislation of the Friuli-Venezia Giulia Region. These norms included some derogable and supplementary fundamental principles introduced to prevent the possibility that the absence of a relevant State act would result in a situation of regional non-implementation. By regional law no. 11/2005, Friuli-Venezia Giulia implemented directive 2001/42/CE without waiting for the national legislation including the fundamental principles of the matter. Since the matter touched many transversal ambits the regional legislator decided to pass regional legislation of principle, which had to be understood as derogable once the State legislation of principle was ready.⁵⁷ The Italian Constitutional Court rescued this provision in its *sentenza* no. 398/96.⁵⁸

To conclude this section devoted to the mechanism used by the Italian State in order to deal with the risk of non-compliance due to regional inertia, one should recall that since the State now can ask

56. According to some authors, it is possible to find a basis for this practice in the case law of the Constitutional Court, see the judgment in no. 425/99, www.cortecostituzionale.it. See: M.Motroni, *Le norme cedevoli*, 132.

57. Art. 12 of regional law no. 11/2005: "1. *Le disposizioni contenute nel presente capo e nei regolamenti attuativi sono adeguate agli eventuali principi generali successivamente individuati dallo Stato nelle proprie materie di competenza esclusiva e concorrente di cui all'articolo 117, commi 2 e 3, della Costituzione, con riferimento alla direttiva 2001/42/CE.* 2. *Gli atti normativi statali di cui al comma 1 si applicano, in luogo delle disposizioni regionali in contrasto, sino alla data di entrata in vigore della normativa regionale di adeguamento*".

58. Corte Costituzionale *sentenza* no. 398/2006, www.cortecostituzionale.it. S. Tripodi, "L'attuazione regionale delle direttive comunitarie e le clausole di cedevolezza. Nota a Corte cost., sent. n. 398/2006", in www.federalismi.it, and M.Motroni, *Le norme cedevoli* cit, 134-137.

the Regions for the reimbursement of any costs connected with their non-compliance with the requirements of EU law.⁵⁹

2.3. The principle of subsidiarity

Subsidiarity could be conceived of as an example of a principle that was originally alien to the Italian Constitution which was introduced under the pressure applied by the EU level.

As defined in the *Oxford English Dictionary*, subsidiarity implies the concept "that a central authority should have a subsidiary function, performing only those tasks which cannot be performed effectively at a more immediate or local level".⁶⁰ This implies both a constitutional preference for the exercise of a competence by the periphery and a "constitutional restraint on the exercise of those competences"⁶¹ for the centre.

The subsidiarity principle, due to its physiology, requires a system of competences at least tending towards a repartition, and at the same time presupposes an "integrated" system like, for example, a federal system of a cooperative type. As a matter of fact, the principle, as provided in the old Article 5 of the ECT,⁶² refers to a rela-

59. Art. 16- bis law no. 11/2005. On this see: P.Bilancia-F.Palermo-O.Porchia, "The European fitness cit", E-167.

60. *Oxford English Dictionary*, entry "Subsidiary" and "Subsidiarity".

61. R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 209, 246.

62. As everybody knows the ECJ's case law proves extremely elusive about the principle of subsidiarity.. The Court of First Instance and the ECJ have in fact always preferred not to deal with this ambiguity frontally, solving the cases challenging the legality of Community acts in the light of other arguments (perhaps already tested), without calling into question the issue of subsidiarity.

If taken seriously, control on subsidiarity would lead the ECJ to verify the necessity of higher level substitution by carrying out a costs/benefits test (See P.Mengozzi, "Il principio di sussidiarietà nel sistema giuridico delle Comunità europee", available at www.lumsa.it/Lumsa/Portals/File/.../Mengozzi.pdf). On the contrary the European case law has been ambiguous since the Tribunal of first Instance and the ECJ has almost always avoided dealing with the issue frontally.

It is possible to distinguish several phases within the ECJ's case law in this respect and an important line in this context is represented by the Amsterdam Protocol. A first generation of cases is characterized by a very careful and integration-friendly approach followed by the ECJ in C-84/94 (ECJ, C-84/94 *United Kingdom v. Council*, ECR, 1996, I-5755)

and C-233/94 (ECJ, C-233/94, *Germany v. Parliament and Council*, ECR, 1997, I-2405), especially in the first case, where the Court, in responding to the British and German governments – which had linked the respect of the subsidiarity principle to the necessity of an adequate motivation for an EC act – stated: “Once the Council has found that it is necessary to improve the existing level of protection as regards the health and safety of workers and to harmonize the conditions in this area while maintaining the improvements made, achievement of that objective through the imposition of minimum requirements necessarily presupposes Community-wide action, which otherwise, as in this case, leaves the enactment of the detailed implementing provisions required largely to the Member States. The argument that the Council could not properly adopt measures as general and mandatory as those forming the subject-matter of the directive will be examined below in the context of the plea alleging infringement of the **principle of proportionality**... As to judicial review of those conditions, however, the Council must be allowed a wide discretion in an area which, as here, **involves the legislature** in making social policy choices and requires it to carry out complex assessments. Judicial review of the exercise of that discretion **must therefore be limited to examining whether it has been vitiated by manifest error or misuse of powers**, or whether the institution concerned has manifestly **exceeded the limits of its discretion**” [emphasis added] (ECJ, C-84/94 *United Kingdom v. Council*, ECR, 1996, I-5755).

It is possible to infer at least four fundamental concepts from these sentences:

1. The ECJ conceives the test on subsidiarity to be an application of the proportionality test;
2. The ECJ conceives the control on subsidiarity to be a sort of *extrema ratio*, exploitable just in case of manifest error or misuse of power;
3. The control on subsidiarity touches the sensitive field of the legislative discretion and this reveals the “political” nature of this test;
4. Subsidiarity is a principle rather than a rule.

The control on subsidiarity has a strong procedural nature, it looks like the administrative control on the “*excès de pouvoir*” and this explains why a very important role in this test is played by the analysis of the motivation of the EU acts.

In another case, C-233/94, the ECJ again focused its control on the existence of a motivation:

“Although the Parliament and the Council did not expressly refer to the principle of subsidiarity in Directive 94/19, they complied with the obligation under Article 190 of the Treaty to give reasons, since they explained why they considered that their action was in conformity with that principle, by stating that, because of its dimensions, their action could be best achieved at Community level and could not be achieved sufficiently by the Member States” (ECJ, C-233/94, *Germany v. Parliament and Council*, ECR, 1997, I-2405).

After the Amsterdam Protocol something seemed to change, since the ECJ insisted on the procedural elements being taken into account in its control, the best example of this is case C-376/98 (ECJ, C-376/98 *Germany v. Parliament and Council*, ECR, 2000, I-8419: “Those provisions, read together, make it clear that the measures referred to in Article 100a(1) of the Treaty are intended to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market. To construe that article as meaning that it vests in the Community legislature a general power to regulate the internal market would not only be contrary to the express wording of the provisions cited above but would also be incompatible with the principle embodied in Article 3b of the EC Treaty (now Article 5 EC) that the powers of the Community are limited to those specifically conferred on it”).

This was an important, although ambivalent, decision although it has not been followed in later case law (see, for instance, ECJ, C-491/01 *British American Tobacco (Investments)*

tionship between two institutional actors (a lower actor, the periphery, and a higher actor, the centre) sharing the same power and whose exercise is preferentially given, at first instance, to the actor closer to the citizens (i.e., the local level). Scholars usually label this first instance as the negative side of subsidiarity, since it implies the duty of non-intervention by the centre. At the same time, this principle allows the possibility to substitute the chosen local actor if the same power can be exercised in a better or more efficient way by

and *Imperial Tobacco*, ECR., 2002, I-11453). By the way, the ECJ has always insisted on the idea of connecting proportionality, subsidiarity and deference for the legislative branch and that is why some scholars sadly concluded that "despite its literally presence, the principle of subsidiarity has remained a subsidiary principle of European constitutionalism" (R.Schütze, *From dual*, cit., 256).

This case law explains why in the last few years all the attempts to reform the principle of subsidiarity have attempted to emphasize the procedural side of such a control, entrusting a crucial role to the national legislatures as the provisions included in the Constitutional Treaty and in the Lisbon Treaty show. The only way to limit the legislative discretion seems to be to impose procedural guarantees such as those proposed by the Constitutional Treaty and contained in the "Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality".

As a result, a form of political monitoring called the "early warning mechanism" was provided in that Protocol. Under this measure, the Commission should transmit a draft legislative act to the national parliaments, giving them six weeks to determine if there is a violation of subsidiarity. If one-third of the parliaments decide there is a violation, the Commission is required to reconsider the proposal. In the Lisbon Treaty, there was some change. (See the new version of the Protocol: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0201:0328:EN:PDF>), because the time allowed for national parliaments to scrutinize draft law is raised from six to eight weeks. If one-third of national parliaments object to a draft legislative proposal on the grounds of a breach of subsidiarity – the "yellow card" mechanism – the Commission will then reconsider it. In addition, if a simple majority of national parliaments continue to object, the Commission refers the reasoned objection to the Council and Parliament, which will decide the matter – the "orange card". In any case, unlike in the "red card mechanism", the Commission may challenge the national parliaments' position.

This idea confirms the deference shown by the ECJ towards the legislatures: since subsidiarity involves political control, the best thing is entrusting its control to the political/legislative competitors of the European Parliament and Council: the national parliaments, tasked with the mission to be the watchdog of subsidiarity. On this issue see: I. Cooper, "The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU", *Journal of Common Market Studies*, 44, 2, 2006, 281-304. On subsidiarity and EU law see: G.Davies, "Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time", *Common Market Law Review*, 2006, pp. 63-84; P. Syrpis, "In Defence of Subsidiarity", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, Vol. 24, pp. 323-334; A. Estrella, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, OUP, 2002; "Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice", *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, No. 1, pp. 1-128; G. Berman, "Taking Subsidiarity Seriously", *Columbia Law Review*, 1994, 331 ff.; P.Kiiver, 'The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a Conseil d'Etat for Europe', *European Law Review*, 2011, pp. 98-108.

the higher level. This way subsidiarity works as an elevator with regard to certain fungible acts that can be exercised in abstract by two institutional subjects and the substitution can be caused by the objective impossibility of the preferred actor carrying out the requested action.

Another important fact is that such impossibility of carrying out the functions has to be temporary this way there will be no obstacles to the restitution of the power. In this respect, it has been pointed out that the subsidiarity principle actually works as a criterion for shifting, although not in a definitive way, the level that is supposed to intervene⁶³ and, because of its constitutional relevance, it works as an element of flexibility in the system.⁶⁴ This would explain why, within the EC context, subsidiarity has operated as a "method of policy centralisation"⁶⁵ rather than as a factor of valorization of the de-centred realities in the absence of a formal catalogue of competences. subsidiarity and competence are not, nevertheless, in a relationship of identity: in fact, it has been said that the principle of subsidiarity is not intended so much for the *a priori* formal allocation of competences, but rather for the *a posteriori* legitimation of the exercise of competences beyond those formally attributed.⁶⁶

Having recalled the theoretical notion of subsidiarity and mentioned its uncertain nature in EU law, it is useful to see how the Italian Constitution has codified it. The principle of subsidiarity is dealt with by Article 118 of the Constitution both in its vertical and horizontal meaning:

"Administrative functions are attributed to the Municipalities, unless they are attributed to the provinces, metropolitan cities and regions or to the State, pursuant to the principles of subsi-

63. I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà- Profili storici e costituzionali*, Jovene, Naples, 2003, p. 82.

64. R. Bin, "I decreti di attuazione della "legge Bassanini" e la 'sussidiarietà verticale'", in A. Rinella, L. Coen and R. Scarciglia (eds), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Cedam, Padua, 1999, 169 ff.

65. G. Davies, "Subsidiarity as a Method of Policy Centralisation", Hebrew University International Law Research Paper No. 11-06, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921454.

66. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà*, 81.

diarity, differentiation and proportionality, to ensure their uniform implementation.

Municipalities, provinces and metropolitan cities carry out administrative functions of their own as well as the functions assigned to them by State or by regional legislation, according to their respective competences. State legislation shall provide for co-ordinated action between the State and the Regions in the subject matters as per Article 117, paragraph two, letters b) and h), and also provide for agreements and co-ordinated action in the field of cultural heritage preservation.

The State, regions, metropolitan cities, provinces and municipalities shall promote the autonomous initiatives of citizens, both as individuals and as members of associations, relating to activities of general interest, on the basis of the principle of subsidiarity"

The principle of subsidiarity is also recalled at Article 120 of the Constitution, as we saw, and it is understood there as a limit to the indiscriminate use of the substitutive power of the government.

In *sentenza* no. 303/2003 the Italian Constitutional Court reshaped the distribution of competences codified in the Constitution by using the subsidiarity principle as a Trojan horse. The Court stated that the national legislator is allowed to take away the exercise of administrative functions in matters belonging to the regional concurring legislative power when a uniform exercise of these administrative functions is required. It is evident that the Italian Constitutional Court has expanded the original ambit of application of the subsidiarity principle by inventing a mechanism which was associated to the idea of "national interest"⁶⁷ present in the wording of the old Title V of the Constitution but which disappeared after the 2001 reform. According to many authors, however, it is still present as an unwritten limit to the Regions' powers.⁶⁸

67. On the national interest ("interesse nazionale") see: A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milan, 1973.

68. For an account of this debate, see R. Bin, "L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale", <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/interessi%20nazionali.htm>; A. Barbera, "Chi è il custode dell'interesse nazionale?", *Quad. cost.* 2001, 345 ff.

“While the principle of subsidiarity is used to allocate administrative functions, it is also used to introduce an element of flexibility into the constitutional distribution of legislative power. Under the principle of legality (a pillar of the rule of law), functions that are exercised at the national level according to the principle of subsidiarity must be organized and regulated by national law. In this way, one may derogate from the allocation of legislative competences contained in article 117 of the Constitution”.⁶⁹

It seems useful to recall the solutions suggested by the Italian Constitutional Court for the relationship between subsidiarity and loyal cooperation: the former requires a “loyal cooperation” (“*leale collaborazione*”) between the territorial actors, concerted practices and bodies and, finally, a system of agreements between the institutional actors. When deciding case no. 303/2003,⁷⁰ the Italian Constitutional Court adopted “a procedural and consensual approach to the principles of subsidiarity and adequacy, and it denied that such principles can operate as mere verbal formulas capable of modifying, to the advantage of national law, the allocation of legislative powers established by the Constitution”.⁷¹

In doing so, the Italian Constitutional Court fixed a set of conditions under which a derogation to the allocation of competences designed by the Constitution could be possible: the derogation should be “proportionate to the public interest that justifies the exercise of regional functions by the state, it must not be unreasonable in light of strict constitutional scrutiny, and, finally, the derogation should be the result of an agreement with the region”.⁷²

This episode tells us at least two things. First, it confirms the centrality of the Constitutional Court in the destiny of Italian regionalism. Secondly, it makes the task of tracing the constitutionalized

69. T. Groppi and N. Scattone, “Italy: The Subsidiarity Principle”, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4 (1): 131-137, 134.

70. Corte Costituzionale, *sentenza* no. 303/2003, available at www.cortecostituzionale.it.

71. T. Groppi-N. Scattone, “Italy: The Subsidiarity Principle”, 135. See also A. Morrone, “La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?”, available at <http://www.forumcostituzionale.it>.

72. *Ibid.*

idea of subsidiarity back to the EC (or German) model more complicated. While the ECJ normally avoids engaging in debates concerning subsidiarity, the Italian Constitutional Court used subsidiarity to re-shape Italian regionalism.⁷³ Of course, looking at the results achieved by the two courts with their respective behaviours, they are analogous: in both cases, despite its original meaning and goal (favouring the decentralized exercise of “constitutional” functions), subsidiarity worked as a factor of centralization. However, the paths followed in these two cases seem to be different.

3. Final remarks

Some authors⁷⁴ have described EU integration as one of the most important factors that led to the Italian constitutional reform of 2001. This is true, and by itself it gives an exhaustive answer to the research question formulated at the beginning of this paper: all the institutional actors, including the judges, have adapted old mechanisms or existing principles or, alternatively, amended the Constitution in order to guarantee the effectiveness of EU law. As we saw, the Italian Constitutional Court has played a fundamental role both in the history of Italian regionalism and, more particularly, in the European path of Regions, sometimes supporting the centralization of competences other times preserving the regional sphere of autonomy.

The current phase seems to be characterized by a rediscovery of the importance of cooperative instruments and by the procedural principles of subsidiarity and loyal cooperation that, in theory at least, should represent a sort of shield against the (temporary) alteration of the list of competences. However, as we can see by looking at the principles of competence and subsidiarity, the Italian Constitutional Court has demonstrated its openness to broad inter-

73. Several other judgments followed *sentenza* 303/2003, but none of them questioned the strong link between subsidiarity and loyal cooperation, see in particular *sentenza* no. 6/2004 and the more recent *sentenza*. 79/2011, both available at: www.cortecostituzionale.it. For a recent overview on this see: C.Mainardis, “Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti stato – regioni”, available at: http://www.robertobin.it/REG11/mainardis_def.pdf

74. P.Bilancia-F.Palermo-O.Porchia, “The European fitness cit”, E-144.

pretation of the fundamental charter thus making our Constitution more flexible. This factor should be taken into account. My final impression is that of a (still) quite unstable picture where external (i.e., international or European) factors can have a decisive importance in changing, from time to time, the outcome of the never-ending balancing act between the competing interests of the State and the Regions.

ABSTRACT

To what extent do Italian courts adapt the national legal instruments (principles, rules, techniques, legal concepts) regarding state structure to the requirements of EU law? This paper aims to give an answer to this question by providing an overview of the most emblematic cases of "re-adaptations" operated by the Italian courts in order to ensure the respect of the structural principles of EU law. This contribution is structured as follows: first, I will explain the reasons why research like this is "difficult", while secondly I will move to the analysis of the of some legal instruments (principle of competence, substitutive power, "cedevolezza"). Some final remarks will be presented at the end of the paper. Generally speaking, my main idea is that EU law has had a certain impact on the relationship between State and Regions in Italy, especially looking at the seasons of the principle of competence, that has been conceived more and more as referring to the idea of "legislative preference" rather than as to the existence of a "legislative reserved domain".

Key words: Europeanization; Italy; Regions; Italian Constitutional Court; regional blindness.

RESUM

Fins a quin punt els tribunals italians adapten els instruments legals nacionals (principis, regles, tècniques, conceptes legals) pel que fa a l'estructura estatal als requisits de les normes de la UE? Aquest article vol respondre a aquesta pregunta bo i proporcionant una visió de conjunt dels casos més emblemàtics de "readaptacions" efectuades pels tribunals italians per tal d'assegurar el respecte als principis estructurals de la legislació europea. La meva contribució s'estructura de la manera següent: primer explicaré les raons per les quals una investigació com aquesta és "difícil", i en segon lloc analitzaré alguns instruments legals (principi de competència, poder substitut, *cedevolezza*). A les conclusions hi inclouré alguns altres comentaris finals. En general, la idea principal que defenso és que la legislació de la UE ha tingut un cert impacte en la relació entre l'Estat i les regions a Itàlia, sobretot, quant a les raons del principi de competència, el qual ha estat concebut com afí a la idea de la "preferència legislativa" més que no pas a la de l'existència d'una "reserva legislativa".

Paraules clau: europeïtzació; Itàlia; regions; Tribunal Constitucional Italià; ceguesa regional.

RESUMEN

¿En qué medida adaptan los tribunales italianos los instrumentos legales nacionales (principios, reglas, técnicas, conceptos legales) en cuanto a la estructura estatal a los requisitos de las normas de la UE? Este artículo aspira a dar una respuesta a esta pregunta proporcionando una visión de conjunto de los casos más emblemáticos de “readaptaciones” efectuadas por los tribunales italianos para asegurar el respeto a los principios estructurales de la legislación europea. Mi contribución se estructura de la manera siguiente: primero explicaré las razones por las cuales una investigación como esta es “difícil”, y en segundo lugar analizaré algunos instrumentos legales (principio de competencia, poder sustituto, *cedevolezza*). En la conclusión realizaré otros comentarios finales. En general, la idea principal que defiendo es que la legislación de la UE ha tenido un cierto impacto en la relación entre el Estado y las regiones en Italia, especialmente con respecto a las razones del principio de competencia, que se ha concebido afín a la idea de la “preferencia legislativa” más que a la de la existencia de una “reserva legislativa”.

Palabras clave: europeización; Italia; regiones; Tribunal Constitucional Italiano; ceguera regional.

LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO FINANZIARIO IN ITALIA TRA AUTONOMIA E SOLIDARIETÀ

Sara Parolari, Alice Valdesalici

Ricercatrici presso l'Istituto per lo Studio del Federalismo e del Regionalismo dell'EURAC - Accademia Europea di Bolzano/Bozen

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le fonti “ordinarie” dell’ordinamento finanziario italiano. – 3. I principi del “federalismo fiscale” nel quadro costituzionale italiano. – 4. La legge delega 42/2009 e i decreti attuativi: in cerca di un equilibrio tra responsabilizzazione e solidarietà. 4.1. L’autonomia di entrata delle regioni: primi passi verso la responsabilizzazione finanziaria? 4.2. Dalla spesa storica ai costi standard: come declinare la responsabilizzazione finanziaria nel rispetto della solidarietà. – 5. Le fonti “speciali” dell’ordinamento finanziario italiano. – 6. Federalismo fiscale e autonomie speciali. In particolare: il caso del Trentino - Alto Adige. – 7. Conclusioni. – 8. Bibliografia. – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. Introduzione

Ormai da tempo l’ordinamento costituzionale italiano è attraversato da spinte propulsive verso un graduale trasferimento di competenze dal centro alla periferia anche, o meglio soprattutto, nella materia fiscale e finanziaria, al fine di perseguire condizioni di maggior efficienza e responsabilità di tutti i livelli di governo.

Ecco perché la realizzazione del cosiddetto “federalismo fiscale” rappresenta una componente decisiva del processo di riforma costituzionale avviato nel 2001 con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Dopo ben otto anni da tale riforma, è finalmente intervenuta la legge delega n. 42 del 2009,¹ che –almeno nelle

Manoscritto ricevuto il 30/06/2011; accettato 06/10/2011.

1. È la legge 5 maggio 2009 n. 42 rubricata “Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’art. 119 della Costituzione”.

intenzioni– avrebbe dovuto implementare non solamente l’articolo 119 della Costituzione relativo alla materia finanziaria, ma il Titolo V nel suo complesso e, più in particolare, quegli articoli 117 e 118 che al primo risultano strettamente connessi.²

Di fatto, tale intervento legislativo ha ulteriormente posticipato l’effettiva attuazione della riforma, limitandosi all’enunciazione di principi generici e demandando la concreta disciplina della materia ad una serie di decreti governativi poco coordinati tra loro, da emanarsi nel rispetto di un procedimento a dir poco tortuoso. La conseguenza è che, ad oggi, si è ancora lontani dal poter affermare che il “federalismo fiscale” è “cosa fatta” quantomeno per le Regioni a statuto ordinario. Discorso a parte va fatto invece per le autonomie speciali per le quali la riforma dell’ordinamento finanziario corre, anche grazie ai particolari strumenti normativi a loro disposizione, su di un binario parallelo, decisamente più veloce.³

L’intento del presente contributo è quello di analizzare la riforma dell’ordinamento finanziario italiano sia dal punto di vista contenutistico, specialmente per quanto riguarda le relazioni finanziarie Stato-Regioni, sia sotto il profilo formale, ovvero con riferimento alle fonti giuridiche sulle cui basi la stessa si fonda. Particolare attenzione, per quanto riguarda entrambi questi aspetti, verrà dedicata alle autonomie speciali e, tra queste, al caso della Regione Trentino-Alto Adige e delle due Province autonome di Trento e Bolzano, che godono di un particolare *status* nell’ordinamento italiano, anche sotto il profilo finanziario.

2. Si tratta degli articoli che si occupano del riparto della potestà legislativa (art. 117) e amministrativa (art. 118) tra Stato e Regioni.

3. Si ricorda che in base all’art. 116, comma 1 e 2, della Costituzione Italiana, “Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige e la Valle d’Aosta dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. La Regione Trentino-Alto Adige è costituita dalle Province autonome di Trento e di Bolzano”.

2. Le fonti "ordinarie" dell'ordinamento finanziario italiano

La legge delega n. 42 del 2009, cui è stato affidato il compito di dare attuazione alla riforma del cosiddetto "federalismo fiscale" italiano, ha delineato un quadro delle fonti particolarmente articolato.

Prima di soffermarci sulle caratteristiche della legge delega e sulle criticità metodologiche del processo di riforma da essa avviato, si può brevemente osservare come il livello più elevato, quello costituzionale, riservi un solo articolo, il 119, alla disciplina dell'ordinamento finanziario. La Costituzione delinea, quindi, un modello di finanza pubblica cd. aperto, che si limita ad enunciare principi e criteri direttivi rimandando alla legislazione attuativa la definizione dell'effettivo contenuto dell'autonomia finanziaria.

È pacifico che la mancanza di una disciplina costituzionale dettagliata, che dunque non è un elemento caratterizzante esclusivamente l'ordinamento finanziario italiano, porta con sé l'inevitabile rischio di minori garanzie per l'autonomia finanziaria. D'altro canto, tuttavia, disposizioni costituzionali più aperte implicano anche maggiore flessibilità, dato certamente apprezzabile in una materia, quale quella finanziaria, che per sua natura richiede adeguamenti continui in ragione del carattere necessariamente temporaneo delle soluzioni raggiunte.

A fronte di un testo costituzionale così scarno, il legislatore italiano ha deciso di introdurre la disciplina della riforma dell'ordinamento finanziario attraverso lo strumento della delega legislativa, ovvero una legge ordinaria del Parlamento che fissa principi e criteri direttivi demandando all'Esecutivo la completa disciplina della materia mediante l'adozione di una serie di decreti legislativi attuativi.

Se, sotto il profilo formale, si è scelto di avviare la riforma in questione tramite un provvedimento legislativo ordinario, dal punto di vista contenutistico e indipendentemente dal rango delle fonti normative, con tale intervento si è toccata una materia di carattere materialmente costituzionale, essendo destinata a rimodulare i rapporti economico-finanziari all'interno della Repubblica e, di con-

sequenza, l'assetto dei diritti e dei doveri (specialmente fiscali) dei cittadini.⁴

Proprio in ragione di ciò ci si può chiedere se questo strumento normativo fosse il più adatto per dare corso ad una riforma di tale entità. Da un lato, la delega legislativa si contraddistingue per la sua spiccata flessibilità e capacità di adattamento, sia contenutistico che procedimentale, a finalità diverse. Se si considera il carattere naturalmente dinamico della materia finanziaria sembrerebbe, quindi, una scelta appropriata.⁵ Dall'altro lato, tuttavia, ricorrendo alla delega legislativa si è di fatto affidato in via esclusiva al Governo il compito di "fare la riforma" relegando in secondo piano le istituzioni rappresentative sia del popolo che delle autonomie territoriali, queste ultime peraltro prive di adeguate sedi istituzionali di coinvolgimento nel processo decisionale a livello statale in mancanza di una seconda camera rappresentativa.⁶

Da questo punto di vista, insomma, la legge 42 del 2009 rappresenta un'ulteriore deriva del sistema verso le cosiddette "riforme a maggioranza", ovvero riforme realizzate attraverso l'esautoramento del Parlamento quale organo legislativo rappresentativo ed il contestuale rafforzamento dell'Esecutivo. Vi è dunque anche in questa materia la "dismissione sostanziale del Parlamento come luogo di decisione e di formazione dell'opinione pubblica",⁷ laddove il suo coinvolgimento è puramente formale attraverso l'esercizio di un ruolo consultivo, ma non vincolante, da parte degli organismi di matrice parlamentare o tecnica previsti proprio dalla legge delega.⁸

4. Cfr. Luca Gori, "L'attuazione del federalismo fiscale: una storia di "destini incrociati". Le prime scelte compiute, fra decreti legislativi, interferenze e *aggiornamento progressivo della legge delega*", *Federalismo fiscale*, Napoli, Jovene Editore, 1, 2010, pp. 57-96.

5. Sul punto, si veda: Nicola Lupo, "Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuove sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: Commissione bicamerale, Commissione tecnica paritetica e Conferenza permanente", *federalismi.it*, 23, 2009, pp. 1-28.

6. In generale sulla marginalizzazione delle assemblee legislative regionali e provinciali speciali, si veda Gian Candido De Martin e Guido Rivosecchi, "Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla luce della legge delega n. 42 del 2009", *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2009, pp. 1-10.

7. Così Raffaele Bifulco, "Il Parlamento nella tenaglia degli esecutivi: il federalismo fiscale e la riforma del Senato", *nelMerito.com*, 5.03.2009.

8. In sostanza, la Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale e la Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale già menzionata.

Nella consapevolezza della complessità che l'attuazione dell'art. 119 Cost. porta con sé, sarebbe stato forse più opportuno affrontare una riforma così importante, quale quella dell'ordinamento finanziario, attraverso un provvedimento organico concepito nelle tradizionali sedi parlamentari, anziché attraverso il ricorso ad una serie di interventi governativi rivelatisi scarsamente coordinati che cercano di dare attuazione all'art. 119 Cost. senza considerare, tra le altre cose, il nesso intercorrente con gli artt. 117 e 118 Cost.⁹

Oltre a tale aspetto, il ricorso alla delega legislativa è stato altresì criticato, nel caso specifico della legge delega 42/2009, per la sua eccessiva ampiezza: secondo una parte della dottrina tale legge si sarebbe cioè limitata a delimitare una cornice piuttosto generica e indefinita lasciando al Governo un eccessivo spazio di manovra nel riempire la stessa di contenuti sostanziali.¹⁰

Inoltre, la legge 42/2009 è stata fortemente criticata per l'estrema complessità del procedimento di attuazione che rappresenta una garanzia, ma anche un ostacolo al compimento della riforma in tempi ragionevoli. Innanzitutto, tale complessità dipende dal coinvolgimento di una pluralità di organismi di nuova costituzione, che mira essenzialmente a non estromettere del tutto le autonomie territoriali dal processo di formazione dei decreti legislativi delegati (in mancanza –come detto– di una seconda camera rappresentativa, nonché di procedure di dialogo tra Parlamento e Regioni realmente funzionanti). Tra questi la Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale, organo collegiale composto da "rappresentanti" tecnici per metà dello Stato e per metà delle autonomie territoriali, che ha il compito di costituire un punto di raccolta delle basi

Per un'interpretazione diversa, di un Parlamento più partecipe attraverso gli organismi di nuova costituzione, si veda Daniele Cabras, "Il processo di attuazione della legge delega in materia di federalismo fiscale: il ruolo del Parlamento", *federalismi.it*, 11, 2009, pp. 1-7.

9. Guido Rivosecchi, "La legge delega in materia di federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: un'occasione mancata", *amministrazioneneincammino.luiss.it*, 2009, pp. 1-11.

10. Si veda, tra i tanti, Andrea Morrone, "Il punto sul "federalismo fiscale", *Federalismo fiscale*, Napoli, Jovene Editore, 2, 2008, pp. 1-16; Rivosecchi, *La legge delega...*, 2009, pp. 1-11. Per una visione contraria, Mario Bertolissi, "La delega per l'attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale", *Federalismo fiscale*, Napoli, Jovene Editore, 2, 2008, pp. 89-108.

informative ed affiancare il Governo nella predisposizione dei decreti attuativi (di fatto provvedendo alla loro elaborazione). In analogia prospettiva si colloca anche l'istituzione della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica,¹¹ formata anche in questo caso da "rappresentanti" delle autonomie, con il compito di monitorare i flussi perequativi, verificare l'utilizzo dei fondi per gli interventi speciali e definire gli obiettivi di finanza pubblica per comparto, nonché istituire una banca dati contenente gli indicatori di costo, di copertura e qualità dei servizi.

La volontà di un –seppur debole– coinvolgimento delle autonomie territoriali emerge in tutte le fasi del procedimento di adozione dei decreti attuativi a partire dalla prima, laddove si prevede che il testo di tali decreti deve essere frutto di un'intesa tra Governo e Conferenza Unificata (ovvero la sede congiunta della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Stato-Città e autonomie locali).¹² Va detto, peraltro, che il mancato raggiungimento di tale intesa non rappresenta un ostacolo procedurale, potendo il Consiglio dei Ministri adottare comunque lo schema,¹³ purché corredato da una relazione da trasmettere alle Camere.

La fase immediatamente successiva nel procedimento di formazione dei decreti legislativi è quella dei pareri parlamentari espressi *in primis* in seno alla Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale, organo composto da 15 senatori e altrettanti deputati, affiancato da un Comitato di rappresentanti delle autonomie territoriali composto da 12 membri (6 delle Regioni, 2 delle Province, 4 dei Comuni) che esercita appunto una funzione consultiva.¹⁴

11. Avvenuta solamente con il recente decreto n. 68/2011 sull'autonomia di entrata per Regioni e Province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario

12. La Conferenza Unificata è stata istituita ai sensi del d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

13. Ove la stessa non intervenga entro 30 giorni dalla prima seduta della Conferenza

14. Oltre alla Commissione bicamerale si esprimono sugli schemi di decreto, tramite pareri, le Commissioni bilancio di Camera e Senato. La Commissione bicamerale e le Commissioni bilancio hanno a disposizione 60 giorni dalla trasmissione degli schemi di decreto per esprimere il proprio parere. Si noti che nel caso in cui il Governo non intenda conformarsi *in toto* a tali pareri è tenuto a ritrasmettere alle Camere lo schema di decreto con le sue osservazioni ed eventuali modifiche, attendere 30 giorni e in questo lasso di tempo rendere comunicazioni davanti a ciascuna Camera. Superato questo lasso di tempo, il Governo è esonerato dall'obbligo di attendere la pronuncia parlamentare. Si veda per

È evidente dunque l'estrema complessità dell'*iter* di adozione dei decreti delegati che, come in effetti è avvenuto, è pervenuto ad un esito positivo in tempi molto lunghi, rendendo la completa attuazione della riforma un obiettivo particolarmente difficile da raggiungere. Interessante notare come anche laddove ad un esito si è in effetti giunti, in alcuni casi non si è fatto altro che prorogare ulteriormente la soluzione del problema, poiché i decreti non hanno disciplinato direttamente la materia ma si sono limitati ad operare un ulteriore rinvio ad altre sedi per la definizione della stessa.¹⁵

Connesso a questo aspetto, può essere mossa un'altra critica alla legge 42/2009 ovvero i tempi eccessivamente lunghi di attuazione a partire dal termine di 24 mesi per l'esercizio della stessa (art. 2, c. 1), che richiede ulteriori 2 anni (decorrenti dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi principali) per l'adozione da parte del Governo di decreti legislativi integrativi e correttivi (art. 2, c. 7). Peraltro, la stessa legge (all'art. 3, c. 6) prevede la possibilità di una proroga di ambedue i termini: è quanto avvenuto nella prassi, in quanto, proprio a causa della complessità dell'*iter* procedimentale da seguire, alla scadenza dei primi 24 mesi (avvenuta a fine maggio 2011) solamente 5 decreti attuativi erano stati approvati in via definitiva.¹⁶ Va comunque ricordato come, a prescindere da questa proroga, la riforma sia ben lungi dall'essere a regime: come previsto dalla delega stessa (art. 20), infatti, spetta ai decreti legislativi disciplinare un periodo transitorio

quanto riguarda le fasi del procedimento di adozione dei decreti, ancora una volta Lupo, *Il procedimento di attuazione della delega...*, 2009, p. 17.

15. Si pensi ad esempio al decreto legislativo sulla determinazione dei fabbisogni standard di comuni, città metropolitane e province il quale non definisce i fabbisogni standard né tantomeno disciplina il procedimento per la loro determinazione, ma affida questi compiti alla Sose S.p.a. ovvero alla società che elabora gli studi di settore. Ciò con la conseguenza che la definizione del procedimento di determinazione dei fabbisogni e la identificazione dei fabbisogni stessi avverrà al di fuori della procedura interistituzionale di confronto prevista per l'adozione dei decreti attuativi e ad opera di un ente privo di alcuna legittimazione democratica.

16. Si tratta del decreto n. 85/2010 sul federalismo demaniale, il decreto n. 156/2010 su Roma capitale, il decreto n. 216/2010 sui fabbisogni standard di Province, Comuni e Città metropolitane, il decreto n. 23/2011 sul federalismo municipale e, infine, il decreto n. 68/2011 sull'autonomia di entrata per Regioni e Province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario che entrerà in vigore il 27.05.2011. La proroga è intervenuta con la Legge 8 giugno 2011 n. 85, entrata in vigore il 18.06.2011. A questi si è aggiunto il sesto decreto, il n.88/2011, in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali.

di 5 anni nel corso del quale realizzare il passaggio, certamente più delicato, dal criterio della spesa storica a quello dei fabbisogni standard e della capacità fiscale per abitante.¹⁷

3. I principi del “federalismo fiscale” nel quadro costituzionale italiano

Inquadrata la materia dal punto di vista delle fonti del diritto è opportuno procedere ad un’analisi del contenuto delle norme richiamate, avendo premura di evidenziare che trattandosi di una riforma in fase di attuazione, è in alcuni casi difficile poter dare un giudizio definitivo sugli effetti di sistema delle norme in corso di adozione.

Punto di partenza di questa analisi è necessariamente il dato costituzionale, ovvero l’art. 119 della Costituzione, così come modificato con la Legge costituzionale n. 3/2001. La riforma del Titolo V, seconda parte, della Costituzione nel modificare i rapporti Stato-Regioni in vista di un maggiore decentramento delle funzioni legislative e amministrative, ha coerentemente ridefinito anche le relazioni finanziarie intergovernative introducendo nel sistema della finanza pubblica italiana il cd. “federalismo fiscale”. Nella disposizione trovano composizione principi espressione di esigenze contrapposte: autonomia e responsabilità da un lato, coordinamento, solidarietà e coesione dall’altro. È per questo che il processo di attuazione del disposto costituzionale finalmente avviato con l’adozione della legge delega 42/2009¹⁸ –e dei primi decreti attuativi contenenti la disciplina di dettaglio– è un momento alquanto delicato

17. Si veda Lupo, *Il procedimento di attuazione della delega...*, 2009, p. 7.

18. Per una disamina specifica e puntuale dell’articolato della Legge delega 42/2009, si rinvia – *ex multis* – a: Silvia Scozzese, Franco Pizzetti, Veronica Nicotra (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, Donzelli editore, 2009; Enrico De Mita, *Le basi costituzionali del “federalismo fiscale”*, Milano, Giuffrè, 2009; Ettore Jorio, Silvio Gambino, Guerino D’Ignazio, *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, n. 42*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2009; Antonio Ferrara, Giulio M. Salerno, *Il “federalismo fiscale”. Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene editore, 2010; in Jens Woelk (a cura di), *Federalismo fiscale tra differenziazione e solidarietà. Profili giuridici italiani e comparati*, Bolzano, Eurac book, 55, 2010; Andrea De Petris (a cura di), *Federalismo fiscale “learning by doing”: modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Milano, Cedam, 2010; vedi anche la Rivista “*Federalismo fiscale*”, edita da Jovene (dal 2007).

in cui i diversi interessi soggettivi e territoriali coinvolti devono trovare un adeguato bilanciamento.

Rispetto alla versione *ante* riforma dell'art. 119 si riscontrano alcune novità, sia per quanto riguarda i soggetti dell'autonomia che per quanto concerne l'oggetto.¹⁹ L'autonomia finanziaria viene infatti riconosciuta non più solamente alla Regioni, ma viene estesa a Comuni, Province e Città metropolitane. Tuttavia le novità non si limitano a questo aspetto: una modifica si rinviene anche per quanto concerne l'oggetto dell'autonomia riconosciuta, poiché l'art. 119 la declina espressamente come autonomia sia di entrata che di spesa. In questo modo si dovrebbe perseguire una maggiore responsabilizzazione finanziaria di tutti gli enti indicati, i quali diventano responsabili non solo della spesa decentrata, ma anche del reperimento delle risorse necessarie per garantire il funzionamento della propria organizzazione, essendo chiamati a finanziare le proprie funzioni con risorse autonome.

Per comprendere le ragioni dell'opportunità di una riforma delle relazioni finanziarie intergovernative bisogna risalire indietro nel tempo di una quindicina d'anni. In Italia il decentramento è stato avviato, sul versante amministrativo, nel 1997 con le cd. Leggi Bassanini ed è proseguito, sul versante legislativo, nel 2001 con la riforma costituzionale del Titolo V. Nonostante tale ultima riforma abbia modificato anche la norma relativa all'ordinamento finanziario, ovvero l'art. 119, di fatto sul fronte del finanziamento la situazione non ha subito modifiche rilevanti, persistendo un sistema di finanza pubblica di natura derivata, prevalentemente fondato su trasferimenti finanziari dallo Stato agli enti territoriali, poiché il dettato costituzionale è rimasto inattuato per ben otto anni, fino all'adozione nel 2009 della legge 42. Conseguentemente, si è perpetrato un profondo scollamento tra responsabilità di spesa e responsabilità impositiva e –ad oggi– mentre la titolarità delle funzioni esercitate e le relative competenze di spesa del comparto Regioni/enti locali raggiungono circa il 50% della spesa pubblica complessiva, la responsabilità nel reperimento delle risorse è inferiore al 18%. Questa

19. Si veda –*ex multis*– Carlo Garbarino, "La riforma del Titolo V in materia finanziaria", in Giuseppe Franco Ferrari, Giampaolo Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, Cedam, 2003, pp. 331-376.

situazione ha favorito fenomeni di deresponsabilizzazione degli amministratori regionali e locali,²⁰ eludendo così il principio democratico “no taxation without representation”.²¹

Diversamente, a seguito della riforma *in itinere* tanto il sistema di raccolta quanto quello di distribuzione delle risorse economiche e fiscali tra il Centro e la Periferia devono essere organizzati su basi diverse. Innanzitutto, agli enti devono essere attribuite risorse sufficienti per finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite, potendo peraltro ricorrere all’indebitamento solo per finanziare spese di investimento: a tal fine si prevede la graduale soppressione dei trasferimenti statali e la loro sostituzione con risorse autonome espresamente elencate (cd. principio dell’autosufficienza). Queste sono costituite da tributi ed entrate propri delle Regioni e degli Enti locali, compartecipazioni al gettito di tributi erariali –riferibile al loro territorio– e quote del fondo perequativo –senza vincoli di destinazione– per i territori con minore capacità fiscale per abitante.

Viene inoltre riconosciuta, almeno sulla carta, una maggiore autonomia impositiva. Nel testo dell’articolo 119 *ante* riforma erano attribuiti, esclusivamente alle Regioni, tributi propri e quote di tributi erariali –dove il verbo “attribuiti” rimanda a fonti proprie ma derivate, ovvero tributi istituiti con legge statale il cui gettito spettava tuttavia alle Regioni. Diversamente, con la revisione costituzionale del 2001 si riconosce a tutti gli enti territoriali la possibilità di istituire, regolare e applicare tributi ed entrate propri nelle materie di propria competenza, pur nel rispetto del riparto delle competenze legislative. È peraltro

20. Luca Antonini, “La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova Legge sul federalismo fiscale”, *I quaderni della sussidiarietà*, Fondazione per la sussidiarietà, 7, 2009, p. 7.

21. Governo italiano, Relazione sul federalismo fiscale, 30.06.2010, http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo_relazione/relazione_federalismo.pdf. Nella relazione si mettono in luce le anomalie della finanza pubblica italiana. Per un commento sulla relazione si veda: Fraenkel-Haerberle, Cristina. “Verfassungsrechtliche Schuldenbremse und neue Haushaltsregeln in Italien”, in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2011, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2011; Ettore Jorio, “Il federalismo fiscale: i contenuti della relazione Tremonti”, in *Federalismi.it*, 14, 2010. Per una ricostruzione storica delle relazioni finanziarie intergovernative in Italia si veda: Giuseppe Franco Ferrari, “Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica”, in Giuseppe Franco Ferrari (a cura di), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli editore, 2010, pp. 20-26.

affermata la necessità di compensare la differenziazione conseguente al riconoscimento di tale autonomia, con le esigenze di perequazione e solidarietà nazionale a garanzia dell'unità dello Stato e, quindi, la potestà di istituire tributi propri non va esente da limiti: deve essere esercitata in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, su cui ci si soffermerà brevemente a conclusione del presente paragrafo.

Un'altra innovazione riguarda la previsione di un nuovo criterio per il riparto del gettito: mentre prima spettavano alle sole Regioni quote di tributi erariali in relazione ai bisogni regionali per le spese necessarie ad adempiere alle loro funzioni, nel testo riformato le partecipazioni sono collegate al gettito riferibile al territorio e quindi le risorse sono legate alla capacità fiscale del territorio, alla ricchezza prodotta, perseguendo così un effetto di responsabilizzazione finanziaria.

Infine, con la riforma viene costituzionalizzata la previsione di un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, a vantaggio dei territori con minore capacità fiscale per abitante. Inoltre, la perequazione non è più legata "ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali" e, quindi, ad un criterio basato sulla spesa decentrata, ma dipende dalla "minore capacità fiscale per abitante", ovvero da un parametro che prende in considerazione la ricchezza prodotta da un determinato ente, ovvero le entrate per-cette sul territorio.²² Da questa disposizione sembra potersi anche desumere qual è il limite della perequazione: infatti, prendendo come parametro non tanto i bisogni, quanto le entrate fiscali, si può conseguentemente affermare che il sistema perequativo, quanto meno per le funzioni classificate come non essenziali e non fondamentali,²³ dovrà solo ridurre le differenze tra i territori, non azzerarle.

Infine, poiché sono espressamente esclusi i vincoli di destinazione, quanto meno con riferimento alle risorse ordinarie gli enti godranno di piena autonomia anche sul versante della spesa.

22. Giacinto Della Cananea, "Autonomie e perequazione nell'articolo 119 della Costituzione", *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, Rimini, Maggioli editore, 2005, p. 138-140 e Pietro Giarda, "Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione", *Le Regioni*, 6, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 1425-1484.

23. Come si vedrà in dettaglio nel paragrafo 4.2.

Un'eccezione è costituita dalla previsione di risorse aggiuntive e di interventi speciali da parte dello Stato. Si tratta di trasferimenti statali aggiuntivi con vincolo di destinazione –cui trova quindi riscontro un grado minimo di autonomia da parte dell'ente beneficiario– giustificati per far fronte ad esigenze perequative straordinarie espressamente indicate dal disposto costituzionale: sia di quelle specificamente elencate, quali la promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, la rimozione degli squilibri economici e sociali e l'effettivo esercizio dei diritti della persona, sia –più in generale– per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni loro attribuite.²⁴

Il quadro costituzionale delle relazioni finanziarie intergovernative –delineato con la riforma del 2009– si completa solo attraverso una lettura dell'art. 119 Cost. in combinato disposto con l'art. 118, relativo al riparto delle competenze amministrative, e con l'art. 117 Cost., relativo al riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni. In particolare, con riferimento alla dimensione legislativa, mentre il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (comma 3, art. 117) è affidato alla competenza concorrente Stato-Regioni,²⁵ rientrano tra le materie di competenza statale esclusiva "il sistema tributario e contabile dello Stato" e la "perequazione delle risorse finanziarie", a cui si aggiungono la definizione sia dei "livelli essenziali di prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" che delle "funzioni fondamentali degli enti locali" (Comuni, Province e Città metropolitane), di cui è garantito il finanziamento integrale (comma 2, art. 117). Va infine aggiunto il potere sostitutivo del Governo a tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica dell'ordinamento, e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni, da esercitarsi a prescindere dai confini territoriali dei governi locali (comma 2, art. 120).

24. Deve inoltre trattarsi di interventi non a portata generale, bensì indirizzati a determinati enti o categorie di enti. La relativa disciplina è contenuta nel decreto legislativo del 30 maggio 2011, n.88, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 giugno 2011, n.143, rubricato: Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 42.

25. Ai sensi del comma III dell'art. 117: "Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato".

È interessante notare come nell'inerzia del legislatore statale nel dare attuazione all'art. 119 Cost. sia più volte intervenuta la Corte costituzionale, la quale –svolgendo una funzione dove possibile supplente– ha elaborato dei criteri per far fronte alla crescente incertezza normativa e ha sviluppato un orientamento giurisprudenziale particolarmente attento al rispetto del principio di unità nazionale e garante del ruolo fondamentale dello Stato nel coordinamento della finanza pubblica,²⁶ in parziale controtendenza rispetto allo spirito della riforma.

In diverse pronunce la Corte non ha mancato peraltro di sottolineare la necessità di procedere alla “doverosa attuazione” dell'art. 119,²⁷ ravvisando non pochi limiti all'esercizio dei poteri *ivi* riconosciuti, non da ultimo per la necessità di assicurare le risorse finanziarie adeguate al nuovo assetto di competenze. Si pensi ad esempio ai principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, menzionati al comma 2 dell'art. 119, i quali costituiscono un limite all'esercizio della potestà impositiva da parte di Regioni ed enti locali. In carenza della richiamata disciplina statale, la Corte ha infatti negato la potestà –quanto meno per le Regioni ordinarie–²⁸ di istituire tributi propri, in deroga al principio generale che normalmente si applica alle materie che –come il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario– rientrano nella potestà concorrente. Infatti, nel caso particolare dei principi di coordinamento la Corte non ha ritenuto le Regioni legittimate a desumere questi principi dalla legislazione statale vigente in materia²⁹ e, di conseguenza, l'esercizio della potestà impositiva regionale –essendo subordinato ad un intervento legislativo statale– è rimasta congelata

26. Sul punto e per una selezionata rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia si veda: Cristina Fraenkel-Haeberle, “Il federalismo fiscale nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V”, in Jens Woelk (a cura di), *Federalismo fiscale tra differenziazione...*, 2010, pp. 37-52.

27. Così, *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenza n. 37/2004 e sentenza n. 193/2007.

28. Un orientamento diverso è stato fatto proprio dalla Corte costituzionale con riferimento alle regioni speciali. Per una disamina della giurisprudenza in materia si veda: Sara Parolari, “Il regime finanziario delle autonomie speciali nella giurisprudenza costituzionale: uno sguardo al Trentino-Alto Adige/Südtirol”, in Jens Woelk (a cura di), *Federalismo fiscale tra differenziazione...*, 2010, pp. 53-68.

29. Sul punto si veda: Raffaele Bifulco, “Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale”, in *Astrid Rassegna*, 93, 2009,

per otto anni,³⁰ fino a quando i principi medesimi non hanno trovato la loro disciplina nella legge 42/2009 la quale –per espressa previsione del legislatore– “reca disposizioni volte a stabilire in via esclusiva i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”. Oltre alle critiche rivolte dalla dottrina per l’infelice formula utilizzata, per la eccessiva rigidità della locuzione e per il tentativo celato di sovvertire il principio della successione delle leggi nel tempo,³¹ la riforma non può comunque dirsi completa fino a quando non saranno adottati i necessari decreti attuativi.

4. La legge delega 42/2009 e i decreti attuativi: in cerca di un equilibrio tra responsabilizzazione e solidarietà

In attuazione del dettato costituzionale e delle previsioni di cui alla legge 42/2009, il nuovo assetto delle relazioni finanziarie nell’ordinamento italiano prevede dunque il progressivo passaggio da un modello di finanza derivata (ovvero basato su trasferimenti erariali) ad un sistema capace di garantire una maggiore autonomia di entrata e di spesa in capo agli enti territoriali, perseguendo una maggiore responsabilizzazione degli stessi, pur nel rispetto dei principi di solidarietà e coesione sociale ed economica.³²

Al riguardo può essere interessante soffermarsi su alcuni degli aspetti più salienti della legge richiamata indagando il modo in cui i

30. Sul punto –e per una nota a Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2004– si veda: Matteo Barbero, “Dalla Corte costituzionale un “vademecum” per l’attuazione dell’articolo 119 della Costituzione”, in *Federalismi.it*, 5, 2004.

31. Così, comma 1, art. 1, Legge n. 42/2009, rubricato “ambito di intervento”. Da più parti in dottrina sono state mosse diverse critiche alla locuzione “in via esclusiva” riferita alle disposizioni della legge 42 con riferimento ai principi di coordinamento della finanza pubblica. Sul punto si rinvia a: Guido Rivosecchi, “La legge delega sul federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: la difficile quadratura del cerchio”, in Andrea De Petris (a cura di), *Federalismo fiscale “learning by doing”: modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Milano, Cedam, 2010, pp. 128-130.

32. Si veda *ex multis* Giandomenico Falcon, “Che cosa attendersi e che cosa non attendersi dal federalismo fiscale” (editoriale), *Le Regioni*, 4-5, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 765-770; Roberto Bin, “Che ha di federale il federalismo fiscale”, *Le Istituzioni del Federalismo*, 5, Rimini, Maggioli editore, 2008, pp. 525-530.

principi ispiratori della riforma, pur espressione di esigenze diverse, hanno saputo trovare composizione.³³ Per la vastità dell'argomento si è scelto di focalizzare l'attenzione sulle relazioni finanziarie Stato-Regioni, tralasciando gli aspetti riguardanti i rapporti con gli Enti locali, che meriterebbero una trattazione a parte, in particolare alla luce dell'adozione dei decreti attuativi sul cd. federalismo municipale e sui fabbisogni standard di Province, Comuni e Città metropolitane.³⁴

Di seguito verrà analizzata, in primo luogo, la riforma delle modalità di finanziamento delle Regioni ordinarie rivolta ad un rafforzamento dell'autonomia di entrata delle stesse, con la quale si vuole perseguire un effetto di responsabilizzazione politico-finanziaria; in secondo luogo, ci si soffermerà sul meccanismo di perequazione, in cui si cerca invece di porre in equilibrio la responsabilità finanziaria con la solidarietà nazionale.

4.1. L'autonomia di entrata delle regioni: primi passi verso la responsabilizzazione finanziaria?

Con il "federalismo fiscale" ciascun ente territoriale diventa responsabile del finanziamento delle funzioni pubbliche ad esso attribuite. È stato cioè introdotto il principio dell'autosufficienza,³⁵ in base al quale la copertura della spesa pubblica decentrata deve essere garantita facendo ricorso a risorse autonome: l'articolo 119 della Costituzione nell'elencare le fonti di finanziamento menziona le entrate e i tributi propri e le partecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio (comma 2 e 3), a cui si aggiungono le risorse

33. Per un rapporto sullo stato dell'arte nell'attuazione della riforma del Titolo V e in particolare del cd. federalismo fiscale, si veda rispettivamente per gli anni 2010 e 2011: Elisabeth Alber, Carolin Zwilling, Alice Valdesalici, "Italiens Finanzföderalismus: Finanzautonomie, gesamtstaatliche Koordinierung und politischer Druck aus dem Norden", in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2010, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa, Baden-Baden, Nomos, p. 245-259; e Elisabeth Alber, "Einer für alle, alle für einen? Eine finanzföderalistische Zwischenbilanz rund um das Jubiläum 150 Jahre italienische Staatseinheit", in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2011, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa, Baden-Baden, Nomos, 2011.

34. Si tratta, rispettivamente, dei decreti legislativi n. 23 del 14 marzo 2011 e n. 216 del 26 novembre 2010.

35. Rivosecchi, *La legge delega sul federalismo fiscale...*, 2010, p. 124.

se provenienti da un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante (comma 4).

Per superare la situazione di pressoché totale deresponsabilizzazione degli enti territoriali nel reperimento di risorse atte a finanziare le proprie funzioni, si imponeva un cambio di rotta qualitativo nelle modalità di finanziamento: si è disposta la soppressione dei trasferimenti erariali, promuovendo al suo posto la fiscalizzazione delle entrate. Sul punto, la legge 42/2009 fornisce indicazioni di carattere solo generale rinviando per la concreta individuazione del nuovo assetto regionale delle entrate ad un apposito decreto attuativo. Si tratta del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 il quale interviene sul federalismo regionale, da un lato, proprio prevedendo la soppressione dei trasferimenti statali e, dall'altro, individuando la combinazione di tributi ritenuta adeguata per garantire alle Regioni le risorse necessarie all'espletamento delle proprie funzioni: ovvero tributi propri in senso stretto, istituiti quindi con legge regionale, tributi propri derivati, istituiti con legge statale ma il cui gettito spetta alle Regioni, e compartecipazioni a tributi erariali.

Nella sostanza il decreto legislativo non sembra aver introdotto alcuna rivoluzione dello *status quo*. Pur fondando la finanza regionale su entrate di origine tributaria, vengono, infatti, confermate per il finanziamento della spesa pubblica regionale le voci tributarie precedenti, mentre le novità più interessanti – e il linea con l'effetto responsabilizzante perseguito – riguardano semmai i criteri adottati per il riparto del gettito e la possibilità per le Regioni di manovrare le aliquote con riferimento ad alcuni tributi.

Si ritrova, infatti, la compartecipazione all'Imposta sul Valore Aggiunto (cd. IVA, oggi al 44,72%), ma nel riparto della quota di spettanza di ciascuna Regione viene promosso un legame stretto con la ricchezza direttamente prodotta dal territorio:³⁶ conseguentemente nel calcolo dell'ammontare di spettanza di ciascun ente si prende-

36. Si veda sul punto e per un approfondimento: Enrico Buglione, Ettore Jorio, "Schema di decreto legislativo in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario", in Antonio Ferrara, Giulio M. Salerno (a cura di), *Il federalismo fiscale. Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene editore, 2011 (ristampa aggiornata); Ettore Jorio, "Il federalismo fiscale e la sua attuazione in itinere", in *Astrid Rassegna*, 3, 2011.

rà come riferimento il gettito effettivamente riscosso sul territorio dell'ente e non più il gettito virtuale legato ai consumi fissati dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT). Il sistema fino ad oggi applicato si basa, infatti, su dati statistici che prescindono totalmente da quanto effettivamente riscosso e finiscono per favorire le Regioni dove maggiore è il tasso di evasione fiscale.³⁷ Il nuovo sistema si fonda, all'opposto, sul dato reale, contribuendo così a ridurre la forbice tra responsabilità di spesa e responsabilità di entrata.

Potenzialmente interessanti sono poi le novità relative all'addizionale regionale sull'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e all'imposta sul reddito delle attività produttive (IRAP). Per entrambe viene infatti riconosciuta la facoltà per le Regioni di manovrare le aliquote entro il tetto massimo fissato dallo Stato³⁸ e di prevedere detrazioni in favore della famiglia, in linea con l'obiettivo previsto dalla legge 42/2009 di individuare strumenti idonei a dare attuazione al *favor familiae* –che trova la propria copertura costituzionale negli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione– e di quello, ancor più generale, di prevedere politiche fiscali che valorizzino la sussidiarietà orizzontale.³⁹ Il riconoscimento di una certa flessibilità fiscale dovrebbe garantire, da un lato, l'erogazione da parte delle Regioni delle prestazioni pubbliche di propria competenza anche nei territori con minore capacità fiscale, dall'altro, potrebbe favorire la semplificazione amministrativa e la riduzione dei costi burocratici, sostituendo all'attuale sistema di prelievo fiscale e successiva redistribuzione attraverso sussidi e contributi pubblici, un meccanismo di compensazione diretta da realizzarsi attraverso strumenti quali le detrazioni o le esenzioni d'imposta.⁴⁰

37. Sul punto si veda: Luca Antonini, "La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova Legge sul federalismo fiscale", *I quaderni della sussidiarietà*, 7, Milano, Fondazione per la sussidiarietà, 2009, pp. 19-21.

38. Con riferimento all'addizionale regionale IRPEF sull'aliquota base allo 0,9% sono possibili variazioni verso l'alto, nei limiti rispettivamente dello 0,5% per l'anno 2013, dell'1,1% per il 2014 e infine del 2,1% a partire dal 2015. Con riferimento all'IRAP viene confermata l'aliquota attuale al 3,9%, ma viene attribuita alle regioni la facoltà di ridurla, fino ad azzerarla, oppure di prevedere deduzioni, purché all'addizionale IRPEF non sia stata applicata una maggiorazione superiore a 0,5%.

39. Così, lettere ff) e gg), comma 2, art. 2, legge 42/2009. Sulla manovrabilità dei tributi si veda l'interessante contributo di: Luca Antonini, "La manovrabilità dei tributi propri. Commento art. 7 l. n. 42 del 2009", in *Astrid Rassegna*, 1, 2009.

40. Si veda: Antonini, *La rivincita della responsabilità ...*, 2009, pp. 16-18.

Quanto alla possibilità di istituire tributi propri, essendo sottoposta al divieto di doppia imposizione sul medesimo presupposto, la portata delle previsione viene vanificata nella sostanza: il tributo più rilevante sarà forse la tassa automobilistica regionale, laddove gli altri tributi propri previsti dal decreto saranno di poco peso dal punto di vista del gettito.⁴¹ Con la conseguenza che le decisioni più rilevanti riguardanti l'opportunità e la misura dell'imposizione fiscale destinata alle Regioni continueranno ad appartenere allo Stato.

Conseguentemente, se la previsione di un sistema fiscale flessibile potrebbe perseguire un effetto di responsabilizzazione finanziaria degli enti, in quanto questi potrebbero intervenire sulla leva fiscale per far fronte alla spesa decentrata, è pur vero che il ruolo assolutamente marginale rivestito dai tributi propri, oltre alla previsione da parte dello Stato di tetti massimi entro i quali le Regioni possono manovrare le aliquote, ne riduce fortemente la portata innovativa e frena i progressi ottenuti in termini di responsabilità diffusa.⁴² Si tratta tuttavia di limiti la cui previsione appare giustificata dalla volontà di ridurre il rischio di violazioni del principio costituzionale del concorso alla spesa pubblica in ragione della capacità contributiva e della progressività del prelievo fiscale.⁴³

Inoltre, l'inasprimento del patto di stabilità interno contenuto nelle norme per la stabilizzazione finanziaria,⁴⁴ *in primis* per le mo-

41. Si veda: Gilberto Muraro, "Federalismo regionale: la rivoluzione può attendere", in *Lavoce.info*, 05.04.2011. Con riferimento ai tributi propri emblematico è stato il caso della "Tassa di concessione per la ricerca e la raccolta dei tartufi" istituita con legge regionale n. 30/1988 dal Veneto e poco dopo abrogata per l'esiguità del gettito. Peraltro la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 297/2003, ha dichiarato che si è trattato di uno dei pochi esempi di tributi propri regionali, nel significato di tributi istituiti con legge regionale.

42. Si veda, Mario Vanni, "Riflessioni in tema di federalismo fiscale, responsabilità politica e tetti massimi di incremento da parte dello Stato", in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5, 2008, pp. 531-537.

43. Ai sensi dell'art. 53 Costituzione. Sul rischio di violazione dell'art. 53 Costituzione, si veda: Franco Bassanini, Giorgio Macchiotta, "I principi della delega per l'attuazione del federalismo fiscale. Commento all'articolo 2 della legge n. 42 del 2009", in *Astrid Rassegna*, 1, 2009.

44. Si tratta del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito con Legge di conversione 15 luglio 2011, n. 111, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 16 luglio 2011, n. 164, recante "disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", comunemente nota come manovra 2011, e del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabi-

dalità procedurali con cui è stato introdotto –ovvero senza un coinvolgimento diretto degli enti territoriali– importa un'ulteriore deriva del principio di autonomia a favore di un sistema a tendenza accentratrice.

4.2. Dalla spesa storica ai costi standard: come declinare la responsabilizzazione finanziaria nel rispetto della solidarietà

Uno degli obiettivi principali della riforma è il superamento della regola che in passato fondava il riparto delle risorse pubbliche sulla spesa storica, in base alla quale un'amministrazione riceveva quanto aveva speso nell'esercizio finanziario precedente; così congelando gli sprechi e le inefficienze dell'amministrazione stessa e favorendo un progressivo e incontrollato aumento della spesa pubblica, a scapito dell'efficienza complessiva del sistema. Si pensi, in particolare, alle anomalie che si sono riscontrate fino al recente passato nel settore della sanità, dove benché si trattasse di materia di competenza esclusiva regionale, lo Stato è dovuto intervenire a ripianare i deficit di bilancio in diverse Regioni.⁴⁵

Il modello di "federalismo fiscale" proposto per l'Italia vorrebbe realizzare un sistema capace di coniugare la responsabilizzazione finanziaria con una forte impronta solidale, al fine di garantire l'uguaglianza nel godimento delle prestazioni essenziali e fondamentali su tutto il territorio nazionale. La sintesi tra le due dimensioni si è tradotta nella previsione di un sistema di perequazione delle risorse, che fonda il finanziamento delle spese per le funzioni attribuite ai diversi livelli di governo –a regime– sui cd. fabbisogni e costi standard, questi ultimi calcolati sul costo di erogazione di un servizio in condi-

lizzazione finanziaria e per lo sviluppo", convertito con la Legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148, pubblicata nella G.U. 16 settembre 2011, n. 216, cd. Manovra bis.

45. Lo Stato ha stanziato tra il 2007 e il 2008 12,1 miliardi di euro a favore di cinque regioni con i bilanci in rosso nella sanità: si tratta di Abruzzo, Campania, Lazio, Molise, Sicilia. Inoltre al mese di giugno 2010, quattro regioni era sotto commissariamento e otto impegnate in piani di rientro dai disavanzi. Per altro il livello di caos raggiunto nelle finanze pubbliche di certe regioni è tale che in un caso ci sono voluti sei mesi per ricostruire il relativo bilancio. Così, Governo, Relazione sul federalismo fiscale, 30.06.2010, disponibile al seguente link: www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo_relazione/relazione_federalismo.pdf.

zioni di efficienza, escludendo dal conteggio gli sprechi.⁴⁶ È infatti sulla base di costi standard - uguali per tutti - che ogni ente è tenuto a garantire il finanziamento integrale dei cd. livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, nonché delle funzioni fondamentali.

Per comprendere la portata di questa innovazione è opportuno richiamare la classificazione delle spese operata dalla stessa legge 42/2009, la quale distingue tra spese relative ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali –che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (cd. LEP)– e funzioni fondamentali degli enti locali (Comuni, Province e Città metropolitane), da un lato,⁴⁷ e spese relative alle altre funzioni, dall'altro.

È bene osservare che i cd. LEP oltre a rientrare nell'elenco delle competenze legislative esclusive dello Stato, appartengono a quelle competenze di carattere trasversale, poste a garanzia dell'unità dell'ordinamento. Conseguentemente, la competenza *ratione materiae* non assume in questo caso rilevanza, spettando sempre e comunque allo Stato –a prescindere dalla materia in cui rientra la prestazione– la determinazione dei livelli essenziali che devono essere garantiti in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale. In particolare, rientrano in questa categoria le prestazioni erogate nei settori della sanità, dell'assistenza, dell'istruzione, con riferimento alle spese amministrative, e del trasporto pubblico locale, per quanto concerne le spese in conto capitale,⁴⁸ corrispondenti complessivamente a circa il 90% del bilancio regionale.⁴⁹ Nelle more dell'adozione di una legge *ad hoc* si applica la disciplina transitoria fissata dalla legge 42, per cui si considerano essenziali i livelli determinati dalla legislazione statale vigente.⁵⁰

46. Sul punto la Relazione del Governo sul federalismo fiscale del 30 giugno 2010 (paragrafo 4, punto E), riporta esempi utili per comprendere la reale portata della divario esistente sul lato della spesa pubblica con riferimento specifico alle diversità ingenti che si registrano con riferimento al costo delle prestazioni in sanità.

47. Rispettivamente lettera m) e p), comma II, art. 117 Costituzione.

48. La classificazione delle spese regionali è dettagliata all'art. 14, D.lgs. n. 68 del 6 maggio 2011 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché determinazione dei costi e dei fabbisogni standard del settore sanitario).

49. Così, Antonini, *La rivincita della responsabilità...*, 2009, p. 14.

50. Comma 2, art. 20, legge 42/2009.

Lo stesso discorso si può riproporre per le sopra menzionate funzioni fondamentali degli enti locali, poiché anche questa categoria appartiene alla competenza statale esclusiva ed assume, analogamente ai LEP, natura trasversale. Con la differenza che, fino a quando il legislatore non interverrà per determinare quali sono le funzioni da considerarsi “fondamentali” e quali invece non lo sono, manca in questo caso un qualsivoglia ancoraggio normativo.⁵¹

Questa classificazione rappresenta il punto nevralgico del sistema poiché è proprio su questa distinzione che la legge 42/2009 fonda due distinti sistemi di perequazione: uno per i livelli essenziali e le funzioni fondamentali e uno residuale, per tutte le altre, creando in questo modo una segmentazione tra le diverse funzioni⁵² attribuite agli enti –forse quasi una discriminazione– e conseguentemente una separazione delle rispettive sorti. Infatti, la legge 42/2009 introduce la garanzia del finanziamento integrale per le prestazioni pubbliche classificate come essenziali e fondamentali, limitandosi a prevedere una perequazione solo parziale per le altre funzioni, in apparente contrasto con il dettato costituzionale in cui all’opposto non si trova traccia alcuna di questa differenziazione (comma 4, art. 119).

Con riferimento ai livelli essenziali e alle funzioni fondamentali la garanzia del finanziamento integrale viene tuttavia parametrata sui fabbisogni standard, che –nel caso delle Regioni– sono dati dai costi standard associati ai livelli essenziali delle prestazioni, fissati dalla legge statale.⁵³ Di conseguenza, l’ammontare della perequazione sarà dato dalla differenza tra il gettito derivante dalle entrate desti-

51. Per colmare la lacuna la stessa legge 42/2009 (art. 21) ha dettato alcune regole in via transitoria: oltre a prevedere che il finanziamento degli enti locali sarà calcolato considerando l’80% delle spese come “fondamentali”, contiene un elenco delle funzioni che provvisoriamente si devono far rientrare in questa categoria.

52. In questo senso Bassanini, Macciotta, *Il disegno di legge sulla attuazione del federalismo...*, 2009 e Rivosecchi, *La legge delega sul federalismo fiscale...*, 2010, p. 133.

53. Per gli enti locali la stima dei fabbisogni avverrà prendendo in considerazione –ai sensi dell’art. 13, co. 1, lett. c), legge 42/2009– “un indicatore di fabbisogno finanziario, calcolato come differenza tra il valore standardizzato della spesa corrente al netto degli interessi e il valore standardizzato del gettito dei tributi ed entrate proprie di applicazione generale e indicatori di fabbisogno di infrastrutture, in coerenza con la programmazione regionale di settore, per il finanziamento della spesa in conto capitale; tali indicatori tengono conto dell’entità dei finanziamenti dell’Unione europea di carattere infrastrutturale ricevuti dagli enti locali e del vincolo di addizionalità cui questi sono soggetti”.

nate al finanziamento delle funzioni essenziali ed il fabbisogno standard. Laddove questa differenza sia negativa e, quindi, il fabbisogno superi le entrate l'ente avrà diritto a ricevere una quota del fondo perequativo per l'ammontare corrispondente.⁵⁴

Diversamente per le altre funzioni, concretamente erogate dalle Regioni e dagli Enti locali ma classificate come non essenziali e non fondamentali, non è prevista la garanzia della perequazione integrale, bensì più genericamente una perequazione delle capacità fiscali; ciò in modo tale da ridurre adeguatamente le differenze esistenti tra le diverse realtà territoriali in termini di capacità fiscale *pro capite*, senza tuttavia alterarne l'ordine e senza impedirne l'evoluzione nel tempo, connessa a modifiche del contesto economico-territoriale. La copertura delle spese relative dovrà quindi essere assicurata facendo ricorso alle potenzialità fiscali degli enti, essendo il concorso della perequazione solo parziale.⁵⁵

Ciò detto con riferimento tanto alla classificazione e relativo finanziamento delle spese, quanto ai diversi sistemi di perequazione, risulta con evidenza quali debbano essere i prossimi passi necessari per dare attuazione alla riforma: ovvero la classificazione con legge statale delle prestazioni nelle due categorie e, successivamente, l'attribuzione alle medesime di un contenuto finanziario standardizzato.⁵⁶ Trattandosi di condizioni imprescindibili per il passaggio al nuovo sistema sarebbe opportuno che venissero fissate quanto prima.

54. In particolare, le prestazioni essenziali delle Regioni dovranno a regime essere finanziate –ai sensi dell'art. 8, co. 1, lett. d), legge 42/2009– “con il gettito, valutato ad aliquota e base imponibile uniformi, di tributi propri derivati (ad es. l'IRAP fino alla data di sostituzione con altri tributi), dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e della compartecipazione regionale all'IVA, nonché con quote specifiche del fondo perequativo, in modo tale da garantire nelle predette condizioni il finanziamento integrale in ciascuna regione”. Per la relativa disciplina attuativa si veda l'art. 15 del d.lgs. n. 68 del 6 maggio 2011. Per una valutazione economica sulla sostenibilità di tale scelta, si veda: Giancarlo Pola, Leonzio Rizzo, “Il federalismo non si fonda sull'IVA”, in *Lavoce.info*, 17.04.2009.

55. Sul tema dei fabbisogni standard e della perequazione parziale, si veda: Franco Bassanini, “Una riforma difficile (ma necessaria): il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione”, in *Astrid Rassegna*, 14, 2010.

56. Claudio Tucciarelli, “Federalismo fiscale, ma non solo: la legge n. 42 del 2009”, in Antonio Ferrara, Giulio M. Salerno (a cura di), *Il federalismo fiscale. Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene editore, 2010, p. 22.

Infatti, la legge 42/2009 ha solamente introdotto la garanzia del finanziamento integrale delle spese essenziali e fondamentali e previsto i parametri in base ai quali procedere –ovvero fabbisogni e costi standard– ma il compito sia dell'individuazione della metodologia da seguire per il calcolo degli stessi, sia della quantificazione economica, è stato di fatto affidato ai decreti attuativi del Governo. Un primo decreto sui costi e fabbisogni standard degli enti locali è stato peraltro adottato nel novembre del 2010,⁵⁷ ma la norma non rappresenta un grande passo in avanti, poiché si limita ad affidare ad una società esterna⁵⁸ non solo la raccolta dei dati, la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard e il monitoraggio del sistema, ma anche la stessa elaborazione della metodologia concreta con cui pervenire alla stima dei valori standard.

Un piccolo progresso è stato compiuto sul versante dei costi standard nel settore della sanità, che hanno trovato una prima disciplina di sistema, con riferimento al metodo con cui procedere nella relativa quantificazione e nella individuazione delle regioni di riferimento (*benchmark*), nel decreto 68/2011.⁵⁹ Si tratta di un passo significativo ma non rivoluzionario, poiché nella sostanza nella materia sanitaria qualcosa di simile c'era già prima.⁶⁰ Il problema in questo settore sembra piuttosto essere il rispetto dei criteri, fortemente disincentivato dalla prassi statale di intervenire a ripianare i disavanzi di bilancio. Inoltre grandi assenti sono ancor oggi i valori standard delle altre prestazioni nei settori ugualmente essenziali dell'istruzione e dell'assistenza.

57. D.lgs. n. 216 del 26 novembre 2010.

58. Si tratta della Società per gli studi di settore (Sose spa), a cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti.

59. Si rinvia per le modalità di determinazione dei costi e fabbisogni standard regionali nel settore della sanità all'art. 27 del d.lgs. 68/2011. Per un commento al decreto legislativo richiamato, si rinvia a: Ettore Jorio, "un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale, provinciale, nonché sul finanziamento della sanità (... cinque dubbi di costituzionalità)", in *federalismi.it*, 12, 2011.

60. Infatti già con il d.lgs. 502/1992 si era formalmente abbandonato il sistema di finanziamento della sanità basato sulla spesa storica, prevedendo al suo posto un finanziamento a quota capitaria, ovvero proporzionato al numero degli abitanti, e quindi legato al concetto di "standard" per assicurare livelli uniformi di prestazioni sanitarie su tutto il territorio nazionale. Per un approfondimento, si veda: Massimo Bordignon, Nerina Dirindin, "Costi standard: nome nuovo per vecchi metodi", in *Lavoce.info*, 28.09.2010.

Nonostante siano trascorsi più di due anni dall'adozione della legge 42/2009, si è quindi deciso ancora troppo poco sia sul fronte dei costi standard che su quello dei livelli essenziali delle prestazioni, nonostante si tratti di due tasselli indispensabili per poter procedere all'attuazione della riforma.

Inoltre, la scelta di affidare un compito così fondamentale ad una società esterna che – ancorché a partecipazione pubblica – è estranea ai canali di legittimazione democratica (anche indiretti) è discutibile, imponendo la determinazione dei fabbisogni standard anche valutazioni di carattere necessariamente politico.

Il Governo non sembra essere in grado di giungere ad una disciplina esaustiva in materia di perequazione e di costi standard, forse per l'impossibilità di pervenire al necessario compromesso con le istituzioni e gli enti coinvolti nel tortuoso percorso legislativo da seguire per l'adozione dei decreti attuativi, o forse proprio per la mancanza di una effettiva volontà politica.

Peraltro, in questo complesso meccanismo manca ancora la definizione delle capacità fiscali dei singoli territori, al netto della diversa incidenza territoriale dell'evasione fiscale, nonostante, come evidenziato da più parti, la capacità fiscale costituisca uno dei punti cruciali per poter pervenire al calcolo delle quote del fondo perequativo di spettanza di ciascuna Regione. Infatti, è a partire da questo dato che si calcolano nel caso della perequazione integrale, le quote del fondo perequativo, essendo il relativo ammontare riconducibile alla differenza tra fabbisogno e gettito prodotto. Considerazione che vale a maggior ragione per la perequazione parziale,⁶¹ che è rapportata proprio alle differenze regionali in termini di capacità fiscale e ne prevede una riduzione in misura non inferiore al 75 per cento.⁶²

Ciò detto è evidente il rischio di una spaccatura del panorama regionale (oltre che di quello locale) nel caso in cui nel calcolo dei fabbisogni standard non vengano presi in debita considerazione gli squilibri esistenti nel Paese, e in particolare il divario tra Nord e Sud. Non sono da trascurare nemmeno le distorsioni legate alla situazione

61. Bassanini, *Una riforma difficile (ma necessaria)...*, 2010.

62. Muraro, *Federalismo regionale: la rivoluzione ...*, 2011.

storica di congiuntura economica decisamente sfavorevole che sta vivendo il mondo globale, oltre ai vincoli stringenti imposti dall'Unione europea alle politiche nazionali di bilancio, rispetto alle quali tutti gli enti territoriali devono ritenersi –almeno politicamente– corresponsabilizzati.⁶³

Per ovviare a questo pericolo la legge 42/2009 prevede, da un lato, il passaggio graduale al nuovo sistema, dall'altro, integra la perequazione per così dire ordinaria prevedendo altri strumenti a sostegno delle aree deboli, con i quali si cerca di assicurare a tutti gli enti un uguale punto di partenza. Tra questi, ad esempio, le forme di fiscalità di vantaggio a favore del cd. Mezzogiorno,⁶⁴ come ad esempio quelle previste nella manovra finanziaria del luglio 2010⁶⁵ con cui si è riconosciuta la possibilità ad alcune Regioni del sud Italia di intervenire, con propria legge, sull'imposta regionale sulle attività produttive per modificarne le aliquote, fino ad azzerarle, e disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni nei riguardi delle nuove iniziative produttive. Oppure, ancora, la perequazione infrastrutturale, per sviluppare la dotazione infrastrutturale,⁶⁶ o la previsione di risorse aggiuntive (trasferimenti erariali aggiuntivi) e interventi speciali (programmi speciali di intervento) in ottemperanza al comma V, art. 119 Cost.

5. Le fonti "speciali" dell'ordinamento finanziario italiano

Le considerazioni sinora svolte valgono, nel sistema italiano, solamente per gli enti che godono di un'autonomia ordinaria. Le autonomie speciali si trovano in una posizione asimmetrica e differen-

63. Per un'ottima analisi costi-benefici del passaggio al sistema dei costi standard, e quindi degli incentivi che il nuovo sistema sarà o non sarà capace di fornire all'efficienza della pubblica amministrazione, si veda: Carlo Buratti, "Il cantiere federalista: un complesso di riforme poco coerenti", *Federalismo fiscale*, Napoli, Jovene editore, 1, 2010, pp. 30-33.

64. Ovvero delle regioni dell'Italia meridionale.

65. Si tratta della cd. manovra Tremonti adottata con Decreto Legge n. 78, del 31 maggio 2010, recante "misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica".

66. Lo strumento è disciplinato all'art. 22 della Legge delega. Per dettagli sulle sorti del relativo decreto attuativo si veda la nota 5 del presente contributo.

ziata, la quale si perpetra sul versante finanziario anche sotto il profilo che qui interessa relativo alle fonti normative.

La specialità finanziaria, affermata dalla giurisprudenza costituzionale già prima dell'emanazione della legge 42/2009, viene confermata con tale disposizione normativa. La stessa non trova applicazione negli enti dotati di autonomia differenziata, se non per alcune disposizioni specifiche e residuali ad essi espressamente estese.⁶⁷ Tra queste, l'art. 27 il quale disciplina il coordinamento della finanza della specialità con la finanza pubblica statale complessivamente intesa. La disposizione, nell'imporre la partecipazione delle Regioni speciali e delle due Province autonome al riequilibrio della finanza pubblica, non fissa il relativo coinvolgimento con una disciplina puntuale e dettagliata. Nulla si dice, infatti, con riferimento al dato quantitativo di questa partecipazione, ovvero l'ammontare di risorse che ciascun ente dovrà destinare allo scopo, né tantomeno in ordine al dato qualitativo, ovvero quali sono le modalità con cui pervenire ad un coinvolgimento delle autonomie territoriali. La norma si limita a richiamare in modo generico gli obblighi di perequazione e solidarietà, nonché i vincoli imposti dal patto di stabilità interno e gli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, rinviando per la determinazione del coinvolgimento concreto alle norme di attuazione degli statuti di autonomia e accettando così il rischio di una separazione delle sorti dell'autonomia finanziaria speciale rispetto a quella ordinaria.⁶⁸

In questo modo, la delega non fornisce garanzie per un effettivo coordinamento della finanza della specialità con la finanza pubblica statale complessivamente intesa, fine cui l'art. 27 è invece esplicitamente rivolto.

Così procedendo il legislatore nazionale ha perso l'occasione di introdurre principi valevoli per tutti gli enti speciali e quindi di garan-

67. Si tratta dell'art. 15 –sul finanziamento delle città metropolitane– dell'art. 22 –sulla perequazione infrastrutturale– e, infine, dell'art. 27 –sul coordinamento della finanza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome. Quanto alla giurisprudenza costituzionale si consenta il rinvio al contributo di Parolari, "Il regime finanziario delle autonomie speciali...", 2010, pp. 53-68.

68. Così De Martin, Rivosecchi, *Coordinamento della finanza territoriale...*, 2009, pp. 6-7; ed anche, Giuliana Giuseppina Carboni, "La Corte indica le fonti dell'autonomia finanziaria delle Regioni speciali e anticipa le scelte della legge delega sul "federalismo fiscale", *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 720-722.

tire la partecipazione della specialità al riequilibrio della finanza pubblica sulla base di criteri uniformi. Ora la determinazione del coinvolgimento è lasciata infatti ad una decisione eventuale e di natura bilaterale tra lo Stato e il singolo ente autonomo, subordinata al rispetto di peculiari procedure espressione del principio pattizio, ovvero al consenso della Regione medesima.⁶⁹ Conseguentemente, la disciplina del coordinamento della finanza speciale con la finanza pubblica complessivamente intesa non sarà uguale per tutte le Regioni speciali, ma sarà diversificata in relazione alla peculiare situazione di ciascun ente speciale, in ragione di svariati fattori, quali il peso politico, le competenze e i limiti fissati nello Statuto, il livello di sviluppo socio-economico e infrastrutturale.⁷⁰ Ciò con conseguente potenziale differenziazione non solo tra Regioni ordinarie e speciali, ma anche nell'ambito della specialità stessa.⁷¹

La fonte cui l'art. 27 rinvia è dunque la norma di attuazione statutaria che è una fonte di natura pattizia e valore quasi-costituzionale, è espressione di una competenza a carattere riservato e separato⁷² ed è posta ad un livello intermedio tra la fonte costituzionale e quella ordinaria su cui è destinata a prevalere.⁷³

Con tale richiamo si deve ritenere che il legislatore delegato non abbia fatto altro che confermare il quadro normativo di riferimento della specialità finanziaria che risulta fondato sugli Statuti di auto-

69. Così De Martin, Rivosecchi, *Coordinamento della finanza territoriale...*, 2009, p. 5.

70. Sul punto si veda: Dario Immordino, "La specialità finanziaria alla prova del federalismo", *Federalismo fiscale*, 1, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 162.

71. Tanto che si parla di specialità nella specialità. Cfr. sul punto: Francesco Palermo, "Il nuovo regionalismo e il ruolo delle autonomie speciali", *Rassegna Parlamentare*, 4, 2000, pp. 935-971.

72. Per la peculiare funzione delle norme di attuazione rispetto agli statuti, insieme alla procedura prevista per la loro adozione, la giurisprudenza attribuisce a queste norme una "competenza separata e riservata", contribuendo a garantire la prevalenza di queste fonti rispetto alle leggi ordinarie e, al tempo stesso, conciliando le esigenze della specialità con quelle dell'unità dell'ordinamento. Cfr. Corte Cost. n. 213/1998, punto 4.2. del considerato in diritto; n. 237/1983, punto 2 del considerato in diritto; n. 160/1985, punto 2 del considerato in diritto; n. 180/1990, punto 3 del considerato in diritto; n. 137/1998, punto 3 del considerato in diritto.

73. La natura delle norme di attuazione statutaria è ormai pacifica sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale. Si veda, tra i tanti, Roberto Chieppa, "Le esperienze delle commissioni paritetiche e il valore delle norme di attuazione degli statuti speciali regionali", *Le Regioni*, 6, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 1051-1076.

mia (si legga: legge costituzionale) e sulle relative norme di attuazione (si legga: decreti legislativi), ovvero su fonti formalmente statali, ma “regionali” per l’ambito di applicazione, perché aventi ad oggetto la finanza delle autonomie speciali.

È evidente che, anche dopo l’adozione della legge 42/2009, laddove la partecipazione agli obiettivi nazionali indicati dall’art. 27 richieda una revisione statutaria, questa dovrà avvenire *in primis* nel rispetto della particolare procedura prevista dagli statuti speciali medesimi ovvero attraverso l’adozione di una legge statale rinforzata.⁷⁴

Ogni eventuale revisione statutaria in materia finanziaria nel rispetto di questa procedura implica poi una specifica disciplina di attuazione riservata appunto allo strumento delle norme di attuazione da adottarsi secondo quanto previsto nei rispettivi statuti. Sotto il profilo formale, si tratta di atti normativi adottati dal Governo nella forma del decreto legislativo, ma nel rispetto di una procedura del tutto peculiare. Infatti, contrariamente a quanto previsto in generale dalla Costituzione per l’emanazione dei decreti legislativi,⁷⁵ nel caso delle norme di attuazione appartiene al Governo solamente la competenza ad emanare formalmente l’atto, senza che vi sia una delega preventiva da parte del Parlamento, ma con il coinvolgimento imprescindibile dell’ente territoriale.

Per evitare che l’attuazione dello statuto sia introdotta unilateralmente dal Governo, in spregio alla specialità, gli statuti speciali prevedono, in ossequio al principio pattizio, l’istituzione di Commis-

74. È opportuno ricordare, infatti, che la materia finanziaria speciale ha subito un processo di de-costituzionalizzazione per esplicita previsione degli statuti stessi, la cui conseguenza pratica è la maggiore flessibilità delle norme relative che, pur costituendo parametro di legittimità costituzionale al pari delle altre disposizioni statutarie, possono essere modificate con un procedimento di revisione del tutto peculiare cioè attraverso una legge adottata dal Parlamento, ma il cui contenuto è oggetto di accordo tra il Governo, la Regione e le Province, per quanto di rispettiva competenza. Ciò fatta eccezione per la Sicilia che richiede la revisione con legge costituzionale anche delle disposizioni statutarie in materia finanziaria, non essendo prevista alcuna deroga al procedimento ordinario.

75. La delega preventiva del Parlamento al Governo è richiesta per l’adozione dei decreti legislativi dall’art. 76 della Costituzione. Nel caso delle norme di attuazione si parla di una sorta di delega permanente, il cui fondamento normativo si può rinvenire nello Statuto d’autonomia. In questo senso, si vedano, tra le molte, le pronunce della Corte Costituzionale n. 212/1984, punto 2 del considerato in diritto, e n. 160/1985, punto 2 del considerato in diritto.

sioni paritetiche, composte da rappresentanti sia dello Stato che della Regione o delle Province autonome, cui viene formalmente attribuito un potere consultivo;⁷⁶ il Governo può adottare o modificare le norme di attuazione solo con il consenso degli enti interessati espresso proprio per il tramite di questi organismi.⁷⁷

6. Federalismo fiscale e autonomie speciali. In particolare: il caso del Trentino - Alto Adige

Le autonomie speciali viaggiano dunque su un binario parallelo anche sul versante finanziario. Come detto, infatti, l'articolo 27 della legge 42/2009, rivolgendosi agli enti differenziati, impone il coordinamento della finanza pubblica degli stessi con quella statale, in questo modo cercando un bilanciamento tra le esigenze della specialità e la conseguente differenziazione territoriale, da un lato, e la partecipazione al riequilibrio della finanza pubblica,⁷⁸ dall'altro.

Ad oggi, solo tre Regioni speciali su cinque hanno concluso con il Governo centrale l'accordo con cui fissano modalità, termini e ammontare della loro partecipazione a detto riequilibrio della finanza pubblica: si tratta della Regione Trentino-Alto Adige, costituita dalle due Province autonome di Trento e Bolzano, seguite, ad un anno di distanza, dalla Valle D'Aosta e dal Friuli Venezia Giulia.

Un dato è comune a tutti e tre gli accordi: il contenuto è successivamente confluito nella Legge Finanziaria, rispettivamente del 2010 e del 2011, ovvero nella manovra annuale di bilancio. Di conseguenza, i contributi degli enti speciali coinvolti si sono concretizzati in un ri-

76. Così l'art. 48 bis Statuto Valle d'Aosta, l'art. 107 Statuto Trentino-Alto Adige, l'art. 65 dello Statuto Friuli Venezia Giulia, l'art. 56 dello Statuto Sardegna e l'art. 43 dello Statuto Sicilia. Nel caso del Trentino-Alto Adige è prevista l'istituzione di due Commissioni: la cd. Commissione dei dodici composta da sei membri di nomina statale, due nominati dal Consiglio regionale, due dal Consiglio provinciale di Trento e, infine, due da quello di Bolzano, e la cd. Commissione dei sei, istituita in seno alla Commissione precedente e competente per gli aspetti relativi alla Provincia di Bolzano.

77. Sulle norme di attuazione e il ruolo delle Commissioni paritetiche si veda: Francesco Palermo, "Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione", in Joseph Marko, Sergio Ortino e Francesco Palermo (a cura di), *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001, pp. 826-844.

78. Chieppa, *Le esperienze delle commissioni paritetiche...*, 2008, p. 1052.

sparmio di spesa e una conseguente maggiore disponibilità di risorse per il bilancio statale. In particolare, mentre per il Friuli Venezia Giulia l'accordo in materia finanziaria ha comportato esclusivamente un trasferimento di risorse da e verso lo Stato, diversamente per la Valle d'Aosta e il Trentino-Alto Adige la "regolazione dei conti" è stata accompagnata dall'impegno al trasferimento di ulteriori competenze o quanto meno funzioni. Peraltro, mentre nel caso della Valle d'Aosta con l'intesa viene fissato l'oggetto del trasferimento ovvero l'assunzione degli oneri relativi all'esercizio di funzioni statali relativi ai servizi ferroviari di interesse locale, ben più articolata è la situazione per quanto riguarda la Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Trento e Bolzano. In questa sede ci soffermeremo proprio sull'analisi di quest'ultimo ordinamento finanziario, così come definito nei suoi tratti essenziali nel Titolo VI dello Statuto di autonomia,⁷⁹ mettendo in luce le modifiche apportate dall'accordo concluso con il Governo centrale il 30 novembre 2009 a Milano (d'ora in poi: Accordo di Milano).

Per comprendere le dinamiche dell'assetto finanziario vigente, è opportuno chiarire il ruolo rivestito dai tre attori –rispettivamente la Regione Trentino-Alto Adige e le due Province autonome di Trento e Bolzano⁸⁰ nel quadro dell'autonomia. Con l'entrata in vigore nel 1972 del secondo Statuto di Autonomia si è attuato un ampio trasferimento di competenze –prima regionali o statali– in capo alle Province autonome e coerentemente si è verificato un rafforzamento della dotazio-

79. Per una fotografia della finanza regionale e provinciale prima dell'accordo di Milano del 30 novembre 2009, si veda: Thomas Benedikter, "The Financial System of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen", in Jens Woelk, Francesco Palermo, Joseph Marko, (edited by) *Tolerance through law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2008, pp. 105 ss.; Gianfranco Cerea, "Regionalismi del passato e federalismo futuro: cosa insegna l'esperienza delle autonomie speciali", in *Le Regioni*, 3-4, 2009, p. 475-487; Ines und Gennaro Pellegrini, "Die Finanzverfassung der Autonomen Provinz Bozen", in Joseph Marko, Sergio Ortino, Francesco Palermo, Leonhard Voltmer, Jens Woelk (Hrsg.), *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie: die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen / Südtirol*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 227-238.

80. Si osservi che lo Statuto di autonomia nel testo attualmente vigente dal 1° gennaio 2010 è il D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, comunemente noto come "secondo Statuto di autonomia", come modificato dalla Legge Finanziaria 2010 (L. 191/2009), la quale ha recepito il contenuto di cui all'accordo di Milano. Il "primo Statuto di autonomia" per il Trentino-Alto Adige, adottato con L. cost. 26 febbraio 1948, n. 5, è rimasto in vigore fino al 1971. Sotto il suo regime spettava alla Regione – sul versante delle competente attribuite – una posizione preminente, la quale coerentemente si perpetrava anche sul lato delle risorse finanziarie e quindi la finanza regionale era di dimensioni ben maggiori di quella provinciale.

ne finanziaria provinciale e una contestuale riduzione di quella regionale. Pertanto nell'analizzare l'ordinamento finanziario del territorio corrispondente al Trentino-Alto Adige, pur dovendo far riferimento a tutti e tre gli enti, poiché il Titolo VI dello statuto di autonomia è rubricato "finanza della regione e delle province", un ruolo di primo piano è di fatto rivestito dal livello provinciale ed è su di esso che si ripercuoteranno per la parte più rilevante gli effetti della riforma.

Con l'Accordo di Milano si è perseguito un duplice effetto: non solo si è fissato il contributo del territorio alla perequazione nazionale e più in generale al riequilibrio della finanza pubblica, ma al contempo si è rafforzata ulteriormente l'autonomia finanziaria. In primo luogo, i tre enti hanno infatti rinunciato a una quota delle loro entrate e si sono assunti gli oneri finanziari relativi all'esercizio di ulteriori funzioni statali, determinando così un risparmio nel bilancio statale; in secondo luogo, hanno accresciuto la loro autonomia di entrata, sia sul versante delle compartecipazioni, ovvero dei tributi istituiti e regolati con legge statale, il cui gettito viene ripartito *pro quota* –nel caso di specie– tra Stato e comparto Regione/Province, sia sul versante dell'autonomia impositiva, ovvero della facoltà di istituire con legge provinciale o regionale tributi propri.

Con riferimento alle compartecipazioni ai tributi erariali, l'accordo allarga questa ipotesi a quasi tutte le voci tributarie e prevede per tutte l'estensione al 90% della quota di compartecipazione di spettanza del comparto Regione/Province autonome.⁸¹ Un ulteriore rafforzamento dell'autonomia deriva dalla previsione del recupero non solo delle entrate percepite nel territorio, ma anche di quelle afferenti all'ambito regionale e provinciale, benché affluite ad uffici situati fuori dal territorio di riferimento.⁸² Così procedendo

81. Tra le nuove voci cui viene estesa l'ipotesi della compartecipazione provinciale/regionale al 90% troviamo le accise sugli olii da riscaldamento, l'imposta sulle assicurazioni, Ad esclusione di quella per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, l'imposta sui giochi, l'IVA sui prodotti importati, l'imposta sul reddito delle società (IRES) e le imposte sostitutive sulle rendite finanziarie.

82. Così art. 75 bis dello Statuto di Autonomia. Ai sensi dell'art. 75 bis, comma 2, per la determinazione dell'ammontare di spettanza della Regione e delle Province si deve procedere prendendo come riferimento indicatori o altra documentazione idonea per valutare i fenomeni economici che hanno luogo sul territorio interessato. Per alcuni tributi sono inoltre previsti criteri specifici per il calcolo del gettito di spettanza provinciale/regionale.

il nuovo assetto finanziario risulta profondamente legato all'andamento dell'economia locale, determinando una forte responsabilizzazione finanziaria e politica delle Province e realizzando quindi uno degli obiettivi che tipicamente giustificano politiche fiscali in senso federale.

Alcuni progressi si riscontrano anche sul versante dei cd. tributi propri. Le Province e la Regione godevano di un buon livello di autonomia impositiva già sotto il regime finanziario precedente. Al riguardo è stata confermata la facoltà in capo alla Regione e alle Province, nelle materie di rispettiva competenza, di istituire con legge tributi propri, in armonia con i principi del sistema tributario statale, oltre alla facoltà per le Province di istituire imposte e tasse sul turismo,⁸³ a cui si è aggiunto un riferimento esplicito alle tasse automobilistiche, quale tributo proprio provinciale.⁸⁴ La novità più rilevante riguarda tuttavia il riconoscimento in capo alle Province della facoltà di manovrare le aliquote e di prevedere deduzioni, esenzioni o agevolazioni, con riferimento a quei tributi erariali per i quali lo Stato ammette questa possibilità e nei limiti delle aliquote superiori definite dal centro.⁸⁵

Nonostante la previsione statutaria di un certo grado di autonomia impositiva, questa non ha trovato riscontro nella prassi. I tri-

83. Ai sensi dell'art. 72 e 73, comma 1, dello Statuto, prima della modifica apportata dall'accordo di Milano. La Provincia di Bolzano ha adottato una norma di attuazione che definiva –interpretandolo estensivamente– la propria potestà impositiva nel settore del turismo, ricomprendendovi non solo le attività turistiche *strictu sensu*, ma anche quelle “inerenti al turismo”. Successivamente ha tentato di introdurre l'imposta, ma è prevalsa l'opposizione delle associazioni delle categorie economiche interessate.

84. Così, art. 73, comma 1 bis dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010. È prevista inoltre la possibilità, sempre per le Province e con riferimento alle materie di competenza provinciale, di istituire nuovi tributi locali.

85. Tra i tributi interessati si richiamano a titolo esemplificativo l'Imposta sul reddito delle attività produttive (IRAP), l'Imposta comunale sugli immobili (ICI, con l'eccezione dell'ICI sulla prima casa che è stata abolita), l'addizionale comunale e regionale all'Imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF), l'addizionale sui consumi di energia elettrica. Questa facoltà può essere anche riconosciuta agli enti locali. Questi ultimi potranno, infatti, ex comma 1-bis dell'art. 80 dello Statuto, intervenire per determinare la propria pressione fiscale, laddove si tratti di tributi locali istituiti con legge dello Stato, ma per i quali la Provincia abbia autorizzato gli enti stessi a modificare le aliquote e ad introdurre deduzioni, esenzioni o agevolazioni, purché si operi nei limiti delle aliquote superiori.

buti propri istituiti con legge provinciale sono davvero pochi, tanto da non assumere grande rilevanza all'interno del bilancio.⁸⁶

Se gli effetti positivi sul versante dell'autonomia sono particolarmente rilevanti, non bisogna tuttavia trascurare gli effetti negativi sulle entrate provinciali e regionali complessive, dovuti agli impegni presi dagli enti autonomi in prospettiva di una loro partecipazione necessaria e imprescindibile al riequilibrio della finanza pubblica. La base giuridica è l'articolo 79 dello Statuto nella sua nuova formulazione,⁸⁷ in cui vengono definite modalità e obblighi del concorso della Regione e delle Province⁸⁸ agli obiettivi di perequazione e solidarietà, agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, dal patto di stabilità interno e dalle altre misure di coordinamento della finanza pubblica, in attuazione della previsione normativa di cui all'articolo 27 della legge delega.⁸⁹

Il contributo del Trentino-Alto Adige si è tradotto, da una lato, nella cancellazione di alcune voci di entrata del bilancio provinciale e, dall'altro, nell'assunzione degli oneri e in alcuni casi anche delle relative funzioni o servizi riferibili a competenze statali esercitate sul territorio provinciale.

Sul versante della riduzione delle entrate, sono state cancellate dal bilancio provinciale alcune voci per un ammontare di circa 700

86. L'esempio forse più rilevante è costituito dalla la tassa automobilistica provinciale, istituita all'art. 4, della Legge provinciale 11 settembre 1998, n. 10.

87. Il testo precedente conteneva solamente un riferimento alla Costituzione (art. 119, comma 3), con la specificazione della sua applicabilità alle Province autonome di Trento e Bolzano.

88. Ex art. 79, comma 1, lettera c), dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010, gli oneri sono assunti dalle Province – per un ammontare pari a 100 milioni annui ciascuna – già a partire da quest'anno (2010). Inoltre, ai sensi del comma 4, art. 79, le disposizioni statali in materia - in linea con il disposto di cui all'art. 27 della legge 42/2009 - non trovano applicazione con riferimento ai tre enti autonomi, essendo sostituite dal disposto di cui all'art. 79, nel rispetto dei limiti posti dall'art. 4 e 5 dello Statuto.

89. Il comma 3, art. 79, dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010, stabilisce inoltre che al fine di determinare il concorso agli obiettivi della finanza pubblica, la partecipazione della Regione e delle Province al Patto di stabilità sarà d'ora in poi concordata con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e verrà calcolata con il meccanismo dei saldi di bilancio, anziché con quello basato sulle previsioni di spesa; permettendo così una programmazione delle risorse capace di rispecchiare le reali esigenze della finanza.

milioni di euro,⁹⁰ ma trattandosi per lo più di entrate il cui ammontare veniva negoziato annualmente su base bilaterale tra Stato e Province, si è di fatto limitato l'impatto negativo che queste voci avevano sulla certezza delle risorse a disposizione e conseguentemente sulla possibilità di programmazione della spesa pubblica oltre il breve periodo (annuale).⁹¹

Alle minori entrate vanno poi aggiunti i maggiori oneri finanziari relativi all'esercizio di ulteriori funzioni statali, anche delegate,⁹² nonché il finanziamento di progetti ed iniziative di competenza statale a favore dei territori dei Comuni confinanti appartenenti a Regioni ordinarie, per sopperire ai disagi legati alla loro peculiarità di "territori di confine",⁹³ per un ammontare complessivo di 100 milioni annui a carico di ciascuna Provincia.

Attribuendo agli enti la responsabilità non solo del finanziamento ma anche della gestione delle funzioni medesime, si è determinato un risparmio nel bilancio dello Stato, ma al contempo si è garantita una maggiore autonomia agli enti stessi.⁹⁴

90. Fonte: Provincia autonoma di Bolzano, Ripartizione Finanze e Bilancio.

91. Se si aggiunge poi che la maggior parte di queste entrate erano iscritte nel bilancio, ma si traducevano in entrate virtuali poiché molto volte lo Stato o non le ha proprio versate o le ha pagate solo in parte o con estremo ritardo, gli effetti sulla certezza delle risorse risultano con ancora più evidenza. Per un approfondimento sul significato e sulla rilevanza per l'autonomia finanziaria del Trentino-Alto Adige della c.d. quota variabile e delle altre voci cancellate, si rinvia a: Cerea, *Regionalismi del passato e federalismo futuro...*, 2009, pp. 475-487.; ed anche, Gennaro Pellegrini, "Le finanze della Provincia autonoma di Bolzano", in Marko, Ortino, Palermo, (a cura di), *L'ordinamento speciale...*, p. 500.

92. Ex art. 79, comma 1, lettera c), dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010, e con riferimento ai commi 117-125, art. 2, Legge n. 191/2009.

93. In particolare, lo stanziamento a favore dei territori di confine è fissato in 40 milioni annui e prevede la creazione di un fondo speciale per il finanziamento di progetti per sostenere lo sviluppo socio-economico, l'integrazione e la coesione dei territori dei Comuni appartenenti a Regioni ordinarie confinanti rispettivamente con la Provincia autonoma di Trento e con quella di Bolzano. Sul punto si veda il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 gennaio 2011 (Modalità di riparto dei fondi per lo sviluppo dei comuni siti nelle regioni Veneto e Lombardia confinanti con le provincie autonome di Trento e Bolzano).

94. Il contributo della regionale/provinciale al riequilibrio della finanza pubblica consente un risparmio di spesa e una conseguente maggiore disponibilità di risorse, che è stata recuperata nel bilancio statale già nell'esercizio finanziario 2010, poiché le somme relative sono state inserite in un emendamento alla Legge Finanziaria 2010.

Alle funzioni specificate nell'accordo,⁹⁵ si potranno aggiungere ulteriori oneri e funzioni, specificati sempre mediante accordo tra il Governo e i tre enti autonomi, nel limite di 100 milioni annui a carico di ciascuna Provincia. Infatti, nonostante gli oneri finanziari a carico delle Province per l'esercizio delle ulteriori funzioni siano stati puntualmente definiti nell'Accordo di Milano con riferimento al loro tetto massimo, le funzioni che verranno trasferite non sono state ancora individuate nella loro totalità e, soprattutto, nel caso di funzioni condivise tra Stato e Province autonome, manca una definizione dettagliata dei confini e delle modalità di esercizio delle rispettive competenze.

Il compito di specificare nel dettaglio in che cosa consisteranno queste funzioni, e in particolare il confine tra quanto rimarrà responsabilità dello Stato e quanto verrà invece affidato alla responsabilità delle Province, appartiene infatti alle norme di attuazione dello Statuto, il cui contenuto è attualmente in fase di negoziazione.⁹⁶

Sempre al fine di assicurare il concorso agli obiettivi di finanza pubblica, la Regione e le Province concordano con lo Stato gli obblighi relativi al patto di stabilità interno, con riferimento ai saldi di bilancio da conseguire in ciascun periodo. Si registra un progresso in termini di responsabilizzazione politico-finanziaria, poiché le Province diventano le sole responsabili nei confronti dello Stato del rispetto del patto di stabilità: infatti, pur dovendo anch'esse agire nei limiti degli obiettivi complessivi della finanza pubblica statale, diventano responsabili a cascata del controllo sugli enti locali e sugli altri organismi partecipati.⁹⁷ Sarà quindi possibile modu-

95. Tra le funzioni di cui si prevede il trasferimento o la delega ulteriore si menzionano, ad esempio, il finanziamento e le funzioni statali relative all'Università degli Studi di Trento a carico della Provincia di Trento o ancora il trasferimento a carico della Provincia di Bolzano del finanziamento di infrastrutture di competenza statale sul territorio provinciale (ad esempio la costruzione del nuovo carcere di Bolzano), dei costi di funzionamento del Conservatorio e quelli del servizio di spedizione postale nell'ambito provinciale. Viene inoltre prevista la delega, a carico di entrambe le Province e sempre senza oneri per lo Stato, della competenza in materia di ammortizzatori sociali, con particolare riferimento alle gestione della cassa integrazione, della disoccupazione e della mobilità.

96. Con la sola eccezione della norma di attuazione che disciplina la delega alla Provincia di Trento delle funzioni statali relative all'Università degli Studi di Trento, approvata il 9 giugno 2011.

97. Così, comma 3, art. 79, dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010. Di conseguenza, passerà alle Province il controllo sui Comuni, sui propri enti e organismi strumentali, sulle aziende sanitarie, sulle università non statali di cui all'articolo 17, comma 120, della legge

lare i tagli alla spesa pubblica adeguandoli alle esigenze specifiche del territorio.

Il nuovo assetto finanziario del Trentino-Alto Adige quale risulta dall'Accordo di Milano riduce i margini di incertezza sulle risorse economiche disponibili nel bilancio provinciale, favorendo al contempo una programmazione delle finanze regionali e provinciali migliore e più efficiente sul medio-lungo periodo. La cancellazione delle entrate che erano soggette a negoziazione annuale limita infatti il potere statale di variazione delle risorse da destinare annualmente alle Province. Le compartecipazioni a tributi erariali rappresentano quindi l'elemento costitutivo dell'autonomia finanziaria, favorendo da un lato una maggiore solidità e certezza sul versante delle entrate e, dall'altro, una maggiore responsabilizzazione degli enti autonomi, poiché le entrate sono legate al gettito tributario riferibile al territorio, scommettendo quindi sull'andamento dell'economia locale. Inoltre, con l'accordo viene fissato il concorso finanziario della Regione e delle due Province al riequilibrio della finanza pubblica, così chiudendo la partita con lo Stato relativa alla partecipazione del Trentino-Alto Adige alla perequazione nazionale. Infatti, salvo venga raggiunta una nuova intesa con lo Stato, l'assetto finanziario della Regione e delle due Province autonome è ora blindato rispetto a variazioni imposte unilateralmente dal centro, in quanto nelle fonti dell'autonomia finanziaria trova –come visto– la sua massima espressione il principio pattizio e conseguentemente ogni modifica dell'ordinamento finanziario dovrà necessariamente essere negoziata tra le parti su base bilaterale e paritaria.⁹⁸

7. Conclusioni

Se la riorganizzazione in senso federale delle relazioni finanziarie appare un passaggio obbligato del processo di decentramento

15 maggio 1997, n. 127, sulle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e gli altri enti od organismi a ordinamento regionale o provinciale finanziati dalle stesse in via ordinaria. Spetterà infatti alle province stabilire per questi enti gli obblighi relativi al patto di stabilità interno, oltre alle funzioni di coordinamento con riferimento agli enti locali, nel rispetto di quanto definito d'intesa con Ministro dell'economia e delle finanze.

98. Per la modifica serve l'intesa tra le parti ovvero, ai sensi del comma 2, art. 79, dello Statuto, in vigore dal 1° gennaio 2010, deve avvenire nel rispetto della procedura di cui all'art. 104 dello Statuto di autonomia.

italiano, in atto ormai da quasi 20 anni, preoccupazione emerge sul *quantum* e sul *quomodo* questo debba essere attuato alla luce del contesto socio-economico, oltre che politico e culturale. Nel processo di riforma in corso d'opera manca una visione unitaria e una condivisione degli obiettivi:⁹⁹ si procede infatti attraverso l'adozione di atti normativi isolati scarsamente coordinati tra loro, in cui difficilmente si ritrova la necessaria chiarezza e univocità dei fini perseguiti.

Perplessità emergono anche sulla effettiva capacità del nuovo sistema di garantire l'attuazione dei principi di solidarietà e di uguaglianza, al fine di assicurare l'universalità nel godimento dei diritti civili e sociali sul territorio nazionale e ridurre le diseguaglianze esistenti tanto con riferimento ai livelli di spesa storica quanto con riferimento alle prestazioni pubbliche garantite. Come illustrato nei paragrafi precedenti premessa imprescindibile del nuovo sistema è la determinazione dei cd. costi standard, senza la quale la riforma sarà destinata a rimanere lettera morta. Si tratta quindi di un passaggio obbligato e difficilmente indolore, poiché proprio gli enti la cui spesa è al di sopra degli standard sono generalmente anche quelli economicamente più deboli, in cui si registra un tasso di crescita inferiore alla media e un maggiore deficit infrastrutturale. Pertanto non solo la spesa dovrà essere progressivamente ricondotta (si legga: ridotta) in termini standard, ma contemporaneamente sarà necessario destinare risorse per dotarsi di strutture adeguate per fornire le prestazioni essenziali quanto meno ai livelli minimi prescritti. Il problema sarà quindi non solo quello di garantire la gradualità del passaggio dal vecchio al nuovo modello di finanziamento delle prestazioni, ma anche l'effettività di questo cambiamento, in totale rottura rispetto al sistema fino ad oggi vigente, caratterizzato dalla presenza di debiti occulti nei bilanci pubblici e da una visione dello Stato quale ente pagatore di ultima istanza, che interviene a ripianare i disavanzi in bilancio. Il rischio a cui viene esposto tanto il principio di uguaglianza nel godimento dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale, quanto la tenuta dello tessuto sociale, è di tutta evidenza.¹⁰⁰

99. Per un interessante contributo sul punto e sul significato della locuzione "federalismo fiscale", si veda: Francesco Palermo, "Fiscalità locale: i nodi irrisolti", *Consumatori, diritti e mercato*, 1, Milano, Altroconsumo Nuove Edizioni Srl, 2011.

100. Falcon, *Che cosa attendersi, e che...*, 2008, pp. 776-770.

Una critica può essere mossa anche contro la previsione di un sistema duale di perequazione. In primo luogo, perché la differenziazione della perequazione in base alla classificazione delle funzioni come essenziali (o fondamentali) e non, si pone in apparente contrasto con il dettato costituzionale, nel quale non c'è traccia alcuna di questa discriminazione. In secondo luogo, perché a fronte della previsione di una perequazione solo parziale, le funzioni non essenziali dovrebbero essere finanziate dalle Regioni più povere ricorrendo alla leva fiscale, in questo modo ponendosi in potenziale contrasto tanto con il principio di uguaglianza quanto con quello del concorso alla spesa pubblica in ragione della capacità contributiva.

Ciò nonostante, se non si dovesse riuscire ad avviare il nuovo sistema nei tempi previsti, le spinte verso forme di decentramento più accentuate da parte di quelle Regioni¹⁰¹ –che già dispongono delle capacità amministrative per gestire le nuove funzioni– diventerebbero sempre più forti, a maggior ragione dopo la nota ufficiale seguita alla missione del Fondo Monetario Internazionale in Italia che incoraggia proprio forme di federalismo a velocità variabile come parte della soluzione ai problemi di crescita che caratterizzano l'Italia.

Da più parti si sottolinea¹⁰² poi come la riforma abbia perso l'occasione di razionalizzare la spesa pubblica di competenza dello Stato centrale. Il fatto che la riforma costituzionale del 2001 abbia previsto nel riparto delle competenze legislative Stato-Regioni una clausola di residualità a favore dell'ente Regione, ha introdotto un elemento che normalmente caratterizza gli Stati di tradizione federale più risalente e consolidata. Coerentemente, si sarebbe potuto legittimare un processo rovesciato di distribuzione delle entrate, fondato –stante l'elencazione tassativa delle materie di competenza statale– per prima cosa sul calcolo delle risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni attribuite all'amministrazione centrale, garantendone così una gestione trasparente, per poi distribuire tra gli enti territo-

101. Si tratta, in particolare, di Lombardia e Veneto.

102. Si veda: Roberto Bin, "Verso il federalismo fiscale o ritorno al 1865?", *Le Regioni*, 4, 2010, p. 721; Bin, *Che ha di federale il ...*, 2008, pp. 525-530; ed anche Bassanini, *Una riforma difficile (ma necessaria)*..., 2010.

riali il residuo. Ma se questo approccio può essere digerito in una confederazione matura come la Svizzera, difficilmente si può pensare che lo Stato italiano possa accettare una tale ingerenza nella propria "sovranità" finanziaria.

In questo contesto, diventa sempre più pressante l'esigenza di affiancare alla riforma del "federalismo fiscale" una riforma istituzionale che, tra le altre cose, garantista un maggiore coinvolgimento delle autonomie territoriali alle decisioni che le riguardano. Per ora, nell'attesa di un effettivo cambio di rotta in tale direzione, non resta che sperare che almeno il nuovo organo di recente istituzione –la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica– che, come detto (cfr. par. 2), risulta composto da "rappresentanti" (pur non nel senso proprio del termine) degli enti territoriali regionali, possa convogliare le voci delle autonomie in modo democratico, anche se il ruolo meramente consultivo ad esso attribuito lascia presumere che un cambiamento significativo in tal senso sia ancora lungi dall'intervenire. L'istituzione di una camera rappresentativa delle Regioni ovvero il rafforzamento di strutture di coordinamento tra i diversi livelli di governo che consentano, in primo luogo, di rappresentare le istanze degli enti territoriali *uti singuli* e, in secondo luogo, di razionalizzare l'erogazione dei servizi evitando inutili duplicazioni e sprechi di risorse, diventa dunque un elemento imprescindibile per il successo finale, anche e non solo, della riforma in corso di attuazione.

Sino a quando interverrà una riforma in tali termini, solo le Regioni a statuto speciale e le Province autonome saranno in grado di far sentire la propria voce attraverso trattative bilaterali con il Governo centrale, essendo queste le uniche entità all'interno del panorama regionale italiano ad avere a disposizione gli strumenti idonei a tal fine; le altre Regioni dovendosi accontentare di una debole partecipazione nelle sedi istituzionali previste, ove inevitabilmente l'obiettivo finale è il raggiungimento di una posizione comune unica. Sotto questo profilo, dunque, la "forma" sembra influire non poco sulla "sostanza" in quanto è proprio il diverso sistema delle fonti di natura pattizia su cui si basa l'autonomia speciale, anche nella materia finanziaria, a costituire l'elemento cardine che permette alle Regioni a statuto speciale/Province autonome di mantenere un particolare *status*, a conti fatti migliore rispetto a quello degli enti territoriali ordinari.

8. Bibliografia

ALBER, Elisabeth, ZWILLING, Carolin, VALDESALICI, Alice. "Italiens Finanzföderalismus: Finanzautonomie, gesamtstaatliche Koordinierung und politischer Druck aus dem Norden", in EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2010, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 245-259.

ALBER, Elisabeth. "Einer für alle, alle für einen? Eine finanzföderalistische Zwischenbilanz rund um das Jubiläum 150 Jahre italienische Staatseinheit", in EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2011, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

ANTONINI, Luca. "La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova Legge sul federalismo fiscale", *I quaderni della sussidiarietà*, num. 7, Milano, Fondazione per la sussidiarietà, 2009, p. 7.

———. "La manovrabilità dei tributi propri. Commento art. 7 l. n. 42 del 2009", [online]. *Astrid Rassegna*, num.1, 2009. URL: http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Archivio-23/Antonini_articolo-commentario-anci-----manovrabilit--tributi-regionali-e-locali.pdf [Consulted: 23-06-2011].

BARBERO, Matteo. "Dalla Corte costituzionale un "vademecum" per l'attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", [online] *Federalismi.it*, num. 5, 2004. URL: [http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=1765&dpath=document&dfile=04032004104354.pdf&content=Dalla+Corte+costituzionale+un+vademecum+per+l'attuazione+dell'articolo+119+della+Costituzione+\(Nota+a+Corte+Cost.+n.+37/2004\)+-+stato+-+dottrina+-+](http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=1765&dpath=document&dfile=04032004104354.pdf&content=Dalla+Corte+costituzionale+un+vademecum+per+l'attuazione+dell'articolo+119+della+Costituzione+(Nota+a+Corte+Cost.+n.+37/2004)+-+stato+-+dottrina+-+) [Consulted: 23-06-2011].

BASSANINI, Franco (et al.) "I principi della delega per l'attuazione del federalismo fiscale. Commento all'articolo 2 della legge n. 42 del 2009", [online] *Astrid Rassegna*, num.1, 2009. URL: <http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Archivio-23/BASSANINI-e-MACCIOTTA-Fed-fisc-ANCI--Articolo-2.pdf> [Consulted: 23-06-2011].

BASSANINI, Franco. "Una riforma difficile (ma necessaria): il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione", [online] *Astrid rassegna*, num. 14, 2010. URL: http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Bassanini_FedFisc-Unariforma-difficile.pdf [Consulted: 23-06-2011].

BENEDIKTER, Thomas. "The Financial System of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen", in WOELK, Jens (ed.) (et al.), *Tolerance through law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2008, p. 105-119.

BERTOLISSI, Mario. "La delega per l'attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale". *Federalismo fiscale*, num. 2, Napoli, Jovene, 2008, pp. 89-108.

BIFULCO, Raffaele. "Il Parlamento nella tenaglia degli esecutivi: il federalismo fiscale e la riforma del Senato" [online]. *nelMerito.com*, 2009. URL: http://www.astrid-online.it/--Riforma-/Rassegna-s/Bifulco_nelMerito_5_3_09.pdf [Consulted: 23-06-2011].

———. "Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale", [online] *Astrid-Rassegna*, num. 93, 2009. URL: http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Archivio-23/BIFULCO_federalismo-fiscale-legge-delega-Astrid-_2_.pdf [Consulted: 23-06-2011].

BIN, Roberto. "Che ha di federale il federalismo fiscale", *Le Istituzioni del Federalismo*, num.5, Rimini, Maggioli editore, 2008, p. 526.

———. "Verso il federalismo fiscale o ritorno al 1865?", *Le Regioni*, num.4, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 721-726.

BUGLIONE, Enrico (et al.). "Schema di decreto legislativo in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario", in Antonio Ferrara (ed.) (et al.), *Il federalismo fiscale. Commento alla legge n. 42 del 2009*, Jovene editore, Napoli, 2011 (ristampa aggiornata).

BURATTI, Carlo. "Il cantiere federalista: un complesso di riforme poco coerenti", *Federalismo fiscale*, Napoli, Jovene editore, num.1, 2010, pp. 30-33.

CABRAS, Daniele. "Il processo di attuazione della legge delega in materia di federalismo fiscale: il ruolo del Parlamento", [online] *federalismi.it*, num. 11, 2009. URL: <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=13345&dp ath=document&dfile=10062009204924.pdf&content=Il+processo+di+attuazione+della+legge+delega+in+materia+di+federalismo+fiscale:+il+ruolo+del +Parlamento.+--+stato+--+dottrina+-> [Consulted: 23-06-2011].

CARBONI, Giuliana Giuseppina. "La Corte indica le fonti dell'autonomia finanziaria delle Regioni speciali e anticipa le scelte della legge delega sul "federalismo fiscale". *Le Regioni*, num. 3-4, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 720-722.

CEREA, Gianfranco. "Regionalismi del passato e federalismo futuro: cosa insegna l'esperienza delle autonomie speciali", *Le Regioni*, num. 3-4, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 475-487.

CHIEPPA, Roberto. "Le esperienze delle commissioni paritetiche e il valore delle norme di attuazione degli statuti speciali regionali". *Le Regioni*, num. 6, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 1051-1076.

DELLA CANANEA, Giacinto (ed.). "Autonomie e perequazione nell'articolo 119 della Costituzione", *Le Istituzioni del Federalismo*, num.1, Rimini, Maggioli editore, 2005.

DE MARTIN, Gian Candido (et al.). "Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla luce della legge delega n. 42 del 2009", [online] *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2009. URL: <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/Commento1.pdf> [Consulted: 23-06-2011]

DE MITA, Enrico (ed.) *Le basi costituzionali del "federalismo fiscale"*, Milano, Giuffrè, 2009.

DE PETRIS, Andrea (ed.), *Federalismo fiscale "learning by doing": modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Milano, Cedam, 2010.

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2010, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2011, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

FALCON, Giandomenico. "Che cosa attendersi, e che cosa non attendersi, dal federalismo fiscale". *Le Regioni*, num. 4-5, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 776-770.

FERRARA, Antonio (ed.) (et al.). *Il "federalismo fiscale". Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene editore, 2010.

FERRARI, Giuseppe Franco. "Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica", in Giuseppe Franco Ferrari (ed.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli editore, 2010, pp. 3-26.

FRAENKEL-HAEBERLE, Cristina. "La Costituzione finanziaria dell'Alto Adige tra regime di specialità e autonomia contrattata", [online] *federalismi.it*, num. 2, 2007. URL: <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=6872&dpath=document&dfile=23012007234956.pdf&content=La+Costituzione+e+finanziaria+dell'Alto+Adige+tra+regime+di+specialità+e+autonomia+contrattata++regioni++dottrina++> [Consulted: 23-06-2011].

———. "Il federalismo fiscale nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V", in Jens Woelk (ed.), *Federalismo fiscale tra differenziazione e solidarietà, Profili giuridici italiani e comparati*, Bolzano, Eurac book, num. 55, 2010, pp. 37-52.

———. “Verfassungsrechtliche Schuldenbremse und neue Haushaltsregeln in Italien”, in EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG Tübingen (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2011, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

GARBARINO, Carlo. “La riforma del Titolo V in materia finanziaria”, in Giuseppe Franco Ferrari (ed.) (et al.), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, Cedam, 2003.

GIARDA, Pietro. “Le regole del federalismo fiscale nell’art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione”, *Le Regioni*, num.6, Padova, il Mulino, 2001, pp. 1425-1.

GORI, Luca. “L’attuazione del federalismo fiscale: una storia di “destini incrociati”. Le prime scelte compiute, fra decreti legislativi, interferenze e aggiornamento progressivo della legge delega”. *Federalismo fiscale*, num. 1, 2010, pp. 57-96.

IMMORDINO, Dario. “La specialità finanziaria alla prova del federalismo”, *Federalismo fiscale*, num. 1, 2010, p. 162.

———. “Ragioni e prospettive della specialità finanziaria nel nuovo assetto del sistema di finanza pubblica”, *Le Regioni*, num. 6, 2009, pp. 1309-1348.

JORIO, Ettore (et al.). *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009*, num. 42, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2009.

JORIO, Ettore. “Il federalismo fiscale: i contenuti della relazione Tremonti”, [online] *federalismi.it*, 2010. URL: <http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=16601&dpath=document&dfile=13072010114913.pdf&content=Il+federalismo+fiscale:+i+contenuti+della+relazione+Tremonti+-+stato+-+dottrina+-+> [Consulted: 23-06-2011].

———. “Il federalismo fiscale e la sua attuazione in itinere”, [online] *Astrid Rassegna*, num. 3, 2011. URL: http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-eri/Jorio_Federalismo-municipale-la-determinazione-dei-costi-e-fabbisogni-standard.pdf [Consulted: 23-06-2011].

———. “Un primo esame del D.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della sanità (... cinque dubbi di costituzionalità)”, [online] *Federalismi.it*, num. 12, 2011. URL: <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=18241&dpath=document&dfile=0706201111652.pdf&content=Un+primo+esame+del+d.+lgs.+68/2011+sul+federalismo+regionale+e+provinciale,+nonch%C3%A9+sul+finanziamento>

+della+sanit%C3%A0+(...+cinque+dubbi+di+incostituzionalit%C3%A0)+stato+-+dottrina+-+ [Consulted: 23-06-2011].

LUPO, Nicola. "Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuove sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: Commissione bicamerale, Commissione tecnica paritetica e Conferenza permanente", [online] *federalismi.it*, 23. 2009. URL: <http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=14782&dpath=document&dfile=30112009183629.pdf&content=Il+procedimento+di+attuazione+della+delega+sul+federalismo+fiscale+e+le+nuove+sedi+della+collaborazione+tra+i+livelli+territoriali.+stato+-+dottrina+-+> [Consulted: 23-06-2011].

MARKO, Joseph (a cura di) (et al.). *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001.

MARKO, Joseph (Hrgs.) (et al.). *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie: die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

MORRONE, Andrea. "Il punto sul "federalismo fiscale"". *Federalismo fiscale*, num. 2, 2008, pp. 1-16.

MURARO, Gilberto. "Federalismo regionale: la rivoluzione può attendere", [online] *Lavoce.info*, 2011. URL: http://www.lavoce.info/articoli-istituzioni_federalismo/pagina1002241.html [Consulted: 23-06-2011].

PALERMO, Francesco. "Il nuovo regionalismo e il ruolo delle autonomie speciali". *Rassegna Parlamentare*, num.4, 2000, pp. 935-971.

———. "La revisione dello Statuto e i suoi limiti", in MARKO, Joseph (ed) (et al.), *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001, pp. 845-857.

———. "Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione", in MARKO, Joseph (ed) (et al.), *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001, pp. 826-844.

———. "Il nuovo regionalismo e il ruolo delle autonomie speciali", *Rassegna Parlamentare*, num. 4, 2000, pp. 935-971.

———. "Fiscalità locale: i nodi irrisolti", *Consumatori, diritti e mercato*, num. 1, Milano, Altroconsumo Nuove Edizioni Srl, 2011.

PAROLARI, Sara. "Il regime finanziario delle autonomie speciali nella giurisprudenza costituzionale: uno sguardo al Trentino-Alto Adige/Südtirol", in WOELK, Jens (a cura di), *Federalismo fiscale tra differenziazione e solidarietà*, 55, Bolzano, Eurac Book, 2010, pp. 53-68.

PELLEGRINI, Gennaro. "Le finanze della Provincia autonoma di Bolzano", in MARKO, Joseph (a cura di) (et al.), *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001, pp. 498-522.

PELLEGRINI, Ines (et al.). "Die Finanzverfassung der Autonomen Provinz Bozen", in MARKO, Joseph (Hrsg.) (et al.), *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie: die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen/Südtirol*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 227-238.

POLA, Giancarlo, RIZZO, Leonzio. "Il federalismo non si fonda sull'IVA", [online] *Lavoce.info*, 2009. URL: <http://www.lavoce.info/articoli/pagina1001063-351.html> [Consulted: 06-10-2011].

RIVOSECCHI, Guido. "La legge delega in materia di federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: un'occasione mancata" [online] *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2009. URL: <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/Rivosecchi.pdf> [Consulted: 23-06-2011].

———. "La legge delega sul federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: la difficile quadratura del cerchio", in DE PETRIS, Andrea (a cura di), *Federalismo fiscale "learning by doing": modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Milano, Cedam, 2010, pp. 121-142.

SCOZZESE, Silvia (ed.) (et al.). *Il federalismo fiscale*, Roma, Donzelli editore, 2009.

TUCCIARELLI, Claudio. "Federalismo fiscale, ma non solo: la legge n. 42 del 2009", in Antonio Ferrara (ed.) (et al.), *Il federalismo fiscale. Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene editore, 2010, pp. 3-36 (22).

VANNI, Mario. "Riflessioni in tema di federalismo fiscale, responsabilità politica e tetti massimi di incremento da parte dello Stato", *Le Istituzioni del Federalismo*, num. 5, 2008, pp. 531-537.

WOELK, Jens (ed.), *Federalismo fiscale tra differenziazione e solidarietà. Profili giuridici italiani e comparati*, Bolzano, Eurac book, num. 55, 2010.

WOELK, Jens (ed.) (et al.). *Tolerance through law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2008.

RESUM

Aquest article se centra en l'anomenada reforma de "federalisme fiscal" que es va introduir a Itàlia amb la "legge delega" 42, de 2009, per implementar l'article 119 de la Constitució italiana. Actualment, aquesta reforma es troba en un complicat procés d'implementació a través d'una sèrie de decrets legislatius promulgats pel Govern italià. L'objectiu de l'article és analitzar la reforma del sistema financer italià, tant des de la perspectiva de les fonts del dret com del contingut substantiu de les disposicions legals. L'anàlisi posa en relleu les dificultats que deriven del procés d'implementació i posa especial èmfasi en les diferències principals entre regions amb estatut ordinari, d'una banda, i regions amb estatut especial / províncies autònomes, de l'altra. El resultat és una estructura fiscal summament asimètrica derivada d'una legislació que preveu tractar els territoris de manera extremadament diferenciada.

Paraules clau: federalisme fiscal; solidaritat; autonomia; especialitat; fonts; legislació fiscal; *legge delega*; reglaments executius; regions amb estatut especial / províncies autònomes.

RESUMEN

Este artículo se centra en la llamada reforma de "federalismo fiscal" que se introdujo en Italia con la "legge delega" 42, de 2009, para implementar el artículo 119 de la Constitución italiana. Actualmente, esta reforma se halla en un complicado proceso de implementación a través de una serie de decretos legislativos promulgados por el Gobierno italiano. El objetivo del artículo es analizar la reforma del sistema financiero italiano, tanto desde la perspectiva de las fuentes del derecho como del contenido sustantivo de las disposiciones legales. El análisis pone de relieve las dificultades derivadas del proceso de implementación, con especial énfasis en las diferencias principales entre regiones con estatuto ordinario, por un lado, y regiones con estatuto especial / provincias autónomas, por otro. El resultado es una estructura fiscal sumamente asimétrica derivada de una legislación que prevé tratar los territorios de forma extremadamente diferenciada.

Palabras clave: federalismo fiscal; solidaridad; autonomía; especialidad; fuentes; legislación fiscal; *legge delega*; reglamentos ejecutivos; regiones con estatuto especial / provincias autónomas.

ABSTRACT

This paper focuses of the so-called "fiscal federalism" reform that was introduced in Italy with the "legge delega" No. 42 of 2009 in order to implement

article 119 of the Italian Constitution. Currently, this reform is undergoing an intricate process of implementation mainly assigned to a series of legislative decrees issued by the Italian Government. The aim of this paper is to analyze the reform of the Italian financial system, approaching the subject matter both from the perspective of the sources of law, and from the substantial content of the legal provisions. Analysis will highlight problems arising from the implementation process, with a focus on the main differences between Regions with ordinary statute, on the one hand, and Regions with special status/autonomous Provinces, on the other hand. The outcome will be a highly asymmetrical fiscal structure rooted in an extremely differentiated legal system.

Key words: Tributary federalism; solidarity; autonomy; speciality; sources; tributary law; *legge delega*; executive regulations; regions with a special statute of autonomy / autonomous provinces.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “SUPREMO INTÉRPRETE” DE LA LEY DE AGUAS. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y UN COMENTARIO A LA STC 30/2011

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: Introducción y cuestiones preliminares. – 1. La sentencia 30/2011 en el contexto de la última jurisprudencia sobre el Estado Autonómico. – 2. Una crítica preliminar a la metodología seguida por el TC en el juicio de constitucionalidad y a su transformación en un juicio de legalidad. – 3. Cuestiones de legitimación. – 4. Sobre la pretendida inconstitucionalidad “material” del art. 51 EA. – 5. Sobre la denominada inconstitucionalidad “formal” del art. 51 EA. – 6. El rechazo a posibles fórmulas de interpretación conforme. – 7. La incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo. – *Resumen-Resum-Abstract.*

Introducción y cuestiones preliminares

Un apartado de cuestiones preliminares no sería necesario en un contexto diferente al que se mueve desde hace algún tiempo el debate constitucional en nuestro país. Sin embargo, me parece que antes de abordar un estudio cuyo título es ya descriptivo de su orientación, resulta conveniente hacer alguna aclaración previa.

La primera de ellas: en un tiempo en el que hay tantos sectores empeñados en desacreditar al TC con descalificaciones inaceptables en un sistema democrático y con una simplificación permanente del debate, sirva este trabajo como muestra de respeto a nuestro alto Tribunal. Un respeto que se ofrece desde la discrepancia radical no sólo con el Fallo (lo que tiene menos trascendencia desde el punto de vista jurídico) sino, sobre todo, con la fundamentación de la STC 30/2011.

La segunda tiene relación con la cuestión de fondo. Quien escribe este trabajo ha sido siempre partidario de una descentralización amplia de funciones a favor de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Guadalquivir y ha considerado que el art. 51 EA era una buena solución en ese sentido, acorde con la Constitución y respetuosa de los intereses en juego. Lo mismo se puede decir acerca del Real Decreto que hizo efectivo el traspaso,¹ recientemente anulado por el TS.² Atendiendo a la doctrina del TC objeto de este comentario, entiendo igualmente que la situación futura podrá ser muy similar a la que se había conseguido con el ya inexistente art. 51 EA.

La crítica que se va a realizar a la STC 30/2011 no tiene nada que ver, por tanto, con el resultado final de la contienda política acerca del Guadalquivir ni se dirige tanto al Fallo de la sentencia cuanto a la argumentación en la que se basa el Fallo. No creo que ningún jurista pueda descartar un Fallo similar con una argumentación diferente, como tampoco creo que se hubiera podido descartar una argumentación distinta que podía haber conducido a un Fallo confirmatorio de la constitucionalidad del art. 51 EA.

La preocupación de este trabajo se sitúa, por tanto, en la argumentación del TC y en lo que esa argumentación supone de continuidad con una doctrina ya criticada previamente por muchos autores, entre los que me encuentro,³ establecida por la STC 31/2010 y tenden-

1. Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenta del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

2. Sentencias de 13 y 14 de junio de 2011.

3. Cfr. al respecto los diversos trabajos que he publicado sobre la STC 31/2010 y la bibliografía allí referida: “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio”, en

te a devaluar la posición constitucional del Estatuto de Autonomía en nuestro ordenamiento jurídico.

A mi modo de ver la STC 30/2011 ha confirmado esa doctrina, agravándola (si se me permite la expresión) al anteponer en el juicio de constitucionalidad una ley ordinaria sobre el Estatuto de Autonomía. La preferencia dada a lo que el TC denomina “el legislador estatal de aguas”, es inconsistente con nuestro sistema constitucional, con la metodología que el TC ha utilizado hasta ahora y con la estructura constitucional de nuestro Estado Autonómico.⁴

Se podría argumentar, en sentido contrario, que lo que pretende el autor de este trabajo es convertir al TC en el “supremo intérprete” del Estatuto de Autonomía. Pero es que, en realidad, el TC lo es, de acuerdo con lo que establece el art. 28.1 LOTC.⁵ Lo es hasta el punto de

El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n. 15, octubre de 2010, pp. 50 y ss., “La incidencia de la STC 31/2010 en la formulación estatutaria de las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y el Estado”, *REAF*, n.º. 12, març 2011 y “El Estado Autonómico en el contexto de la integración europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio”, en E. Alvarez Conde y Cecilia Rosado Villaverde, directores, *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pp. 27-72. En la bibliografía posterior a la mencionada en esos trabajos, cfr. M. A. Aparicio Pérez, “Posición y funciones de los Estatutos de Autonomía en la STC 31/2010” y C. Viver Pi-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿“sempre, només... i indiscutible”? La funció constitucional dels Estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010”, publicados en ambos casos en esta misma revista (*REAF*, n.º. 12, març 2011).

4. Para el TC, en el FJ9 de la sentencia 30/2011: “carece de relevancia a los efectos de nuestro análisis la cuestión de si, como sostiene el Parlamento de Andalucía, los principios constitucionales que conciernen a la ordenación y gestión de los recursos hídricos, condensados en el mandato de utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), pueden satisfacerse igualmente mediante diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias. Independientemente de lo que ya hemos dicho, ahora importa precisar que, aun cuando ello fuera cierto, cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22 CE –que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación que pueda utilizarse– sólo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas, pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria”.

5. “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas”.

que el propio Tribunal, con toda razón, cuestionó en la STC 31/2010 la idea, tan extendida en los últimos tiempos, de un control de estatutividad de las normas.⁶ La condición de norma interpuesta que tiene el Estatuto de Autonomía no justifica su conversión en parámetro estatutario de la constitucionalidad. Antes al contrario, las normas contrarias al Estatuto, en la interpretación que del propio Estatuto realice el TC, son inconstitucionales por ser contrarias a la Constitución.⁷

Pero el Estatuto es la principal norma interpuesta que el TC tiene que utilizar para valorar la constitucionalidad en las cuestiones competenciales: en el juego Constitución-Estatuto está el núcleo de valoración constitucional de nuestro Estado Autonómico. Lo que ha hecho el TC, por el contrario es alterar ese núcleo respecto del propio control del Estatuto y convertir una ley ordinaria en instrumento de control del propio Estatuto de Autonomía que, no lo olvidemos, es también una manifestación de voluntad de las Cortes Generales. Una manifestación especialmente importante por tratarse de una Ley Orgánica sometida a requerimientos específicos.

La cuestión habría sido ya discutible incluso si esa ley ordinaria no hubiera tenido margen de interpretación de la Constitución en relación con su contenido. En efecto, en ese caso, el Tribunal no tendría que tener en cuenta ninguna ley ordinaria sino tan sólo el precepto constitucional aplicable, del que se derivaría, eventualmente, un sentido unívoco. Pero resulta todavía más incomprensible que, cuando el propio Tribunal reconoce que el contenido material de esa ley ordinaria podía haber sido diferente dentro del marco constitucional⁸ avale, sin embargo, a este legislador “perezoso” e incoherente que es el llamado “legislador estatal de aguas”⁹ y declare la incons-

6. FJ2: “la inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas”.

7. Cfr. mi trabajo “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio”, anteriormente citado, pp. 50 y ss.

8. Citando a la STC 227/1988. Cfr. STC 30/2010, FJ5.

9. Cfr. J.F. Sánchez Barrilao, “El Tribunal Constitucional y las aguas del Guadalquivir y del Duero”, en prensa, p. 32, para quien “Mientras el Estado ha participado junto con las Comunidades Autónomas en sus respectivas reformas estatutarias, impulsando así el progreso del Estado autonómico, parecería luego, si no desconocer, sí que desde luego no asumir dicha actuación a la hora de llevar a cabo, paralelamente, las reformas legales necesarias y adecuadas”.

titucionalidad de un Estatuto de Autonomía por motivos de legalidad, que no de constitucionalidad.

Llegamos así a una situación insólita: el TC ha declarado, en realidad, la “ilegalidad” del Estatuto de Autonomía, no su inconstitucionalidad, y ha dejado a disposición del legislador estatal (de aguas o de cualquier otro sector en el futuro) nada menos que al Estatuto de Autonomía que era considerado hasta ahora una Ley Orgánica de dimensión constitucional y no susceptible de ser valorada desde el punto de vista de su conformidad con la legislación ordinaria del Estado sino tan sólo desde el punto de vista de su conformidad con la propia Constitución.¹⁰

La confusión entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad supone un paso más en la pretensión de reducir –de eliminar se podría decir ya– la densidad constitucional de los Estatutos de Autonomía, convirtiéndolos ahora no sólo en normas que se sitúan en el estricto plano de la legalidad (como pretende la STC 31/2010)¹¹ sino, además, subordinadas a la legislación ordinaria del Estado. Esto conduciría a una transformación radical de nuestro Estado Autonómico si esta doctrina (reiterada ya en la STC 32/2011) se consolida en el futuro.

Desde esa perspectiva, este trabajo no tiene la vocación de “recuperar” el Guadalquivir para la Comunidad Autónoma de Andalucía. Eso es algo que se hará seguramente en el plano político dentro del margen que la STC 30/2011 deja que, en mi opinión, es bastante amplio (incluso si tenemos en cuenta los límites adicionales establecidos en la STC 32/2011 respecto del contenido del art. 75.1 ECyL). Su pretensión es otra: contribuir a la recuperación del valor que el Estatuto de Autonomía ha tenido siempre como fuente del Derecho de dimensión constitucional en nuestro sistema jurídico. No se trata de que esté

10. A este respecto, en su formulación más reciente, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ6, citando doctrina anterior, indica que “la invalidez de un precepto estatutario sólo puede derivarse de la Constitución misma –incluidas, claro está, sus normas de remisión a determinadas leyes orgánicas–, pues, dado que sólo la Constitución establece la función y contenido de los Estatutos, sólo a ella se infraordenan; lo que se acentúa como consecuencia del peculiar procedimiento de elaboración y reforma de los estatutos, que los dota de una singular rigidez respecto de las demás leyes orgánicas”.

11. Cfr. mis trabajos mencionados *supra*, nota 3 y bibliografía allí referida.

perdiendo ese valor con carácter general, ya que el TC ha sido y sigue siendo el principal garante de la norma estatutaria, cumpliendo con toda pulcritud sus funciones como supremo intérprete de la Constitución. Pero hay ya tres señales claras (SSTC 31/2010, 30/2011 y 32/2011) de una orientación sumamente problemática que degrada al Estatuto de Autonomía, degrada también a la Constitución al nivel de la ley estatal y al propio TC a la condición de “supremo intérprete” de la ley estatal (en nuestro caso, de la legislación sobre aguas).

1. La sentencia 30/2011 en el contexto de la última jurisprudencia sobre el Estado Autonómico

La sentencia 30/2011, de 16 de marzo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra los arts. 43, 50.1 a), 50.2 y 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El Tribunal estima parcialmente el recurso, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 EA¹² y desestimando el recurso en lo demás.

Así pues, el Estatuto de Autonomía de Andalucía se une al de Cataluña en lo que se refiere a la anulación de parte de su contenido, en este caso a un solo artículo, como también le ha ocurrido posteriormente al Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en relación con el apartado 1 de su artículo 75, declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal en su sentencia 32/2011 de 17 de marzo.¹³ La cuestión

12. Recordemos lo que establecía el artículo 51 EA, relativo a la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir: “La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22.ª de la Constitución”.

13. La sentencia estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, y resuelve declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 75.1, cuyo tenor literal era el siguiente: “Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma”.

genérica del agua, que ha dado lugar al recurso contra el Estatuto de Andalucía y contra el de Castilla y León, ha estado presente en todos los demás recursos planteados contra los nuevos Estatutos de Autonomía. De hecho, el único Estatuto que no ha sido impugnado ha sido el de Illes Balears por la obvia razón de que las Islas no comparten cuencas fluviales con otras Comunidades Autónomas.¹⁴

Más suerte ha tenido el Estatuto de Aragón –como también la tuvo previamente el Estatuto de la Comunidad Valenciana–,¹⁵ respecto del cual, el TC, en sentencia 110/2011, de 22 de junio, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja contra los arts. 19, 72 y disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. El Tribunal declara que no es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón siempre que se interprete que no establece una reserva sobre el caudal hídrico del Ebro que obligue al Estado, en los términos indicados en el fundamento jurídico 17, desestimando el recurso en todo lo demás.¹⁶

14. Posiblemente algunas de las cláusulas estatutarias sobre el agua han incurrido en lo que el Prof. Garrorena denomina la “perversión funcional del Estatuto de Autonomía”. Para este autor: “el Estatuto de Autonomía forma parte del bloque de la constitucionalidad y que, en cuanto esto es así, integra a la Constitución y participa de su naturaleza. Me parece, asimismo, que no es función de las normas constitucionales ni, por lo tanto, de las normas estatutarias, certificar los enfrentamientos que en toda sociedad se producen sino, muy al contrario, ayudar a solucionarlos. Por eso estimo que llevar “la guerra del agua” a los Estatutos de Autonomía es una perversión de su función más primaria, amén de un manifiesto contrasentido, en el que jamás se debería de incurrir”, A. Garrorena Morales, “El Derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 102. Cfr. igualmente, A. Garrorena Morales y A. Fanlo Loras, *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008, pp. 45 y ss.

15. Respecto del cual, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se daba nueva redacción a su art. 17.1. Posteriormente, la STC 249/2007, de 13 de diciembre, desestimó el recurso presentado por Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

16. La Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Aragón establece lo siguiente: “La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una

Con posterioridad a la STC 30/2011, de 16 de marzo, el Tribunal Supremo, en sentencias de 13 y 14 de junio de 2011, ha anulado el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma

reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³.” Por su parte, el art. 19 contiene los “derechos en relación con el agua”: “1. Los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón.

2. Los poderes públicos aragoneses velarán por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la promoción de un uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados.

3. Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras”. Por último, el art. 72 contiene la competencia sobre Aguas, en los siguientes términos: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio, comprendiendo dicha competencia:

a) La ordenación, la planificación y la gestión de las aguas, superficiales y subterráneas, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, incluida su concesión, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general. b) La planificación y el establecimiento de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua. d) La organización de la administración hidráulica de Aragón, incluida la participación de los usuarios. e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relativas a las obras de regadío.

También corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de aguas minerales y termales, así como de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma.

2. La Comunidad Autónoma de Aragón, en el marco de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.a de la Constitución española y las leyes que lo desarrollan, participará y colaborará en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón. Asimismo, le corresponde la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos; la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio, y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal, participando en la fijación del caudal ecológico.

3. En este sentido, y para la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio. El Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas”.

de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenta del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.¹⁷

2. Una crítica preliminar a la metodología seguida por el TC en el juicio de constitucionalidad y a su transformación en un juicio de legalidad

Como veremos, la sentencia no contiene ninguna aportación doctrinal original sobre la cuestión de fondo, ya que se asienta –más bien, pretende asentarse– en la doctrina previa del Tribunal y específicamente en la STC 227/1988. Todo lo más, podría decirse que el Tribunal avanza en una lectura restrictiva de la propia sentencia 227/1988, minimizando las posibilidades de modulación e interpretación alternativas a las disposiciones de la legislación estatal de aguas vigente, por lo que a las cuestiones “materiales” se refiere y estableciendo una formulación sobre las cuestiones definidas como “formales” que sigue la estela de la minusvaloración de la posición constitucional del Estatuto de Autonomía ya marcada en la STC 31/2010.

En realidad, toda la argumentación del Tribunal parte de una confusión entre el control formal y el control material de constitucionalidad por la que el control material se convierte en formal y el control formal se convierte en material. En última instancia, sin embargo, ninguno de los dos opera desde el plano de la constitucionalidad sino desde el plano de la legalidad, motivo por el que toda la fundamentación de la sentencia cae por su base.

En efecto, el TC realiza previamente el control material sobre la base de un criterio formal que se establece posteriormente: la consideración de que el llamado “legislador de aguas” es un legislador

17. En el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 14 de junio de 2011, el TS entiende que toda vez que el TC ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 del Estatuto de Andalucía, “la misma declaración de nulidad debe afirmarse respecto del Real Decreto impugnado que no hace sino utilizar la base competencial inadecuada –desde la perspectiva constitucional– que proporcionaba el artículo 51 citado para instrumentar el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En consecuencia, la disposición administrativa objeto de litigio no sólo es que haya dejado de producir efectos “al ser privada de la base material sobre la que operaba que no era otra que el referido título de atribución competencial”, sino que debe ser declarada nula”.

diferenciado del legislador que aprobó el Estatuto de Autonomía (como sabemos, un legislador orgánico, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución) y además, es el único legislador habilitado para interpretar el art. 149.1.22ª de la Constitución y precisar su contenido. Esa consideración pretende basarse en la STC 227/1998 pero, en realidad, no tiene ningún fundamento en esa sentencia (cosa que, obviamente, no necesita, pero que el TC ha pretendido, para avalar una continuidad doctrinal inexistente) ya que en ella no se estaba resolviendo acerca de la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía, sino sobre la constitucionalidad de la legislación estatal de aguas, pues se trataba de resolver diversos recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la ley de aguas.¹⁸

La STC 227/1988 no dijo que lo que ahora el TC denomina “el legislador estatal de aguas”, fuera el único habilitado para realizar una única interpretación del art. 149.1.22ª. Por el contrario, afirmó claramente que esa interpretación, siendo además plural, se debía extraer del bloque de constitucionalidad. En el FJ13 de esa sentencia, se formulan por el Tribunal “algunas consideraciones generales sobre el esquema de distribución competencial que en materia hídrica se infiere de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. Tras señalar los distintos criterios que se establecen en el art. 148.1.10 y en el 149.1.22,¹⁹ y la dificultad que esa diversidad supone, dice el Tribunal: “A esta inicial dificultad viene a sumarse la que comporta desentrañar el significado preciso de la expresión “legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos”, que se contiene en el citado art. 149.1.22ª de la Constitución. En cualquier caso, son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma. Será preciso, por tanto, acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los

18. En concreto, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por la Junta de Galicia, por 58 Senadores, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por el Gobierno Vasco y por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria.

19. “Ambos preceptos no son coincidentes, ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio que utilizan para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma, que, en el primer caso, es el interés de la Comunidad Autónoma, y en el segundo, el territorio por el que las aguas discurren”.

Estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas”.

Y sigue diciendo el Tribunal, en el mismo FJ de esa sentencia: “En todo caso, parece claro que del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales. La misión de este Tribunal no consiste en señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la más oportuna, adecuada o conveniente, sino que debe ceñirse a enjuiciar en concreto si las normas legales ahora cuestionadas infringen o no la Constitución o los Estatutos de Autonomía. A tal efecto, sin que ello suponga una descalificación de otras opciones desde la perspectiva estricta de su legitimidad constitucional, debemos determinar si dichas normas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales y estatutarias que pueda considerarse lícita”.

Así pues, desde el punto de vista formal, parece claro que es la interacción Constitución-Estatuto la que debe utilizarse para determinar el régimen competencial en materia de aguas, sin que sea procedente –si el TC pretende basarse en su propia doctrina como dice– la apelación que hace la STC 30/2011 al “legislador estatal de aguas” como el único habilitado para establecer una interpretación constitucionalmente viable. Igualmente, parece que tampoco es posible establecer un solo criterio constitucionalmente válido para interpretar el art. 149.1.22ª sino que se puede atender a una pluralidad de ellos, respecto de los cuales, el TC, partiendo de la pluralidad de competencias que sobre esta materia están en juego²⁰ sigue un criterio finalista para determinar su licitud, atendiendo a su incidencia sobre el man-

20. STC 227/1988, FJ13: “los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas: Concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros. Como admiten las partes, la incidencia de estos y otros artículos competenciales debe ser tenida asimismo en cuenta para la resolución de los presentes recursos de inconstitucionalidad”.

dato constitucional de utilización racional de todos los recursos naturales establecido en el art. 45.2 CE.²¹

En realidad, la STC 227/1988 el TC resolvió una duda de constitucionalidad acerca de la Ley de Aguas y lo hizo correctamente aplicando la presunción de su legitimidad constitucional en relación con el art. 149.1.22^a que no fue desvirtuada por los recurrentes y que permitía avalar la solución ofrecida por la Ley de Aguas dentro de una diversidad de opciones constitucionalmente posibles. Pero el legislador de aguas de 1985 no es el mismo que el de 2011 por la sencilla razón de que otras disposiciones estatales de rango legal, contenidas en Estatutos de Autonomía, se han incorporado al ordenamiento en materia de aguas modificando el bloque de constitucionalidad. Esto hace que el legislador estatal no sólo sea un legislador “perezoso”, que no ha adaptado la legislación sectorial de aguas a las disposiciones de superior valor constitucional –por tratarse de Estatutos de Autonomía– sino, además, incoherente, en la medida en que esa legislación sectorial requiriera reformas para adaptarla al nuevo bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía reformados y teniendo en cuenta que ese mismo legislador es el que ha aprobado también los nuevos Estatutos de Autonomía.²²

21. STC 227/1988, FJ13: “Tal interpretación no puede desconocer la necesidad de analizar el sentido de aquellas reglas de manera sistemática y armónica, a la luz de los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el art. 2 de la Constitución, de manera que ninguno de ellos padezca. Pero además, en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales” (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado”.

22. Nuevamente me remito a las observaciones de J.F. Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 32 acerca de que “no se comprenda bien que el Estado, participe de las reformas de los Estatutos de Autonomía de Andalucía y de Castilla y León (arts. 147.3 y 152.2 CE), sin embargo no haya procedido, paralelamente, a la reforma de la Ley de Aguas”. Cfr. también, del mismo autor, “Aguas y obras hidráulicas”, en F. Balaguer Callejón (Dir.) *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 365.

Pero el TC no sólo no ha aplicado en esta ocasión la presunción de legitimidad constitucional que reside en el Estatuto de Autonomía como en cualquier otra norma de nuestro sistema jurídico, sino que ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios (arts. 51 EA y 75.1 ECyL) no por sí mismos en relación con la Constitución, sino porque el legislador estatal de aguas no ha establecido las modificaciones a que venía obligado por sus propias decisiones anteriores de rango orgánico y estatutario.

No estamos, por tanto, ante un supuesto de inconstitucionalidad del Estatuto sino de "ilegalidad" del Estatuto, que es una categoría que nuestro ordenamiento desconocía hasta ahora (y esperemos que vuelva a desconocer en el futuro) y que es la que sirve para el llamado juicio de "inconstitucionalidad material" del art. 51 EA.

Por su parte, la inconstitucionalidad denominada "formal" resulta igual de inconsistente, a mi juicio. No sólo porque, en realidad, se basa exclusivamente en criterios materiales y no formales, con lo que incurre en una petición de principio, sino porque carece de cualquier justificación desde el punto de vista de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico.

La quiebra lógica de la sentencia se produce porque el TC recurre a la legislación estatal para validar unos criterios de interpretación del art. 149.1.22ª cuya idoneidad no depende en absoluto de que estén o no incorporados a la Ley de Aguas. El TC no necesita la autoridad de la Ley de Aguas para realizar su juicio de constitucionalidad. En realidad, lo que hace el TC es rebajar su autoridad del nivel constitucional al legal como si necesitara el aval de la legislación estatal para realizar su propia interpretación del art. 149.1.22ª. A partir de esa quiebra lógica la sentencia cae por su base porque introduce una distinción artificial entre inconstitucionalidad material y formal que no se sostiene en este caso, pretendiendo asentar su juicio sobre la validez del Estatuto en la constitucionalidad de la Ley de Aguas resuelta por la STC 227/1988, como si la constitucionalidad de esa ley, declarada en relación con el bloque de constitucionalidad de entonces, determinara necesariamente la inconstitucionalidad del precepto estatutario de ahora.

Pero la STC 227/1988 se limitó a declarar la constitucionalidad de la Ley de Aguas en el contexto del bloque de constitucionalidad

existente en ese momento, afirmando expresamente la compatibilidad de esa Ley con las normas estatutarias entonces vigentes como criterio que avalaba su legitimidad constitucional.²³ La STC 30/2011, por el contrario convierte a la Ley de Aguas no sólo en una norma constitucionalmente legítima sino en parámetro de constitucionalidad de las normas estatutarias vigentes ahora. Como se puede entender, esto no es una aplicación de la doctrina establecida en la STC 227/1988 sino una transformación radical de esa doctrina y del método que el TC ha seguido hasta ahora para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Una transformación que conduce, además, a validar el criterio establecido entonces por la Ley de Aguas como el único aceptable en la práctica para interpretar el art. 149.1.22^a (en contra de lo expresamente afirmado por la STC 227/1988) hasta el punto de declarar la inconstitucionalidad del precepto estatutario por contradecir lo establecido por la Ley de Aguas.

El salto lógico es evidente: una cosa es decir que la Ley de Aguas no es contraria a la Constitución porque el criterio de interpretación del art. 149.1.22^a que utiliza esa ley es constitucionalmente aceptable, aunque sean posibles otros, como hizo el TC en 1988, y otra cosa muy diferente es llegar a la conclusión de que sólo la Ley de Aguas puede interpretar el art. 149.1.22^a y que, en consecuencia, como la Ley de Aguas no ha modificado la interpretación realizada en 1985, el art. 51 EA es contrario a la Constitución.²⁴ El TC transforma así la natura-

23. Además de lo señalado anteriormente, recordemos que respecto del criterio específico de cuenca hidrográfica, la STC 227/1988 (FJ15) antes de validarlo, lo contrasta con los Estatutos de Autonomía para determinar su viabilidad constitucional, en congruencia con lo que previamente había afirmado en sus consideraciones generales respecto de la distribución competencial en materia hídrica: “A ello no se opone el hecho de que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir implícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios. Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía, y entre ellos el del País Vasco (art. 10.11), atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurran “íntegramente” por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría superfluo”.

24. Como muy bien dice J.F. Sánchez Barrilao (*op. cit.*, p. 23): “una cosa es decir que un precepto legal en desarrollo de la Constitución sea constitucional, y en particular ante otras interpretaciones alternativas puestas de manifiesto en tal sentido (que es lo que se enjuicia, precisamente, en un recurso de inconstitucionalidad, y lo que así se expresaba en la STC 227/1988), y otra, muy distinta, que únicamente el desarrollo que de la Constitución

leza del propio juicio de constitucionalidad: el enjuiciamiento material pasa a ser formal, con la consecuencia inevitable de que en ese tránsito se cierra la pluralidad de criterios, previamente establecida y avallada por el propio TC, para definir un único criterio aceptable.

Cuando el TC, en la sentencia 227/1988, determinó la legitimidad constitucional de un criterio de interpretación del art. 149.1.22ª entre otros posibles, actuó como intérprete supremo de la Constitución, estableciendo así una relación coherente entre el legislador estatal y el bloque de constitucionalidad. Por el contrario, la sentencia 30/2011 ha hecho algo completamente diferente: ha dejado en manos del legislador estatal la decisión sobre el único criterio aceptable de interpretación del art. 149.1.22ª (el que el legislador estatal considere en cada momento), convirtiendo así al propio Tribunal en el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas que es, propiamente, el texto normativo que el Tribunal ha utilizado para declarar inconstitucional el art. 51 EA y no la propia Constitución, teniendo en cuenta la posibilidad material de otros criterios de interpretación, previamente aceptada por el propio TC.

En realidad, el juicio de constitucionalidad material era muy débil si se basaba solo, como ha ocurrido, en los criterios establecidos por la Ley de Aguas. No sólo porque de esos criterios no se deduce la exclusiva posibilidad de la unidad de cuenca sino porque, admitida la viabilidad de otros criterios diferentes en la STC 227/1988, la única manera de cerrar esa vía sin tener que explorarla siquiera, como ha hecho la STC 30/2011, era recurrir a un criterio formal inapelable. El problema es que el criterio formal utilizado por el TC no sólo no es inapelable sino que es todavía menos consistente que los materiales y tiene efectos muy dañinos no ya para la disciplina competencial de las aguas sino para el Estado Autonómico y para el propio *status* del TC en nuestro sistema constitucional.

El Tribunal tenía que haber realizado su propio juicio de constitucionalidad del art. 51 EA, atendiendo a los criterios materiales de la Ley de Aguas –no por estar contenidos en esa ley sino por ser constitucionalmente admisibles– y a otros extraídos de la Constitución y

basados en la lógica, la técnica y la experiencia a los que apeló la STC 227/1988, con una inspiración finalista y teniendo en cuenta la modificación operada en el bloque de constitucionalidad por el legislador estatutario, que es también legislador estatal. Esos criterios habrían permitido un juicio diferente fundamentado ya en la propia apreciación del TC y en la valoración de todos los elementos de naturaleza constitucional que habría que considerar.

Todas estas cuestiones las veremos seguidamente, tras analizar las relativas a la legitimación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para promover el recurso, aspecto éste en el que –pese a lo peculiar que ha sido el recurso– no puede dejar de reconocerse, a mi juicio, que el TC tiene toda la razón.

3. Cuestiones de legitimación

En efecto, previamente a la decisión sobre la constitucionalidad de los preceptos impugnados, el Tribunal resuelve acerca de la legitimación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Una cuestión ciertamente interesante si tenemos en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 no estaba orientada a la defensa de una competencia propia de Extremadura sino a la defensa de la competencia estatal.

El Tribunal resuelve adecuadamente esta objeción en el FJ 3 de la sentencia. Refiriéndose a las competencias afectadas dice que: “ciertamente, tampoco se pretende en la demanda que pueda ostentarlas Extremadura, sino sólo el Estado. Ello no significa, sin embargo, que el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura recurra en defensa de una competencia ajena, sino, más precisamente, que lo hace en defensa de un orden de distribución de competencias que, a su juicio, somete las aguas de la cuenca a la que pertenecen dieciocho municipios extremeños a la competencia exclusiva del Estado central, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que cualquier Comunidad Autónoma, también la de Extremadura, se atribuya determinadas competencias sobre las mismas. No parece discutible el legítimo interés de la Comunidad Autónoma de Extremadura en que, de no poder ser ella misma la competente para la entera disciplina del régimen de aquellas aguas, no lo sea la Comunidad Autónoma de Andalucía, sino

únicamente el Estado central y, en la medida en que así resulte del criterio territorial adoptado por el legislador de aguas, la propia Comunidad Autónoma extremeña en el margen que para el ejercicio de competencias autonómicas permita el ejercicio de las que primeramente correspondan al Estado”.

4. Sobre la pretendida inconstitucionalidad “material” del art. 51 EA

Resuelto este enojoso problema de la legitimación, el Tribunal aborda en el FJ 4 de la sentencia la cuestión de fondo, respecto de la cual, como ya hemos adelantado, manifiesta su intención de analizar la vertiente material o sustantiva y la formal de manera independiente y sucesiva.²⁵ Por lo que se refiere a la vertiente material, el TC se remite a la STC 227/1988 y al principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial²⁶ que considera vulnerado por el art. 51 EA.²⁷

25. “el precepto impugnado debe enjuiciarse desde una doble perspectiva. Por un lado, hemos de comprobar si el art. 51 EAAnd vulnera el art. 149.1.22 CE por razones materiales o sustantivas, es decir, en atención al contenido de la regulación que incorpora. Por otro lado, ha de comprobarse igualmente si esa regulación resulta constitucionalmente viable a través del tipo de ley que la contiene, de tal manera que si la respuesta fuera negativa el precepto impugnado incurriría en una inconstitucionalidad de carácter formal, en la medida en que esta consideración traería causa de la invalidez del tipo normativo empleado en punto a la formalización jurídica de la decisión que se impugna”.

26. FJ5: “resulta obligado partir de la doctrina sentada en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (reiterada en las SSTC 161/1996, de 27 de octubre, y 118/1998, de 4 de junio), en la que este Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica, como criterio de delimitación territorial utilizado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, para precisar el alcance del art. 149.1.22 CE, criterio que se mantiene en la vigente Ley de aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), que define la “cuenca hidrográfica”, en coincidencia con lo establecido por el art. 2 de la Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (modificada por la Directiva 2008/32/CE de 11 de marzo de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo), como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos, hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta”

27. FJ5: “Al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre aguas de la cuenca del Guadalquivir, siendo como es ésta una cuenca hidrográfica intercomunitaria, el art. 51 EAAnd se separa de la previsión establecida en el art. 149.1.22 CE y del criterio que utiliza la Ley de aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) para

El Tribunal no desconoce los distintos criterios de delimitación competencial de los artículos 148.1.10 (el interés de la CA) y 149.1.22 (el territorio por el que las aguas discurren) y reconoce expresamente que la STC 227/1988 admite otras posibles interpretaciones diferentes del artículo 149.1.22 que no se basen en el concepto de cuenca hidrográfica,²⁸ pero recuerda que, de acuerdo con la doctrina establecida en esa sentencia, la “expresión ‘aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma’ es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a “criterios lógicos, técnicos y de experiencia”, todos los cuales confluirían, de acuerdo nuevamente con la STC 227/1988, en la utilidad del concepto de cuenca hidrográfica como unidad de gestión.”²⁹

la concreción de la delimitación territorial de las competencias del Estado que figura en el citado precepto constitucional (“aguas [que] discurren por más de una Comunidad Autónoma”). Y lo hace el precepto estatutario con un criterio (“aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma”) que conduce a un entendimiento que acoge un modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica intercomunitaria, conforme al cual una parte de las aguas de la cuenca del Guadalquivir sería de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza y otra parte de las aguas de esa misma cuenca intercomunitaria sería de competencia exclusiva del Estado”.

28. FJ 5: “aunque es cierto que en la STC 227/1988 no deja de señalarse “que del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales”, no lo es menos que asimismo se advierte inmediatamente que “en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la ‘utilización racional de todos los recursos naturales’ (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado” (FJ 13).

29. FJ 5: “Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios. Este condicionamiento, por lo demás, no sólo se produce aguas arriba en perjuicio de los territorios por los que una corriente des-

A partir de esa valoración, la sentencia da un paso más para llegar a la conclusión de que la diversidad de criterios de interpretación del precepto constitucional se reduce finalmente a uno solo. Es decir, que aunque el criterio de cuenca hidrográfica no es el único constitucionalmente viable, en realidad sí lo es: "Nuestro punto de partida ha de ser necesariamente el integrado por las consideraciones fundamentales de la STC 227/1988, ratificada por las SSTC 161/1996, de 17 de octubre, y 11/1998, de 13 de enero, que ahora nos llevan a concluir que aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22 CE, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes".

Una valoración que se intenta reforzar en el FJ6 apelando al art. 45.2 CE, nuevamente desde la argumentación de la STC 227/1988: "En efecto, como señalábamos en la citada STC 227/1988, una interpretación sistemática del art. 149.1.22 CE, en su relación con el art. 45.2 CE que reclama una "utilización racional de los recursos naturales", nos llevó a sostener que "entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato", añadiendo que "no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan

emboca en el mar, sino también aguas abajo, en posible perjuicio de los territorios donde nace o por donde transcurre, ya que la concesión de caudales implica en todo caso el respeto a los derechos preexistentes, de manera que los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en tramos superiores. Por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios. Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea... Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia... La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión" (FJ 15).

las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios”, en tanto que “por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios”, de modo que “es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea” (STC 227/1988, FJ 15).

La conclusión que se establece en este FJ6 es contundente: “En definitiva, hemos de concluir que el conjunto de esos intereses ‘manifiestamente supracomunitarios’, ‘debe ser gestionado de forma homogénea’, lo que excluye la viabilidad constitucional de la compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma” (STC 227/1988, de 29 de noviembre FJ 15). Así pues, el TC concluye en este FJ 6 que, desde el punto de vista sustantivo o material, “el art. 51 EAAnd debe reputarse inconstitucional y nulo porque, al compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, el citado precepto vulnera el art. 149.1.22 CE”.

Como se puede ver, el TC resuelve la cuestión de la inconstitucionalidad desnaturalizando la doctrina establecida por la STC 227/1988 y conduciendo a un resultado que no tiene nada que ver, ni en la vertiente metodológica –como hemos indicado anteriormente– ni en la sustantiva, con lo que en esa sentencia se había establecido. La consecuencia de la alteración en lo metodológico y simplificación en lo material de esa la doctrina es que los principios en los que se basaba la STC 227/1988 aparecen ahora desvaídos, inconsistentes con la realidad sobre la que el juicio de constitucionalidad se proyecta.

En lo que a la vertiente material se refiere, la sentencia 30/2011 pretende basarse, como hizo la STC 227/1988 en “criterios lógicos, técnicos y de experiencia”. Pero si esos principios hermenéuticos podían avalar la legitimidad constitucional del criterio de unidad de cuenca establecido en la Ley de Aguas, a lo que no conducen, en modo

alguno, es a considerarlo como el único constitucionalmente viable. Prueba de ello es que, como indica A. Embid Irujo, seríamos (somos ahora ya, de acuerdo con la doctrina de la STC 30/2011) el único caso en los ordenamientos de estructura descentralizada en todo el mundo en utilizar como único criterio posible de delimitación competencial en esta materia el criterio de cuenca hidrográfica.³⁰ Esa singularidad quizás debería haber hecho reflexionar al TC antes de dictar sentencia, salvo que pensemos que ningún otro ordenamiento constitucional en todo el mundo, excepto el nuestro, ha seguido criterios “lógicos, técnicos y de experiencia” en la ordenación del reparto competencial en materia de aguas.

En todo caso, incluso si partimos de la idea de unidad de gestión de la cuenca porque “permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados” o si aceptamos que “desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea”, parece evidente que estos principios no son necesariamente aplicables del mismo modo a una cuenca en la que la participación de las CCAA esté muy repartida, con porcentajes minoritarios en todas ellas a una cuenca en la que, como es el caso de Andalucía respecto del Guadalquivir o de Castilla y León respecto del Duero, el porcentaje de una sola Comunidad Autónoma supere el 90% del total.³¹

30. A. Embid Irujo “Agua y territorio: nuevas reflexiones jurídicas”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n. 71-72, 2008, p. 37, nota 33: “la hipotética decisión del TC sobre que el único entendimiento posible de la expresión constitucional de “aguas que discurran” del art. 149.1.22 CE fuera el de cuenca hidrográfica, representaría el único supuesto –en lo que yo conozco– del constitucionalismo mundial –en lo relativo a los Estados descentralizados políticamente, obviamente– en el que el criterio de la cuenca hidrográfica fuera la única forma posible de interpretar o entender la Constitución a los efectos del consiguiente reparto competencial que en todo Estado descentralizado políticamente debe existir entre la “Federación” o Estado central, y los entes o estados federados”. Cfr. igualmente, nota 9, p. 23 y pp. 44 y ss. Disponible en Internet en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=56821>

31. La participación de Andalucía en la cuenca del Guadalquivir es del 90,22% y la de Castilla y León en la cuenca del Duero, del 98,32%. Cfr. F. López Menudo, “Agua y territorio”, en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, p. 60. Disponible en Internet en: <http://www.idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2007/aguayterritorio.pdf>.

El problema es que, quizás el TC no ha sido consciente del alcance de la doctrina a la que apela, la establecida en la STC 227/1988, que no está basada en criterios formales por los cuales sea posible atribuir al Estado la competencia de manera indubitada, sino en criterios de apreciación que tienen, en última instancia, una orientación finalista a la “administración equilibrada de los recursos” en atención al conjunto de intereses afectados o a una “gestión homogénea” con la finalidad de hacer posible una “utilización racional de los recursos naturales”, como demanda el art. 45.2 CE.³² Esa finalidad no ha estado ni está reñida, como el propio Tribunal reconoce, con la participación de las CCAA en la gestión de la cuenca. Ahora bien, ¿debe ser la misma participación la de la CA que tiene un porcentaje de menos del 10% que la de la CA que tiene más del 90%?³³ ¿Es esa una ordenación racional y proporcionada? ¿Garantiza la competencia estatal en estos supuestos una administración equilibrada de los recursos en atención al conjunto de los intereses afectados, teniendo en cuenta que una sola CA representa prácticamente la totalidad del conjunto?³⁴

En realidad, de todos los problemas relativos a la materia de aguas que se han planteado con los nuevos Estatutos de Autonomía, sólo en el caso de dos Comunidades Autónomas la cuestión se ha centrado en torno a las aguas de cuencas “supracomunitarias”. No ha sido por un capricho político de sus gobernantes, avalado por el Estado, a través de las Cortes Generales, sino porque la realidad ma-

32. “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

33. Como certeramente indicara F. López Menudo en relación con el Guadalquivir, “Las posturas que se mantienen sobre la solución dada por el Estatuto a la cuenca del Guadalquivir son antagónicas precisamente porque parten de premisas opuestas: unas se atienen al hecho formal de que la cuenca es supracomunitaria con todas sus consecuencias y las otras se mueven en el plano de la “injusticia” que supone que el criterio general se aplique a ciegas y rompa esa especie de simbiosis física que forman el Guadalquivir y Andalucía”, *op. cit.*, p. 73.

34. En el caso del Guadalquivir hay que tener en cuenta también que el río nace y muere en Andalucía, que la cuenca se extiende sobre las ocho provincias de Andalucía y que se residen en Andalucía el 97,4% de la población de la Cuenca y el 99,2% del uso que se da a sus aguas. Cfr. sobre estos últimos datos, M. Carrasco Durán, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 220. Cfr. igualmente, Lorenzo Mellado Ruiz, *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, Granada, 2010, pp. 300 y ss. que da unos porcentajes de participación muy relevantes.

terial de esas dos Comunidades Autónomas justificaba plenamente una solución diferenciada para ellas respecto de la que se ha dado a otras Comunidades Autónomas.

Si aceptamos –como hace el TC expresamente– que son posibles otros criterios constitucionales de interpretación del art. 149.1.22^a distintos a los establecidos inicialmente por la Ley de Aguas, si entendemos que esos criterios deberían sostenerse desde un punto de vista material –para un juicio material de inconstitucionalidad– con independencia de que estén contenidos en la Ley de Aguas (porque el TC no debe ser el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas, sino de la Constitución) si, por último, analizamos esos criterios en sí mismos y atendiendo a su orientación finalista, debemos llegar a la conclusión de que el TC no ha fundamentado la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 EA. O lo que es lo mismo, en este caso, que el TC debería haber declarado la plena constitucionalidad de ese precepto.

5. Sobre la denominada inconstitucionalidad “formal” del art. 51 EA

Una vez resuelta, a mi modo de ver, de manera inadecuada, la cuestión de la inconstitucionalidad material, el Tribunal afronta la cuestión de la inconstitucionalidad formal. Si hubiera que aplicar la propia teoría que el Tribunal expresa en su FJ 11, cuando tras mencionar las cautelas que contiene el art. 51 EA³⁵ indica que estas cautelas “vienen a poner de relieve que el objeto regulado en el citado precepto estatutario se encuadra en una materia que es de la exclusiva competencia estatal por virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.22 CE” podríamos decir que esta aparente sobreabundancia argumentativa del Tribunal es expresiva de la inseguridad con la que parece moverse esta sentencia.

Para el Tribunal, en este punto (FJ7), “el objeto de debate se contrae estrictamente a dilucidar la legitimidad constitucional de que la concreción del concepto del art. 149.1.22 CE “aguas [que]

35. “-(a) que las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, y “sin perjuicio” (b) de la planificación general del ciclo hidrológico, (c) de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, (d) de las obras públicas hidráulicas de interés general (e) y de lo previsto en el 149.1.22 CE-”.

discurran por más de una Comunidad Autónoma” se lleve a cabo en un Estatuto de Autonomía.” A esta cuestión, el TC le da una respuesta negativa (FJ8): “es evidente que con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.22 CE no sólo se están asumiendo competencias fuera del ámbito que acabamos de señalar –arts. 148 y 149 CE a sensu contrario– sino que además se menoscaban gravemente “las funciones propias” de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado. Tal función integradora padecería de manera irremisible si los Estatutos de Autonomía fueran constitucionalmente capaces de imponer un criterio de delimitación competencial respecto de potestades y funciones que, como es el caso con las aguas que discurren por varias Comunidades Autónomas, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria, cuya disciplina sería sencillamente imposible si los criterios adoptados en los Estatutos de las Comunidades Autónomas interesadas resultaran incompatibles o excluyentes”.

Para el TC, el art. 51 EA, “al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir, por más que la atribución competencial pretenda limitarse a aquellas aguas “que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma” y se realice con las salvedades a las que a continuación aludimos, impide que las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22 CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia” (FJ8). La conclusión es que “el art. 51 EA no supera, en suma, el canon de constitucionalidad expuesto y vulnera el art. 149.1.22 CE por razón de la inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para realizar una concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias que el citado precepto constitucional reserva al Estado” (FJ 8).

En lo que tiene de control formal, esta argumentación es una mera petición de principio, cuyo carácter tautológico y circular re-

sulta evidente: como la interpretación que se hace del art. 149.1.22 es que se trata de una competencia estatal, el Estatuto no puede concretar el criterio para delimitar las competencias. La cuestión es, sin embargo, que para definir la competencia estatal previamente hay que concretar el criterio. De esa manera, vemos como el problema formal no existe porque la cuestión real es si el criterio territorial está o no está bien delimitado. Si el Estatuto lo hubiera hecho de acuerdo con lo que dispone la legislación estatal, estaría bien delimitado (como ha ocurrido con otros Estatutos y ocurre también con otros preceptos del Estatuto de Andalucía). Si lo hace de manera diferente y el Tribunal parte de la base de que la legislación estatal ha establecido, en realidad, el único criterio posible de delimitación (por más que reconozca formalmente la posibilidad de recurrir a otros criterios) es comprensible que el Tribunal considere que el precepto estatutario resulta contrario a la Constitución, pero no lo será por una confrontación formal con el texto constitucional sino por una contradicción material con la única interpretación válida del texto constitucional, que es la que ha realizado el legislador, según entiende el TC.³⁶

La confusión es, por tanto, notable –dicho sea con todo respeto a nuestro Alto Tribunal– porque pretende formular un juicio formal de inconstitucionalidad, a mayor abundamiento, que en realidad es el mismo juicio material previamente realizado en los fundamentos jurídicos anteriores y que presenta las mismas debilidades que ya evidenciaba ese juicio material.

La confusión se consolida en la respuesta que da a las alegaciones del Parlamento de Andalucía, en las que entra de nuevo en criterios materiales para justificar la inconstitucionalidad por motivos formales (FJ9): “carece de relevancia a los efectos de nuestro análisis la cuestión de si, como sostiene el Parlamento de Andalucía, los principios constitucionales que conciernen a la ordenación y gestión de los recursos hídricos, condensados en el mandato de utilización

36. Como muy bien dice J.F. Sánchez Barrilao (*op. cit.*, p. 27): “Verdaderamente es aquí, en el juicio formal, cuando se expresa con toda rotundidad el juicio material de inconstitucionalidad, al venir el Tribunal a equiparar el concepto constitucional de “aguas que discurren por más de una Comunidad” con el de unidad de cuenca hidrográfica establecido legalmente, a modo de, parecería, única concreción y desarrollo normativo posible al respecto, y al margen de las singularidades que suponen las cuencas del Guadalquivir y del Duero”.

racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), pueden satisfacerse igualmente mediante diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias. Independientemente de lo que ya hemos dicho, ahora importa precisar que, aun cuando ello fuera cierto, cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22 CE –que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación que pueda utilizarse– sólo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas, pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria”.

Así pues, el círculo se cierra: un solo criterio de interpretación (por más que formalmente se siga diciendo que son posibles otros) y adoptado por un solo legislador, al que el TC denomina “legislador estatal de aguas”. El cambio de estatuto metodológico para resolver los problemas competenciales respecto de la STC 227/1988 y, en general, de la doctrina anterior del TC, es radical. Mientras las cuestiones competenciales se resolvían anteriormente teniendo en cuenta el núcleo de la interacción Constitución-Estatutos dentro del bloque de constitucionalidad, como hemos tenido ocasión de ver en el apartado 2 de este trabajo, ahora se apela directamente al legislador estatal de aguas para imponer sus criterios.

En realidad, lo que tenía que enjuiciar el TC era la constitucionalidad de la disposición estatutaria, para lo cual los criterios establecidos por la Ley de Aguas podían servir al juicio de constitucionalidad, pero no por estar incorporados a la Ley de Aguas, no por ser obra del legislador estatal, sino porque el TC los considerara razonables para el juicio de constitucionalidad que tiene que realizar. ¿O es que el TC habría aceptado como válido cualquier criterio establecido por la Ley de Aguas? Evidentemente no, de manera que la distinción entre constitucionalidad formal y material en la que pretende basarse el TC para resolver carece de fundamento. Hay que descartar por tanto, por fortuna, que el TC sea el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas como si en el juicio de constitucionalidad que realiza tuviera que apoyarse en las muletas que le ofrece la legislación estatal, en lugar de su propio criterio como supremo intérprete, en este caso sí, de la Constitución.

6. El rechazo a posibles fórmulas de interpretación conforme

Si alguna conclusión indubitada podemos extraer de la STC 30/2011 es que el Tribunal no se da por aludido en relación con las críticas doctrinales que le han realizado desde todos los frentes respecto de la STC 31/2010. En efecto, la reiterada consideración respecto de su pertenencia al tipo de las “sentencias manipulativas”,³⁷ el Tribunal no la ha asumido como propia, lo que le permite afirmar lo siguiente en el FJ11 de la STC 30/2011: “Conforme a nuestra reiterada doctrina, la admisibilidad de la interpretación conforme requiere que la interpretación compatible con la Constitución sea efectivamente deducible de la disposición impugnada, sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de una norma contra su sentido evidente y, por ende, la creación de una norma nueva para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4; 45/1989, de 20 de febrero,

37. Así, S. Muñoz Machado, “Dentro de los términos de la presente Constitución”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, para quien, “la Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve formulando hipótesis sobre la significación de los conceptos, que no es la que realmente tienen ni la que se les pretendió dar, sino inventándose otro más concorde con la Constitución, para evitar declarar incompatible el enunciado” (p. 7). En el mismo sentido, J. De Esteban, “Reflexiones en torno al voto particular de Javier Delgado”, en la misma revista y número, p. 16, afirma que “la Sentencia utiliza la técnica de las interpretaciones conforme, como forma de eludir la clara inconstitucionalidad de muchos artículos”. También R. Blanco Valdés, “El Estatuto Catalán y la sentencia de nunca acabar” en *Claves de la Razón Práctica*, n. 205, 2010, p. 10: “no hay que ser, desde luego, muy sagaz, para descubrir la fórmula magistral que ha encontrado la mayoría del TCE para sanar la inconstitucionalidad de lo que de otro modo lo sería: la consistente en hacer decir al Estatuto lo contrario de lo que manifiestamente afirma, para poder proclamar luego que tal interpretación es perfectamente constitucional”, de tal manera que el TC no sólo ha hecho lo posible para respetar la voluntad del estatuyente sino también lo imposible (p. 17) con lo que muchas de sus interpretaciones “son literalmente contradictorias con el indudable sentido del texto” (p. 18). Igualmente, Germán Fernández Farreres, “Las competencias de Cataluña tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 48-9: “Cuestión distinta es que para evitar en la medida de lo posible la declaración formal de inconstitucionalidad, la Sentencia recurra sistemáticamente a interpretaciones conforme a la Constitución, aunque ello suponga, sin duda alguna, un exceso manifiesto. En realidad, esas interpretaciones consisten en la mayoría de los casos en hacer decir a los preceptos estatutarios impugnados lo que evidentemente no dicen o, simplemente, en vaciarlos de contenido al privarles de todo efecto jurídico”.

FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7; y 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7, entre otras muchas). Al menos, el TC no ha citado la STC 31/2010 entre esas “otras muchas” a las que hace referencia porque, en realidad, lo que viene a decir el Tribunal es: esto no lo hemos hecho nunca y nunca lo volveremos a hacer.

De la argumentación que el abogado del Estado realiza con la finalidad de salvar la constitucionalidad del precepto, debemos destacar la relativa a la distinción entre la validez y eficacia.³⁸ El Tribunal, sin embargo, rechaza de plano esta posibilidad, en congruencia con el planteamiento reductivo enunciado previamente porque, en el fondo, rechaza cualquier posible interpretación futura del art. 149.1.22 que haga posible la compatibilidad del art. 51 EA con ese precepto constitucional (FJ11): “por lo que se refiere a la interpretación que también propone el Abogado del Estado, según la cual el art. 51 EA-And sería una suerte de cláusula de ampliación competencial condicionada a la eventualidad de que las Cortes Generales optaran en el futuro por otra concreción del concepto constitucional “aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma”, que hiciera posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía asumiera entonces, sin necesidad de reforma previa del Estatuto, competencias hidráulicas exclusivas sobre algunas aguas de la cuenca del Guadalquivir, estamos ante una propuesta de interpretación conforme que ha de ser rechazada, al entrar en contradicción con el art. 149.1.22 CE, puesto que, como hemos señalado en el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia, el legislador estatal no puede redefinir las competencias exclusivas del Estado en relación con una cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, mediante un entendimiento fragmentador de la cuenca que conduzca a “compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma” (STC 227/1988, FJ 15).

Pero, además, el TC introduce dudas sobre la viabilidad futura de la doctrina establecida por la STC 247/2007, cuando afirma en el FJ 11 que “Por otro lado, según la interpretación que propone el

38. Que trae causa de la propia doctrina del Tribunal establecida en la STC 247/2007, FJ6.

Abogado del Estado, el art. 51 EAAnd incorporaría contenidos constitucionalmente reservados a tipos normativos diferentes, pero lo haría condicionando su propia eficacia a la eventual adopción de la correspondiente disposición por parte de la autoridad competente mediante el procedimiento normativo adecuado. Dejando a un lado otras posibles objeciones derivadas del principio de seguridad jurídica, así como las consideraciones de principio que habría de merecer semejante técnica de asunción competencial al margen del procedimiento de revisión formal del Estatuto de Autonomía, la constitucionalidad de la disposición queda excluida en virtud del principio de competencia mismo, puesto que la necesidad de someter a condición la prescripción que contiene pone de manifiesto que la autoridad normativa que ha dictado esa disposición carecía de habilitación constitucional al efecto”.

Esta afirmación supone un paso más en el desmantelamiento de las formulaciones generales contenidas en la STC 247/2007 que eran mucho más consistentes con la lógica constitucional de nuestro Estado Autonómico que las que han seguido en las sentencias posteriores. La idea de limitar los contenidos posibles del Estatuto que se intentó inicialmente con la apelación a la “reserva de Estatuto” como una frontera insalvable que habría terminado desnaturalizando su función constitucional, encuentra ahora un segundo frente por medio de la crítica a la incorporación de contenidos que pretendan interactuar con la legislación estatal. Una doctrina respetable pero que llega con un retraso de más de 30 años porque este tipo de preceptos han sido una constante en los Estatutos de Autonomía desde que se aprobaron los primeros de ellos.

Por lo demás, esta afirmación del TC es inconsistente no sólo con otros pronunciamientos recientes sino con la propia sentencia, que en su FJ12 declara la plena constitucionalidad del art. 50.2 EA, que sigue esta misma técnica cuando establece la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre “la participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, en los términos previstos en la legislación del Estado” o sobre “ejecución y explotación de obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio, y facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal”.

La conclusión final del TC, después de manejar los criterios material y “formal” de control de la constitucionalidad y de rechazar las propuestas de interpretación conforme, es que el art. 51 EA “debe declararse contrario al art. 149.1.22 CE y, por tanto, inconstitucional y nulo, dado que establece un criterio fragmentador de la gestión de una cuenca hidrográfica intercomunitaria para asumir competencias que corresponden al Estado, a lo que se une la inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para la concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias reservadas al Estado por dicho precepto constitucional”.

Como ya hemos señalado, las consecuencias más negativas de esta sentencia no se plantean tanto por el resultado, la anulación del art. 51 EA, cuanto por la argumentación que contiene para llegar a ese resultado. Por lo que se refiere a la anulación del art. 51 EA, sin pretender negar su trascendencia, lo cierto es que, si tenemos en cuenta la sentencia en su conjunto, esa anulación no va a impedir que el Estado pueda descentralizar a la Comunidad Autónoma facultades similares a las que se contenían en el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, siempre dentro de los límites definidos por el Tribunal Constitucional.

7. La incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo

La sentencia ha anulado el art. 51 EA, pero ha mantenido la plena constitucionalidad de los restantes artículos impugnados. El FJ 12, el último, se dedica de manera muy breve a resolver la impugnación de los otros preceptos del EA, que se desestima en su totalidad porque, para el Tribunal, esa impugnación se basaba en una interpretación conectada con el art. 51 que carece de sentido una vez que ese artículo se anula. De interés resulta, sin embargo, la referencia al art. 50.2 en relación con el cual el Tribunal afirma que “Todo ello sin perjuicio de que, como alega el Abogado del Estado, nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de “policía del dominio público hidráulico” en cuencas intercomunitarias (STC 161/1996, de 17 de octubre), o que, según el art. 17 d) de la Ley de aguas, entre las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico se encuentre el otorgamiento de autorizaciones cuya tramitación puede encomendarse a las Comunidades Autónomas.”

Si tenemos en cuenta estas otras previsiones estatutarias, parece claro que la incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo se verá reducida en el futuro en la medida en que el legislador estatal establezca –no sólo para Andalucía– fórmulas que hagan posible un tratamiento más racional y ajustado a las características del Estado Autonómico de las cuencas intercomunitarias.³⁹ La reforma es necesaria y debe plantearse, entre otras cuestiones, si tiene algún sentido que se traten del mismo modo realidades tan distintas como las que podemos ver en la actualidad en este tipo de cuencas.⁴⁰

39. Como muy bien indicara antes de la sentencia F. López Menudo: “En el caso de que el Tribunal anulase las iniciativas que estamos considerando, supondría una torpeza histórica que el Estado pretendiera retornar, sin más, al punto de partida, tal como el esquema del reparto competencial y la organización dispuesta para ello se encontraba hace quince años. Con un sentido rabiosamente realista –dado que la situación es la que es– habría que ir a la búsqueda de un *criterium* distinto al tradicional, precisamente para que el sistema no resulte ingobernable, ya que, como se ve, ha mostrado su tendencia a la dispersión y al conflicto.” (*op. cit.*, p. 81).

40. Comparto plenamente las propuestas que realiza el Prof. López Menudo en su trabajo anteriormente mencionado, respecto de los presupuestos de partida que podrían servir para una futura reforma, que se reproducen íntegramente a continuación: “El primero de ellos es asumir de entrada, con toda naturalidad, que el criterio de la competencia estatal *in totum*, dotado de razón cuando en abstracto queda referido al conjunto de las grandes cuencas del territorio nacional, puede tornarse desproporcionado e incluso “lesivo” en determinados supuestos extremos –llámese cuenca del Duero, o del Guadalquivir, o de cualquiera otra en su caso– para los cuales esa regla general debe tener previstas soluciones para darles salida razonable, y no someterlos a ultranza al corsé de una regla general que carece de gran parte de su razón de ser.

El segundo de ellos exige abandonar clichés formales y uniformistas (válidos quizás para un tiempo pasado y una situación que ya no existen), localizar los verdaderos puntos neurálgicos donde se concitan los intereses de las Comunidades Autónomas en cada cuenca (...) y darles a éstas una participación proporcionada de una manera realista y no del modo estereotipado con que están organizadas en la actualidad (...) Basta observar el juego de las participaciones autonómicas en los Organismos de cuenca y sobre todo en las Demarcaciones Hidrográficas para detectar cómo la participación de Comunidades Autónomas sumamente relevantes en relación con la cuenca se diluye en la del conjunto, generando así agravios comparativos irritantes tras la fachada de una organización diseñada en apariencia de forma exquisita para dar cabida a todos los intereses.

El tercer punto de partida consiste en admitir del modo más realista que lo importante a retener por el Estado son las grandes decisiones, entendiéndose por tales la legislación, la planificación hidrológica con su séquito de medidas necesarias para hacer efectivo el principio de solidaridad interterritorial consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ello con el complemento del acervo de medidas compensatorias para la justa distribución de la riqueza. Aunque seguramente la pérdida del monopolio estatal en la gestión de los “asuntos corrientes” de carácter administrativo pueda considerarse como la pérdida de un valor estimable, no parece que hubiera que lamentarse excesivamente por ello si los pilares fundamentales del sistema quedan debidamente controlados. No parece que el sistema deba quedar cerrado a la desconcentración de competencias ejecutivas, a las fórmulas de colaboración intercomunitarias, a la coordinación estatal, quedando el Estado

A lo anterior hay que unir un deber de cooperación que se recuerda, en la más matizada STC 110/2011, de 22 de junio, relativa al Estatuto de Aragón, en cuyo FJ7 se afirma que: “también hemos puesto de relieve que sobre las aguas intercomunitarias se proyectan diversas competencias de las Comunidades Autónomas (agricultura, ganadería, espacios naturales protegidos o pesca fluvial, entre otras), produciéndose así un fenómeno de concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que conlleva que el primero, titular de la competencia más específica ex art. 149.1.22 CE, deba instrumentar sistemas de cooperación con las segundas, cooperación que habrá de materializarse en múltiples facetas del régimen del agua”.

En cualquier caso, tal y como ocurriera con la STC 31/2010, aunque ahora en una dimensión mucho más reducida, el Tribunal ha devuelto al plano político el problema negando una solución jurídica que podía haberlo resuelto definitivamente. Sobre la convicción del Tribunal respecto de que esta era la decisión correcta nada hay que decir. Por otro lado, en ningún caso se podría afirmar que su argumentación sea arbitraria o irracional. Sin embargo, para ser una sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto estatutario (la segunda vez que se hace algo así en nuestra historia constitucional hasta la posterior sentencia 32/2011), lo cierto es que la argumentación no sólo contradice la doctrina establecida previamente en aspectos fundamentales (sin decirlo expresamente) sino que crea un problema mucho mayor al que pretende resolver al afectar a la metodología seguida hasta ahora por el TC en la solución de las cuestiones competenciales.

Respecto de la manera concreta en que se solucione el tema de fondo en el futuro, la cuestión es incierta. Por un lado, están las posibilidades que ofrece el Estatuto en relación con la participación de la CA en la planificación y la gestión de la cuenca, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.2, anteriormente mencionado:⁴¹ “Corresponde a la

en todo caso en un papel subsidiario para cuando esas fórmulas de gestión se revelasen insuficientes” (*op. cit.*, pp. 81-82).

41. Cuya constitucionalidad ha sido validada por la STC 30/2011, como previamente lo fue la del precepto similar del Estatuto de Cataluña, el art. 117.3 (por la STC 31/2010, FJ65) y como también lo ha sido la del art. 72.2 EAr., de similar tenor, por la STC 110/2011, de 22 de junio, relativa al Estatuto de Aragón, en cuyo FJ13 se dice que “En lo relativo a la par-

Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia sobre la participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, en los términos previstos en la legislación del Estado. Corresponde a la Comunidad Autónoma dentro de su ámbito territorial la competencia ejecutiva sobre adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, ejecución y explotación de obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio, y facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal”.

Por otro lado, la sentencia elude expresamente un pronunciamiento sobre una posible atribución extraestatutaria de competencias a través del art. 150 CE en su FJ4: “al haberse atribuido la competencia controvertida a la Comunidad Autónoma andaluza a través de la reforma de su Estatuto de Autonomía, el problema de la constitucionalidad del art. 51 EAAnd remite a si dicha competencia se encuentra o no reservada al Estado por el art. 149.1.22 CE, puesto que sólo en caso de respuesta negativa podría ésta, en los términos del art. 149.3 CE, ‘corresponder a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos’, de tal manera que, en atención al objeto de la impugnación, queda, por tanto, excluida del ámbito de nuestro enjuiciamiento la cuestión de la licitud o ilicitud constitucional y de los límites de una eventual atribución extraestatutaria de las competencias a las que se refiere el art. 51 EAAnd”.

En realidad, tal y como está redactado este párrafo, podría decirse que el Tribunal considera aceptable este mecanismo pero con límites.⁴² Es decir, la cuestión queda abierta, el TC no dice que no sea

participación y colaboración de la Comunidad Autónoma de Aragón ‘en la planificación y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón’, hay que partir de que la cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado constituye un principio ‘que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución’ (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9, con cita de otras precedentes). En lo atinente a la participación de las Comunidades Autónomas en las competencias y órganos del Estado, como ya hemos avanzado en el FJ 7 de esta Sentencia, tampoco resulta ilegítima siempre que se adecue a lo indicado en dicho Fundamento Jurídico”.

42. Como límite general, que no sólo afectaría a este mecanismo, hay que tener en cuenta que, para la sentencia, la Administración autonómica no puede configurarse como “como la Administración ordinaria en régimen de exclusividad” (STC 30/2011, FJ 11).

posible, aunque tampoco afirma que lo sea, lo cual parece lógico porque dependerá también de cómo se formule un posible texto legal orientado en esa dirección. Un ejemplo de esta dificultad para avanzar un criterio firme lo encontramos en la STC 32/2011 relativa al Estatuto de Castilla y León, en la que el TC expresamente afirma en su FJ6 que “La alegación del Abogado del Estado respecto de susceptibilidad de una interpretación del art. 75.1 EACL en el sentido de que sería posible una futura asunción por la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas aquí consideradas debe rechazarse, en primer lugar, porque no es este el momento de entrar a considerar el alcance del art. 150.2 CE en términos generales; y, en segundo lugar, porque para ser coherentes con la apreciada inconstitucionalidad que acabamos de razonar, hemos de concluir en la imposibilidad de que la referida Comunidad Autónoma pudiera asumir, por cualquier vía (incluida la de dicho precepto constitucional) las competencias anteriormente mencionadas con el alcance y en los términos previstos en el art. 75.1 EACL”.

Esta afirmación debe ponerse en relación con el alcance del art. 75.1 ECL respecto del cual, el TC apreció en el FJ 6 de la Sentencia 32/2011 un motivo adicional de inconstitucionalidad material respecto del art. 51 EA derivada de la formulación literal del art. 75.1.⁴³ Es decir, poniendo en relación esta argumentación con la del FJ6, se

43. Para el TC: “Importa destacar que a la señalada fragmentación del criterio territorial ínsito en el art. 149.1.22 CE, fragmentación que determina la inconstitucionalidad por razones sustantivas del art. 75.1 EACL, se añaden otros motivos de inconstitucionalidad material derivadas del tenor literal de dicho precepto estatutario. En efecto, el art. 75.1 EACL atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León las potestades de desarrollo legislativo y ejecución sobre la cuenca hidrográfica supracomunitaria del Duero, delimitada territorialmente en los términos señalados, siendo así que la atribución de esas potestades de desarrollo legislativo y ejecución restringe indebidamente la competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.22 CE. Restricción que se produce, en primer lugar, porque mientras este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación en materia de “aguas [que] discurren por más de una Comunidad Autónoma”, esto es, la entera legislación en relación con las cuencas hidrográficas supracomunitarias, esta competencia resulta cercenada y convertida por el art. 75.1 EACL en una mera competencia para dictar la legislación básica. Otro tanto sucede, en segundo lugar, respecto a la competencias de gestión, que se atribuyen por el art. 75.1 EACL *in toto* a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contradiciendo abiertamente el alcance del art. 149.1.22 CE, que determina que el Estado, además de la competencia legislativa exclusiva en relación con las cuencas supracomunitarias, ejerce sobre estas mismas cuencas las potestades de gestión que se derivan del citado precepto constitucional”.

trata de que el TC no prejuzga tampoco en esta sentencia si el 150.2 es o no válido en términos generales, pero lo que sí excluye es que se pueda utilizar para la totalidad de las competencias estatales, lo que parece implicar que sí parece admitirlo respecto de facultades concretas. En suma, será la formulación específica de una posible ley orgánica aprobada en virtud de lo dispuesto en el art. 150.2 CE lo que permitirá concretar su viabilidad o inviabilidad constitucional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

RESUMEN

En la STC 30/2011 nada es lo que debería de ser, desde una perspectiva jurídica. El control de constitucionalidad del Estatuto de Autonomía se transforma en un control de legalidad, alterando la metodología seguida hasta ahora por el Tribunal Constitucional para delimitar las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Se produce igualmente una confusión entre el control material de constitucionalidad y el control formal de constitucionalidad. El control material no se justifica por sí mismo sino mediante el control formal que, a su vez, se remite en última instancia al material, en una argumentación circular y tautológica que carece de contenido real. Todo ello se mueve en una pretendida conexión con la doctrina anterior del Tribunal, especialmente con la STC 227/1988 que, sin embargo, se desvirtúa totalmente tanto en su vertiente metodológica como sustantiva. El resultado es una fundamentación que, frente a la apelación constante de la STC 227/1988 a los Estatutos de Autonomía como norma de referencia de la interpretación constitucional en la delimitación competencial se basa exclusivamente en la legislación estatal de aguas y que, frente a la diversidad de criterios constitucionalmente aceptables para la STC 227/1988 acepta únicamente el de cuenca hidrográfica establecido por la legislación estatal de aguas. La consecuencia es la degradación del valor constitucional del Estatuto de Autonomía no ya al plano de la legalidad –como hacía la STC 31/2010– sino a un plano incluso inferior, al someterlo a las determinaciones del “legislador estatal de aguas” y la correspondiente degradación del *status* del TC a “intérprete supremo” de la Ley de Aguas, para resolver un problema constitucional que –cualquiera que hubiera sido el resultado manifestado en el Fallo– debería haberse basado en parámetros radicalmente diferentes. El Tribunal tenía que haber realizado su propio juicio de constitucionalidad del art. 51 EA, atendiendo a los criterios materiales de la Ley de Aguas –no por estar contenidos en esa Ley sino por ser constitucionalmente admisibles– y a otros extraídos de la Constitución y basados en la lógica, la técnica y la experiencia a los que apeló la STC 227/1988, con una inspiración finalista y teniendo en cuenta la modificación operada en el bloque de constitucionalidad por el legislador estatutario, que es también legislador estatal. Esos criterios habrían permitido un juicio diferente fundamentado ya en la propia apreciación del TC y en la valoración de todos los elementos de naturaleza constitucional que habría que considerar.

Palabras clave: Estado autonómico; estatutos de autonomía; relaciones Estado-Comunidades Autónomas; derecho de aguas; derecho constitucional; Bloque de constitucionalidad; interpretación constitucional; jurisdicción constitucional.

RESUM

A la STC 30/2011 res no és el que hauria de ser, des d'una perspectiva jurídica. El control de constitucionalitat de l'Estatut d'autonomia es transforma en un control de legalitat, alterant la metodologia seguida fins ara pel Tribunal Constitucional per delimitar les competències entre Estat i comunitats autònomes. Es produeix igualment una confusió entre el control material de constitucionalitat i el control formal de constitucionalitat. El control material no es justifica per si mateix sinó mitjançant el control formal que, al seu torn, es remet en última instància al material, en una argumentació circular i tautològica que manca de contingut real. Tot això es mou en una pretesa connexió amb la doctrina anterior del Tribunal, especialment amb la STC 227/1988 que, tanmateix, es desvirtua totalment tant en el seu vessant metodològic com substantiu. El resultat és una fonamentació que, davant l'apel·lació constant de la STC 227/1988 als estatuts d'autonomia com a norma de referència de la interpretació constitucional en la delimitació competencial es basa exclusivament en la legislació estatal d'aigües i que, davant la diversitat de criteris constitucionalment acceptables per a la STC 227/1988 accepta únicament el de conca hidrogràfica establert per la legislació estatal d'aigües. La conseqüència és la degradació del valor constitucional de l'Estatut d'autonomia no ja al pla de la legalitat –com feia la STC 31/2010– sinó a un pla fins i tot inferior, en sotmetre'l a les determinacions del “legislador estatal d'aigües” i la corresponent degradació de l'*estatus* del TC a “intèrpret suprem” de la Llei d'aigües, per resoldre un problema constitucional que –qualsevol que hagués estat el resultat manifestat en la decisió– s'hauria d'haver basat en paràmetres radicalment diferents. El Tribunal havia d'haver realitzat el seu propi judici de constitucionalitat de l'art. 51 EA, atenent els criteris materials de la Llei d'aigües –no per estar continguts en aquesta Llei sinó per ser constitucionalment admissibles– i altres extrets de la Constitució i basats en la lògica, la tècnica i l'experiència als quals va apel·lar la STC 227/1988, amb una inspiració finalista i tenint en compte la modificació operada al bloc de constitucionalitat pel legislador estatutari, que és també legislador estatal. Aquests criteris haurien permès un judici diferent fonamentat ja en la pròpia apreciació del TC i en la valoració de tots els elements de naturalesa constitucional que caldria considerar.

Paraules clau: Estat autonòmic; estatuts d'autonomia; relacions Estat-comunitats autònomes; dret d'aigües; dret constitucional; bloc de constitucionalitat; interpretació constitucional; jurisdicció constitucional.

ABSTRACT

In the STC 30/2011 nothing is as it should be, if viewed from a legal standpoint. The control of constitutionality over the Statute of Autonomy becomes a matter of plain legal control, twisting the line followed to date by the Constitutional Court to demarcate powers between State and autonomous communities. It also blurs the borders between material and formal control of constitutionality. Material control is not justified by itself but by formal control, which in turn refers ultimately to material control in a circular and tautologous argument lacking all real content. All this revolves around its alleged connection with the Court's earlier doctrine, especially with the STC 227/1988, which becomes absolutely twisted both methodologically and substantively. The distortion results in a legal reasoning which, for all the continuous appeals of STC 227/1988 to the Statutes of Autonomy as reference standards for constitutional interpretation as regards the demarcation of powers, is based solely on State water law and which, compared to constitutionally acceptable range of criteria as in STC 227/1988, hinges only upon that of watershed as established by State water law. The result is that the constitutional status of the Autonomy Statute is downplayed, even further down than the status of plain law, as derived from STC 31/2010, given that it is subjected to the determinations of the “State water lawmaker” and given that the Constitutional Court is downplayed as well as “supreme interpreter” of Water Law, all this to settle a constitutional issue which, whichever the court decision may have been, should have been taken on parameters different from the ones it was built on. The Court should have conducted its own opinion on the constitutionality of art. 51 of the Statute of Autonomy according to the material criteria in Water Law -not because they were contained therein but because they were constitutionally permissible- and any others drawn from the Constitution and based on the logic, the technology and the experience to which the STC 227/1988 appealed, with a teleological inspiration and taking into account the change in the block of constitutionality effected by the lawmaker of the statute of autonomy, which is also State lawmaker. These criteria may have allowed for a different opinion based on the assessment of the Constitutional Court itself and the analysis of all the elements constitutionally liable and because of that, due to proper consideration.

Key words: Autonomic state; statutes of autonomy; State-autonomous government relationship; water law; constitutional law; block of constitutionality; constitutional interpretation; constitutional jurisdiction.

LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN INMIGRACIÓN TRAS LA STC 31/2010

José Antonio Montilla Martos

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La inmigración en el sistema de distribución de competencias. – 2. La inmigración en los Estatutos de segunda generación. El traslado al texto estatutario de lo que ocurre en la realidad, más el traspaso de las autorizaciones de trabajo. – 3. La inmigración en la STC 31/2010. La interpretación conforme del contenido estatutario. 3.1. La integración social de los inmigrantes en la sociedad de acogida. 3.2. Las autorizaciones de trabajo a los extranjeros. 3.3. La participación autonómica en las decisiones estatales sobre inmigración. – 4. Consecuencias de la STC 31/2010 sobre las competencias autonómicas en inmigración. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. La inmigración en el sistema de distribución de competencias

Pese a lo que pretende la STC 31/2010, la inmigración no puede ser concebida en la actualidad como una materia competencial autonómica o estatal sino como un fenómeno de alcance amplio en el que concurren distintas políticas que se ejercen en virtud de títulos competencias estatales y autonómicos. Por ello, si a efectos propedéuticos queremos considerarla una materia competencial, esto es, el objeto sobre el que recae el conjunto de facultades a desplegar por el Estado, la Comunidad Autónoma o ambos, resultaba necesaria una reinterpretación del artículo 149.1.2 CE, que considera a la inmigración una materia de competencia exclusiva del Estado, sin más matices, para dar cabida constitucional a las facultades competenciales de titularidad autonómica que permiten desarrollar a estas Comunidades Autónomas políticas de inmigración. En puridad, el planteamiento que resulta del art. 149.1.2 CE: la inmigración como materia competencial reservada

íntegra y exclusivamente al Estado, es, simplemente, anacrónico. Cuando se aprueba la Constitución en 1978 la inmigración era considerada únicamente desde la perspectiva de la situación jurídica de los inmigrantes y su entrada y salida del territorio nacional. Como sabemos, el rasgo característico de la inmigración económica en España es, fundamentalmente, su abrupta irrupción. En el momento de aprobarse la Constitución y los primeros Estatutos de Autonomía apenas era socialmente perceptible. En ese contexto, a los poderes públicos importaba el control de entrada de los extranjeros, vinculado además a la integración de España en las Comunidades Europeas, para lo que debía ser competente el Estado. Así, incluso los distintos Estatutos de Autonomía excepcionaban sus competencias para reservar la inmigración al Estado. Como es notorio, la situación se ha modificado radicalmente, no sólo por el espectacular incremento numérico sino también por el carácter estable de la inmigración. De esta evolución reciente de la inmigración, incremento y asentamiento, deriva que, más allá de las tradicionales cuestiones sobre el control de fronteras o la situación jurídico-administrativa de los extranjeros, la inmigración incide en todos los ámbitos de la vida social pues ha producido una auténtica mutación de esa estructura social. En concreto, dada la específica naturaleza de la inmigración económica han adquirido especial importancia los aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos: educación, sanidad, asistencia social, vivienda, formación profesional, orientación para el empleo, cultura, etc. que demanda este ingente número de nuevos residentes. Cuando no era un fenómeno con incidencia social no se planteaba, lógicamente, la competencia sobre el proceso de integración de las personas migradas en las diversas perspectivas posibles (social, educativa, sanitaria, laboral, cultural, etc.). Considerado de forma unidireccional, esto es, vinculado exclusivamente al régimen jurídico de la presencia en España de ese extranjero por razones económicas que denominamos inmigrante, tenía sentido su consideración originaria como competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, esa concepción es insostenible en la actualidad. Es preciso reconocer que en inmigración no sólo debemos encuadrar esa referencia a la situación político-administrativa de la persona migrada sino también las distintas políticas que pretenden su integración en la sociedad de acogida. Y, desde la perspectiva competencial, ello significa que la concepción constitucional originaria debe mutar para adaptarse a la nueva realidad que debe normar. Dada la conocida aversión a la reforma constitucional, más allá de las urgencias con influencia europea, corresponde a la doctrina del Tribunal Cons-

titucional, como intérprete supremo de la Constitución, lograr esa adaptación del texto constitucional a la evolución de la realidad que trata, en este caso la inmigración. El proceso no es excepcional. Así ha ocurrido en otras materias incluso sin haberse producido un cambio sociológico tan tangible y relevante. También las relaciones internacionales se consideraban en los primeros años de desarrollo constitucional una materia reservada "íntegra y exclusivamente" a la competencia exclusiva del Estado en virtud de la dicción literal del art. 149.1.3 CE (STC 1/1982). Ese precepto impedía, en consecuencia, cualquier actuación autonómica con proyección internacional (STC 35/1982). Sin embargo, esa doctrina ha evolucionado y el propio Tribunal aceptó no sólo que la incorporación de normas europeas a nuestro ordenamiento era competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, según quien fuera titular de la materia afectada conforme al reparto interno (SSTC 252/1988; 74/1992; 80/1993), sino, en un paso más, de especial importancia a nuestro objeto, que la competencia exclusiva del Estado sobre relaciones internacionales se concretaba a un determinado espacio y no impedía las "actividades de relevancia internacional de las Comunidades Autónomas" (STC 165/1994). Un proceso similar, aún con rasgos diferentes, se advierte en relación a la materia "administración de justicia" (art. 149.1.5 CE). La dicción literal del 149.1.5 CE: competencia exclusiva del Estado sobre la "administración de justicia", parecía dejar a las Comunidades Autónomas al margen del ejercicio competencial en esta materia. Sin embargo, no ha impedido la conformidad constitucional de las denominadas "cláusulas subrogatorias" incluidas en los primeros Estatutos en virtud de las cuales las Comunidades Autónomas podían asumir las competencias que hasta entonces ejercía el Gobierno del Estado. Pese a la rotundidad del precepto constitucional el Tribunal Constitucional ha realizado una redelimitación competencial, o "interpretación integradora", de acuerdo con la cual las Comunidades Autónomas han podido asumir competencias sobre "administración de justicia", en concreto sobre la "administración de la administración de justicia" (STC 56/1990).

La regulación de la inmigración incluye lo relacionado con la entrada, permanencia y salida del territorio nacional de extranjeros que se encuentran en España por razones económicas, y con una cierta voluntad de permanencia. Cuando este fenómeno no es residual sino que tiene la importancia que ha adquirido en España el ordenamiento jurídico debe atender a dos situaciones. Por un lado, la situación jurídico-administrativa de esas personas de nacionalidad distinta

a la española y, por otro lado, su integración en la sociedad de acogida en sus múltiples facetas esencialmente de carácter socio-laboral, aunque también cultural. Como es conocido, el art. 149.1.2 CE incluye “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” entre las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, sin más precisiones. Por ello, como se ha indicado los primeros Estatutos no habían previsto competencia autonómica alguna en ese ámbito.¹ Sin embargo, de la misma forma que ha ocurrido en otros apartados del art. 149.1 CE, también en el apartado segundo encontramos una mención genérica a la competencia estatal que, en la actualidad, treinta y tres años después de aprobarse la Constitución, debe ser modulada. La diferencia con lo acaecido en otras “materias competenciales” como relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) o administración de justicia (art. 149.1.5 CE), a las que hemos hecho referencia, es que en el supuesto que ahora nos ocupa no se había producido hasta aquí la intervención delimitadora del Tribunal Constitucional en la que sustentar un hipotético reparto entre el Estado y las CCAA. Sin embargo, había sido plenamente asumido que, pese a la expresión taxativa del artículo 149.1.2 CE, no toda actuación pública vinculada a la inmigración era competencia del Estado. Y ello porque existen títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial que habilitan a las CCAA para actuar con incidencia en ese fenómeno.² Ese ejercicio competencial autonómico no puede ser impedido en virtud del citado título estatal, pues supondría invadir un espacio competencial ajeno. Son consideraciones que el propio Fundamento Jurídico 83 de la STC 31/2010 ha reconocido: las CCAA han podido ejercer facultades competenciales en inmigración, pese a la referencia literal del art. 149.1.2 CE. Diversos títulos sectoriales susceptibles de asunción estatutaria según el artículo 148.1 CE, recogidos en los Estatutos y ampliamente desarrollados desde los inicios de los años ochenta del

1. Únicamente en el Estatuto de Canarias encontrábamos una mención a que la Comunidad Autónoma “podrá elevar al Gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y el trabajo de extranjeros en Canarias” (artículo 37.1).

2. Incluso los diputados recurrentes en la STC 31/2010 “expresamente admiten en la demanda que determinadas competencias de la Generalitat (servicios sociales, sanidad, educación, vivienda, etc.) se proyectan y benefician a la población inmigrante, estimando que no existe inconveniente alguno en que se haga una expresa previsión a que esas competencias se ejercerán especialmente al servicio de la integración de los inmigrantes e incluso que se establezca la obligación por parte de las instituciones autonómicas de realizar políticas que, aunando todas estas competencias, tiendan a esa integración social” (Fundamento Jurídico 83, STC 31/2010).

pasado siglo, habilitan a las CCAA para ejercer competencias sobre las personas migradas. Por tanto, no resulta extraño que tras una reforma estatutaria esos supuestos se recojan expresamente en el texto estatutario. Del art. 149.1.2 CE derivan, obviamente, facultades de actuación para el Estado pero este título competencial no le permite ejercer cualesquiera actividades públicas con incidencia sobre inmigración soslayando las competencias de las CCAA. En definitiva, la distribución de competencias en inmigración es más compleja de lo que pergeña una interpretación literal del art. 149.1.2 CE y, por ello, debe configurarse un reparto que respete los respectivos espacios competenciales. Es lo que se esperaba de la STC 31/2010, y finalmente no ha hecho al considerar ajenos a la materia competencial inmigración las facultades competenciales autonómicas con incidencia en el fenómeno migratorio.

La conclusión del Tribunal Constitucional resulta insatisfactoria. Es evidente que cuando nos referimos a las políticas de inmigración en la actualidad incluimos procesos de integración de las personas migradas en la sociedad de acogida. Ese proceso ha sido desarrollado fundamentalmente por las CCAA apoyándose en sus competencias sectoriales sobre las políticas sociales de educación, sanidad, asistencia social, vivienda, etc. Por ello, en la realidad constitucional, resultaba difícil sostener que las CCAA carecían de competencias sobre inmigración cuando en la práctica desarrollaban estas políticas que incluso han formalizado en elaborados planes de inmigración.³ Resultaba necesaria, en consecuencia, una reinterpretación del artículo 149.1.2 CE para hacerlo compatible con la realidad constitucional que sólo podía realizar el Tribunal Constitucional, de la misma forma que había ocurrido con el art. 149.1.3 CE o el art. 149.1.5 CE. La STC 31/2010 daba esa oportunidad. Se cuestionaba ante el Tribunal el reconocimiento estatutario de facultades competenciales autonómicas sobre inmigración, de la misma forma que se habían cuestionado las "cláusulas subrogatorias" en administración de justicia o las oficinas autonómicas en Bruselas en relación a las relaciones internacionales. Sin embargo, el Tribunal ha defraudado estas expectativas. Aplicando la actitud "defensiva" y "evasiva" que recorre toda la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña no nos ofrece el reconocimiento paraconstitucional de una delimitación competencial de la inmigración adaptada a la

3. Sobre estos planes, C. Bonino Covas; J. Aragón Medina, F. Rocha Sánchez, *Los planes de las CCAA para la integración social de las personas inmigrantes*, Confederación Sindical de CCOO, Madrid, 2003.

realidad, que en este supuesto parecía especialmente fácil pues, salvo en el supuesto de las autorizaciones de trabajo a los extranjeros, los Estatutos de Cataluña y Andalucía se limitaban a recoger la práctica que se ha venido desarrollando sin haber sido cuestionada jurídicamente. Sin embargo, lejos de adaptar el art. 149.1.2 CE a la concepción actual de la inmigración, el Tribunal se ha enrocado en la originaria competencia exclusiva del Estado sobre la materia pero, a su vez, ha considerado conforme a la Constitución todas las previsiones estatutarias en una "interpretación conforme", siempre que se entienda que "la referencia a la inmigración (en los Estatutos) no se corresponde con esta materia competencial, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE) sino con otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma". Es una interpretación que ha dejado insatisfechas a todas las partes. A los recurrentes, que sostenían la inconstitucionalidad del artículo 138 del Estatuto de Cataluña, sin haber recurrido el similar artículo 62 del Estatuto de Andalucía, porque, en definitiva, el Tribunal ha aceptado la "interpretación conforme" del precepto estatutario en lugar de declarar la inconstitucionalidad; y a los defensores del Estatuto porque entienden que el Tribunal Constitucional ha pretendido vaciar de contenido la competencia estatutaria sobre inmigración. Pero, más allá de estas valoraciones de política constitucional, el problema fundamental del fundamento jurídico 83 de la STC 31/2010 radica en que haciendo un planteamiento correcto de la relación entre Estado y Comunidades Autónomas en relación al fenómeno migratorio en los tres aspectos a los que se refieren los Estatutos de segunda generación: integración social y primera acogida; autorizaciones de trabajo y procedimientos participados, no aprovecha la oportunidad para reconfigurar en su doctrina la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. El objeto de estas páginas es plantear los términos de esa reconfiguración sin contradecir el contenido de la STC 31/2010 aunque sí, lógicamente, su pretensión de sostener que la competencia exclusiva del Estado sobre inmigración no resulta afectada por el ejercicio de facultades competenciales autonómicas sobre las personas migradas. Como señala la propia sentencia, acogiendo la posición del Abogado del Estado, sostenida previamente en la doctrina,⁴ "la evolución

4. Cfr. J.A. Montilla Martos, "La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la reforma del Estado autonómico", en J.A. Montilla Martos; M.C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, CEPC, 2007, p. 13 y la bibliografía allí citada.

del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)". Resulta incoherente no reconocer que de esos límites deriva un espacio competencial autonómico en inmigración o, cuando menos, no atreverse a denominarlo así como antes había hecho con otras materias también aparentemente reservadas "íntegra y exclusivamente" al Estado.

En consecuencia, a la luz de la STC 31/2010 retomamos el análisis del reparto competencial en inmigración para centrarnos en los tres ámbitos que configuran el espacio competencial autonómico conforme a lo previsto en los Estatutos de Cataluña y Andalucía: integración social de las personas migradas, autorizaciones de trabajo a los extranjeros y participación autonómica en las decisiones estatales en materia de inmigración. Y ello porque la reconstrucción de ese reparto competencial en inmigración no encuentra en la STC 31/2010 un obstáculo sustancial sino únicamente formal, o "de rúbrica", como señala el propio Tribunal. En ese sentido, planteamos esa delimitación con algunos retazos del citado fundamento jurídico 83 y algunos pronunciamientos efectuados en relación al art. 149.1.3 CE, relaciones internacionales (STC 165/1994), o el art. 149.1.5, administración de justicia (STC 65/1990) que pueden resultar aplicables a la inmigración. Aunque por razones distintas, también en este supuesto procede limitar el alcance de la competencia estatal, como en las relaciones internacionales, sin otorgarle un carácter horizontal que imposibilite cualquier actuación autonómica sustentada en títulos competenciales propios, como ha dicho la propia STC 31/2010. El Estado no es competente para cualquier actividad pública referida a la inmigración pues, trasladando lo que ha dicho el Tribunal en relación a las relaciones internacionales, en puridad no es una materia competencial sino un "fenómeno" en el que pueden concurrir también títulos autonómicos y el objeto de la reserva al Estado derivada del art. 149.1.2 CE puede ser limitado.

En la actualidad, el proceso de integración social, laboral, económica y cultural de los inmigrantes que se encuentran en España

constituye un pilar de la política de inmigración, junto al control de flujos y la cooperación al desarrollo. Ese proceso deriva del ejercicio de las materias antes mencionadas, que son, esencialmente, de competencia autonómica, aún cuando permiten algún grado de intervención del Estado. Esa condición de competencia autonómica no puede resultar alterada por el origen de los destinatarios de las actividades públicas que derivan del ejercicio competencial. En consecuencia, diversos títulos competenciales autonómicos, exclusivos o compartidos, inciden actualmente en la situación de las personas inmigradas hasta el punto de que las actuaciones referidas al proceso de integración competen fundamentalmente a las CCAA, conforme al reparto interno de competencias. En consecuencia, hemos asistido en los últimos años a una situación ciertamente paradójica. Formalmente, la inmigración era competencia exclusiva del Estado, pero las actuaciones públicas en uno de los pilares básicos de la política migratoria, el proceso de integración de las personas inmigradas en la sociedad de acogida, están siendo desarrolladas por las CCAA, en ejercicio de sus competencias sectoriales.

En la práctica, se ha configurado un modelo de distribución competencial que carecía de referencia formal, incluso jurisprudencial que los Estatutos de segunda generación han incorporado a la Constitución territorial. Según este reparto, el Estado conserva la competencia exclusiva sobre lo que podemos denominar la situación jurídico-administrativa del inmigrante. Son los aspectos relacionados con la entrada y salida de extranjeros y las autorizaciones administrativas vinculadas en la legislación al "régimen jurídico de los extranjeros", así como las infracciones y sanciones. Trasladando el esquema utilizado por el Tribunal Constitucional para las relaciones internacionales, éste sería el "núcleo duro" de la competencia estatal, y se identifica con el *contenido tradicional*. Pero, trascendiendo este ámbito de competencia exclusiva del Estado, la prestación a las personas inmigradas de los diversos servicios públicos que condicionan su proceso de integración en la sociedad de acogida es competencia del Estado en virtud de diversos títulos sectoriales. Por ello, junto al espacio competencial del Estado en inmigración se ha configurado un espacio competencial autonómico. Ello impide considerar a la inmigración una competencia exclusiva del Estado, pese a la dicción literal del art. 149.1.2 CE. Aunque la Constitución y los Estatutos no reconocían a las CCAA competencia alguna en inmigración ni introducen limitación expresa a la competencia estatal, el respeto a los diversos espacios competenciales

impone una interpretación del reparto que respete también los títulos autonómicos. La consecuencia última es la posibilidad de acotar un espacio competencial autonómico en inmigración, pese al carácter taxativo del art. 149.1.2 CE. Eso es lo que reconocen los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía, tras las reformas estatutarias; incorporan esa "realidad" a la Constitución territorial.

2. La inmigración en los Estatutos de segunda generación. El traslado al texto estatutario de lo que ocurre en la realidad, más el traspaso de las autorizaciones de trabajo

Como es conocido, los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía han sustituido el sistema de listas de competencias (exclusivas, compartidas y de ejecución) por un análisis pormenorizado de las distintas materias competenciales, a las que dedican artículos específicos desglosando las actividades que, en ese ámbito, corresponden a la CA respectiva. En ambos Estatutos una de las pocas materias nuevas a las que se dedica un tratamiento específico y detallado es la inmigración. La mayoría de las restantes ya estaban incluidas, de forma genérica, en alguna de las listas de los primeros Estatutos y ahora únicamente se detallan las diversas submaterias. Por el contrario, la inmigración es incorporada *ex novo* a ambos textos. Pero, ¿cuáles son las facultades competenciales que asumen estas CCAA en inmigración?

En primer lugar, los Estatutos se ocupan del ámbito en el que las competencias autonómicas en inmigración se despliegan con mayor nitidez. Así, se consideran autonómicas las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes en el marco de sus competencias. Es la redacción literal del art. 62 del Estatuto andaluz.⁵ En puridad, supone el reconocimiento estatutario del proceso antes advertido. El proceso de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida compete a la Comunidad Autónoma "en el marco de sus competencias", esto es, en ejercicio de sus títulos sectoriales de carácter prestacional. No puede, por tanto, ser asumido por el Estado en virtud del alcance horizontal del art. 149.1.2 CE.

5. También entre los principios rectores de las políticas públicas de Andalucía se incluye, en el mismo sentido, la "integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes" (artículo 37.1.9°).

En el Estatuto catalán (LO 6/2006) se desglosan algo más estas políticas de integración. Se menciona expresamente en el art. 138, la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá actuaciones socio-sanitarias y de orientación, el desarrollo de las políticas de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias, el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social y la previsión por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. Ciertamente, no existen diferencias de fondo entre ambos preceptos. El Estatuto catalán incorpora el concepto de acogida, junto al de integración, pero también en el caso andaluz la competencia sobre acogida puede reconocerse en la de integración pues esa primera acogida tiene un contenido de prestación asistencial, sin incidencia en el control de entrada en el territorio nacional. Por otro lado, la mención a una ley de integración en el Estatuto catalán no impide, obviamente, que también se apruebe en Andalucía, aunque no se diga de forma expresa en el Estatuto. En un sentido inverso, el Estatuto andaluz se refiere a la integración cultural, junto a la económica y social, que no se menciona en el catalán. Sin embargo, ello no significa que carezca de competencia para la integración cultural "en el marco de sus competencias". En todos los casos, son actividades desplegadas sobre las personas inmigradas en virtud de otros títulos competenciales de carácter sectorial, que ahora se mencionan en el Estatuto configurando una política de integración social.

En segundo lugar, en los Estatutos catalán y andaluz se menciona la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en la Comunidad Autónoma. Se especifica, de forma expresa, que esa facultad competencial se ejerce "en necesaria coordinación" con la competencia estatal en materia de entrada y residencia. Incluye tres aspectos: a) la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo; b) la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y c) la aplicación del régimen de inspección y sanción. Los dos preceptos estatutarios son casi idénticos. La única diferencia es que en el andaluz se dice que la competencia se ejerce "de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado", lo que, al tratarse de una competencia de ejecución, esto es, en la que la legislación corresponde al Estado, constituye una referencia innecesaria.

Finalmente, también se menciona de forma idéntica en ambos Estatutos que la Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración de especial trascendencia para ella y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los cauces bilaterales y multilaterales de relación. Debe recordarse que la LO 4/2000 ya había previsto esa participación autonómica en la determinación del contingente.⁶

En puridad, lo que hacen los Estatutos es reconocer, “formalizar” si se prefiere decir así, el espacio competencial autonómico que podía deducirse de títulos competenciales autonómicos ya insertos en los primeros Estatutos y que, incluso, en la mayor parte de los casos (políticas de integración o procedimientos participados) se había configurado en la práctica. Las Comunidades Autónomas han ejercido competencias sobre la materia y, ahora, los Estatutos plasman esas facultades competenciales sobre inmigración, esa “realidad autonómica”. La única alteración efectiva del reparto deriva de la asunción estatutaria de la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros, así como su inspección y sanción, pero, aún este caso, como se explicará después y ha reconocido la propia STC 31/2010, la competencia autonómica podía haberse extraído de la competencia autonómica sobre “ejecución laboral”, aunque ciertamente no se había hecho y tras la reforma

6. En las otras reformas estatutarias encontramos una panoplia de opciones, aunque en todos los casos se asume la competencia sobre inmigración, con uno u otro contenido aun manteniendo el sistema de listas. Así, el Estatuto de Baleares (LO 1/2007) incluye en el listado de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma la “integración social y económica del inmigrante” (art. 30 apartado 50). Además, en el art. 33.18 se incluye como competencia de ejecución “la inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado”. Por tanto, sin decirlo de forma expresa, abre el cauce para el reconocimiento de la competencia autonómica sobre ejecución de autorizaciones de trabajo. En la reforma de Aragón se incluye entre las competencias compartidas (art. 75.6) la “integración de inmigrantes, especialmente social, laboral y económica”, así como la participación y colaboración con el Estado, especialmente en el contingente, en términos similares a los utilizados en las reformas catalana y andaluza. Finalmente, en la reforma de Castilla-León, se incluye entre las competencias exclusivas la “acogida e integración económica, social y cultural” de los inmigrantes. En ese sentido, la Junta colaborará con el Estado en política de inmigración. La excepción es el Estatuto reformado de la Comunidad valenciana (LO 1/2006), en el que no hallamos mención alguna a esta materia en el Título estatutario dedicado a las competencias. Sólo en el apartado de derechos se establece que la actuación de la Generalitat se centrará, entre otros ámbitos, en los “derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat valenciana”.

estatutaria ha debido abordarse. Es la única excepción. En lo demás no cambia la distribución de competencias en inmigración sino que se concede rango estatutario al reparto implícitamente reconocido antes de las reformas.

De aquí deriva otra cuestión: ¿significa que el reconocimiento estatutario carece de importancia? Esa conclusión sería errónea. Desde una perspectiva dogmática se ha hecho hincapié en que el alejamiento de la norma y la realidad constitucional genera una crisis de normatividad en nuestro modelo constitucional, para cuya superación resultan adecuadas las reformas constitucionales y estatutarias.⁷ El Estado autonómico es el ejemplo arquetípico. Por tanto, cualquier acercamiento mediante la mención específica de esa realidad en la norma estatutaria merece una valoración positiva. Pero, también desde una perspectiva práctica-funcional el reconocimiento estatutario de las competencias autonómicas en inmigración tiene al menos tres efectos positivos. En primer lugar, impide interpretaciones restrictivas de esas competencias autonómicas por parte de los operadores jurídicos, que deberán respetar el bloque de la constitucionalidad. Así, la competencia autonómica para reconocer derechos prestacionales a los inmigrantes encuentra ahora sustento estatutario en esta referencia al proceso de integración. En segundo lugar, aclara la distribución de competencias, acotando el espacio de actuación autonómico e, incluso, eliminando las dudas que pudiera suscitar, por ejemplo, si la competencia autonómica sobre autorizaciones de trabajo podía deducirse de "ejecución laboral". Finalmente obliga a una concepción colaborativa de la inmigración, que hasta ahora apenas ha sido aplicada, pese a su reconocimiento legislativo.

Este proceso de clarificación del reparto competencial en inmigración que han impulsado los Estatutos de segunda generación es el que debería haber reforzado la STC 31/2010 pero no lo ha hecho pues ha aceptado su contenido pero no su denominación como competencias autonómicas en inmigración.

7. Cfr. C. De Cabo Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

3. La inmigración en la STC 31/2010. La interpretación conforme del contenido estatutario

El Tribunal Constitucional aborda la cuestión de las competencias autonómicas en inmigración como consecuencia del recurso planteado por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular frente a numerosos artículos del Estatuto de Cataluña, entre ellos, los tres apartados del artículo 138 EAC en los que se pretenden concretar esas competencias autonómicas en inmigración, como hemos visto. La argumentación de los recurrentes en este punto es tan somera como en el resto del recurso. En relación a las políticas de integración consideran que la Comunidad Autónoma puede tener competencias que se proyecten sobre los inmigrantes pero “no la asunción de competencias formalmente referidas a la materia inmigración”; en relación a la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo la consideran encuadrable en inmigración y no en ejecución laboral, con el argumento de que siempre se ha regulado en la legislación de extranjería y respecto a la participación en las decisiones el Estado sostiene su rechazo genérico a que un Estatuto determine la forma en que ha de ejercer sus propias competencias. Analizamos después los tres supuestos pero en resumen la posición de los recurrentes se puede sintetizar en que siendo la “inmigración” una materia de competencia exclusiva del Estado (149.1.2 CE) no puede ser objeto de atribución vía estatutaria a una Comunidad Autónoma.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional en lugar de adentrarse en la complejidad competencial del fenómeno migratorio, pese al aparente simplismo constitucional, coherente con el momento histórico en que se aprueba el texto, y reconocer la evolución de esa “materia competencial”, de la misma forma que había hecho con las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) o con la administración de justicia (art. 149.1.5 CE), asume la posición inicial de los recurrentes conforme a la cual cualquier atribución de competencias en inmigración a las Comunidades Autónomas resulta inconstitucional pero admite una interpretación conforme del art. 138 EAC en cuanto las potestades recogidas en este artículo, a las que hemos hecho referencia, no se traducen en atribución de competencia alguna en inmigración. Nos dice el Tribunal que la política de integración de los inmigrantes, con específica referencia a la primera acogida; la autorización de trabajo o la participación autonómica en las decisiones estatales sobre inmigración “no se corresponde con esta materia constitucional, com-

petencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2) sino con otras materias sobre la que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma". Tan evidente es su vinculación a títulos sectoriales de las CCAA (educación, sanidad, asistencia social, ejecución laboral, etc.) como imposible concebir la inmigración en la actualidad sin incluir la integración en la sociedad de acogida o las autorizaciones de trabajo. De esta forma, la existencia de estos títulos competenciales autonómicos que habilitan para el desarrollo de políticas de inmigración no puede resultar ajena a una materia competencial que se denomina "inmigración" sino que se imbrican a ella matizando su inicial consideración constitucional. En cualquier caso, una vez rechazado que el Tribunal no haya actuado como ante otras materias que constituyen materias de alcance amplio, con diversas facultades competenciales entrecruzadas conviene no enredarse en un debate que, finalmente, es puramente nominalista. Lo importante es comprobar si la sentencia obstaculiza de algún modo los contenidos estatutarios en relación a la inmigración, y adelantamos ya que no lo hace.

3.1. La integración social de los inmigrantes en la sociedad de acogida

En el primer apartado del artículo 138 el Estatuto de Cataluña incluye como competencias autonómicas, la competencia exclusiva en materia de primera acogida, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación; el desarrollo de las políticas de integración en el marco de sus competencias y el establecimiento y la regulación de las medidas para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. Tras lo dicho hasta aquí, puede deducirse que ninguna tacha constitucional debería plantear el reconocimiento estatutario de unas actuaciones que vienen desarrollando las CCAA en ejercicio de sus competencias sectoriales sobre política social pero que, en este supuesto, incide concretamente en inmigración. El Tribunal así lo reconoce también aunque, en una argumentación internamente incoherente, acepta el carácter autonómico de las actuaciones recogidas en el Estatuto pero rechaza que sea inmigración. En realidad, no puede negar que la asistencia social y sanitaria a los inmigrantes forme parte de las políticas de inmigración, esto es, sea también inmigración y no sólo asistencia social o educación, lo que pretende negar es la evolución del espacio competencial autonómico en este ámbito. En definitiva, aporta una argumentación

débil, fácilmente criticable por quienes sostienen, de forma inconcebible a mi juicio, que la inmigración es una materia de competencia exclusiva del Estado, sin más modulaciones.

Lo discutible de este fundamento jurídico está en la negativa a denominar inmigración a esas facultades competenciales autonómicas que se recogen en el Estatuto a partir de la literalidad del art. 149.1.2 CE, más que en el reparto competencial que resulta de ella. En este sentido, resulta pertinente la interpretación según la cual la competencia autonómica sobre primera acogida debe circunscribirse a las primeras actuaciones socio-sanitarias y de orientación. Este es el espacio competencial autonómico. Si incluimos otros aspectos como el rechazo en frontera o la devolución, estaríamos ya en el ámbito de la situación jurídico-administrativa del inmigrante, esto es, entraríamos en el espacio competencial del Estado.

Como hemos dicho ya, cuando los nuevos Estatutos apuntan la competencia autonómica sobre integración de las personas inmigradas en la sociedad de acogida están haciendo el reconocimiento formal de unas facultades competenciales que ejercen las CCAA en cuanto son competentes para la regulación y prestación de diversos servicios públicos, al margen del origen de los destinatarios. Aunque no lo dijeran de forma expresa, las CCAA tenían, y ejercían, facultades competenciales en educación, sanidad, vivienda, asistencia social, empleo o cultura que les permitían diseñar políticas públicas para hacer efectiva la integración de los inmigrantes. En ese sentido, la expresión utilizada ahora en los Estatutos resulta adecuada: competencia sobre la política de integración "en el marco de sus competencias". En cualquier caso, al incidir sobre la política de inmigración obligan a reinterpretar la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.2 CE.

Importa recordar que el reconocimiento estatutario no conlleva que estas políticas autonómicas de integración sean competencia exclusiva de las CCAA, pues el Estado puede incidir sobre ellas desde distintos cauces. Pese al uso de la expresión competencia exclusiva en el caso de la primera acogida, que ha sido adecuadamente interpretada en la STC 31/2010,⁸ el Estado tiene competencia para establecer

8. También en el Estatuto andaluz se soslaya la definición del tipo de competencia que se ejerce. Simplemente, indica el artículo 62 que corresponden a la Comunidad Autónoma las políticas de integración y participación "en el marco de sus competencias".

las bases en virtud de diversos títulos sectoriales del art. 149.1 CE como educación, sanidad o régimen de seguridad social, por lo que determinará el mínimo común normativo sobre la materia para el posterior desarrollo normativo autonómico.⁹ En otras materias competenciales, como vivienda o asistencia social, la presencia de un título competencial del Estado es más discutible. Lo que no resulta correcto, a mi juicio, es utilizar el artículo 149.1.2 CE para habilitar al Estado y limitar la competencia autonómica. En ese sentido, cuando la STC 31/2010 señala que las facultades competenciales sobre primera acogida “en cuanto manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado ex art. 149.1.2 CE” debe referirse a la competencia sobre el régimen jurídico del inmigrante. No puede suponer que en virtud del artículo 149.1.2 CE el Estado pueda incidir en la competencia autonómica de asistencia social a las personas migradas. Como ha señalado la propia STC 31/2010, este precepto no puede limitar las competencias autonómicas, en este caso sobre asistencia social, sino que configura su espacio competencial respetando estas competencias autonómicas.

En consecuencia, el art. 149.1.2 CE no aporta al Estado nuevas facultades competenciales en materia de integración social de los inmigrantes en la sociedad de acogida, pues no puede considerarse “un título horizontal de carácter ilimitado que enerve los títulos competenciales de las CCAA de carácter sectorial” (STC 31/2010). En conclusión, el Estado cuenta con títulos competenciales para regular la integración social de los inmigrantes pero no a través de un genérico título competencial derivado del art. 149.1.2 CE, que le permitiría incidir en los distintos ámbitos sectoriales, sino de títulos compartidos que lo habilitan para establecer la legislación básica o las condiciones básicas. La cuestión es importante pues supone la delimitación negativa del ámbito de complemento normativo o régimen jurídico propio de las CCAA. Sea a través de las bases o de las condiciones básicas, el Estado es competente para dictar el mínimo normativo en las distintas prestaciones sociales vinculadas a los servicios públicos que inciden en la integración socio-económica de los inmigrantes. Sin embargo,

9. Es conocida la doctrina de la STC 20/1988, sobre el alcance de las competencias exclusivas. Según el TC “... la calificación jurídica que las competencias de las CCAA deben merecer no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad”.

ello no impide a las CCAA establecer niveles más altos de protección o de reconocimiento de derechos sociales. Así, los que se mencionan en la legislación estatal, en concreto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros suponen un estatus mínimo que debe ser satisfecho en todas las CCAA a partir del cual puede preverse su ampliación. Así se ha hecho, aun de forma tímida, en algunas CCAA, con una oposición por parte de los órganos jurisdiccionales que resultará dificultada tras el reconocimiento estatuario de la competencia para la integración de las personas inmigradas en el ejercicio de sus competencias.¹⁰

En definitiva, la competencia autonómica en integración social de los inmigrantes tiene un carácter esencialmente compartido como consecuencia de la competencia estatal para establecer las bases en relación a determinadas prestaciones sociales y permite a las Comunidades Autónomas reconocer a los inmigrantes derechos sociales no previstos en la regulación estatal en virtud de su situación administrativa, siempre que se respeten las bases estatales, o, en su caso, las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos. Dicho de otra forma, el mínimo común estatal en el proceso de integración social impide que se restrinjan sus derechos sociales pero no que se extiendan, si así lo consideran los poderes públicos autonómicos.

Esta capacidad de actuación, que ya desarrollaban las CCAA ha quedado reconocido en el Estatuto, sin que resulte cuestionada en la STC 31/2010.

Finalmente, los Estatutos de Cataluña y Andalucía se refieren también a la competencia autonómica sobre las políticas de participación social, económica y cultural de las personas inmigradas. Pretenden, con ello, abrir cauces de participación más allá de la participación política. Y esto por dos razones. En primer lugar, porque la

10. En concreto, en Cataluña el RD 188/2001, de los extranjeros y su integración social, al regular los derechos sociales de los extranjeros reconocía el acceso al derecho a la educación no obligatoria y a los centros de adultos a los extranjeros empadronados cuando la legislación de extranjería en ese momento mencionaba sólo a los residentes. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia 1233/2004, de 4 de noviembre, había anulado esa previsión normativa, concibiendo a la inmigración como una competencia exclusiva del Estado, por lo que la Comunidad Autónoma debía "respetar el estatuto jurídico diseñado por la norma estatal".

capacidad de actuación autonómica en este ámbito es limitada, aunque existe, como muestra la inclusión del derecho de participación en los Estatutos catalán (art. 29) y andaluz (art. 30), e incluso la referencia, más genérica en el Estatuto valenciano (art. 9); en segundo lugar, porque, como es conocido la propia Constitución introduce notables limitaciones al derecho de participación política de los extranjeros (art. 13 CE). El Tribunal no se ha ocupado de esta facultad competencial autonómica. Su alcance es, no obstante, limitado. En concreto, la vía para la promoción de la participación social de las personas inmigradas en la sociedad receptora, al alcance de los poderes públicos, ha sido fundamentalmente el fomento del asociacionismo de extranjeros a través de subvenciones y concesión de espacios públicos para desarrollar su actividad y mediante su incorporación a los foros, organismos e instituciones creadas por la propia administración para colaborar en el proceso de integración.¹¹

3.2. Las autorizaciones de trabajo a los extranjeros

La asunción de la competencia de ejecución en materia de autorización de trabajo de los extranjeros, incluyendo la autorización inicial, los recursos y el régimen de inspección y sanción, en necesaria coordinación con la competencia del Estado sobre la entrada y residencia, es la aportación más sustantiva en materia de inmigración de las reformas estatutarias en Cataluña y Andalucía pues, como se ha dicho, en el momento de aprobación de esas reformas eran facultades ejercidas por el Estado. Por tanto, en la práctica iba a derivar un cambio en el reparto competencial.

Para los recurrentes ese reconocimiento estatutario vulneraba el art. 149.1.2 CE en cuanto es inmigración y no ejecución laboral, como se desprende, a su juicio, de haberse regulado siempre en la legislación de extranjería. La STC 31/2010 ha aceptado la constitucionalidad de esta previsión estatutaria, en los términos que había sido establecido en la doctrina, esto es, como aplicación al fenómeno migratorio de la competencia autonómica sobre ejecución laboral, re-

11. Cfr. en este sentido, E. Marzal, "Asociacionismo y participación", en E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig, (coord.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

cogida desde los primeros Estatutos.¹² Señala el Tribunal que “si al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición, a la Generalidad puede corresponder aquella que, operando sobre el extranjero así cualificado, se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña”. Esto no significa, sin embargo, que sea estrictamente ejecución laboral sino ejecución laboral aplicada al fenómeno de la inmigración por lo que resulta lógica su mención en el artículo estatutario dedicado a las competencias autonómicas en inmigración.

En este apartado explicita el Tribunal Constitucional el reparto competencial en inmigración que debería haber constituido el eje de la sentencia. Señala que “la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que, como alegan los recurrentes, sólo cabe la competencia exclusiva del Estado”. Así, lo reconoce el Estatuto cuando se refiere a la “necesaria coordinación con el Estado” expresando la dificultad de su puesta en práctica que radica en la vinculación existente en nuestro Derecho de extranjería entre la autorización de residencia y de trabajo.¹³

Como se apuntaba al inicio, si el ámbito competencial autonómico se concretaba en la integración de los inmigrantes, el del Estado se refiere, esencialmente, a su estatuto jurídico. Este ámbito competencial del Estado ha incluido hasta aquí la concesión y renovación de los permisos y autorizaciones previstos en la Ley y todo el sistema de infracciones y sanciones que puede provocar la devolución, el retorno o la expulsión del inmigrante. En cualquier caso, esa actuación competencial del Estado precisa la intervención autonómica en dos sentidos distintos. Por un lado, el conocimiento de la situación administrativa de los inmigrantes es una premisa para prestar los servicios públicos de competencia autonómica, pues determinan la forma de atender a sus necesidades. Por tanto, parece adecuada la previsión de instrumentos de colaboración y procedi-

12. Cfr. J.A. Montilla Martos, *op. cit.* p. 43.

13. En el nuevo Reglamento de extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril) resulta excepcional la autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo.

mientos participados, a partir de la competencia estatal. Pero, además, por otro lado, el propio art. 149.1.7 CE reconoce la competencia estatal sobre legislación laboral "sin perjuicio de la ejecución por los órganos de las CCAA" y, en consecuencia, los Estatutos de Autonomía asumieron desde el inicio la competencia de ejecución en materia laboral.

Como hemos explicado en otro lugar,¹⁴ a partir de ese título autonómico se había planteado la posibilidad de considerar competencia autonómica la concesión y renovación de los permisos de trabajo a los inmigrantes, y la inspección laboral, al encuadrarse estas actuaciones en el título "ejecución laboral", y no en "inmigración". Esa idea era formalizada por las reformas estatutarias que, por otro lado, desglosan las facultades de ejecución laboral bajo la denominación de "trabajo" (o empleo) y "relaciones laborales" (art. 170 EACat y art. 63 EAAnd). Por ello, aun cuando supone un cambio en el reparto, éste podía haberse planteado aún sin la mención expresa. En todo caso, la asunción de la competencia sobre las autorizaciones de trabajo a las personas inmigradas tiene unos perfiles algo diferentes a los advertidos antes en relación con la integración.

Hemos limitado el carácter transversal del art. 149.1.2 CE de forma que las prestaciones sociales a inmigrantes no se encuadran en ese título sino en el sectorial afectado por la correspondiente prestación (educación, sanidad, vivienda o asistencia social) aunque provocan la mutación del 149.1.2 CE en cuanto significa que la inmigración ya no es competencia exclusiva del Estado. En el caso de la concesión y renovación de autorizaciones de trabajo a los inmigrantes el título específico que sustenta esa actuación administrativa es inmigración, y no ejecución laboral, pues esas autorizaciones se exigen precisamente por la condición de inmigrante, ámbito competencial estatal, no por su condición de trabajador, ámbito competencial autonómico, pues, ciertamente, dicha autorización sólo se exige a los inmigrantes.

Sin embargo, esa conclusión derivada de un análisis formal de los títulos competenciales puede ser matizada desde una perspectiva material. En ese sentido, el acto administrativo de autorización para

14. Vid. J.A. Montilla Martos, *op. cit.* pp. 43-44.

trabajar de los extranjeros es un elemento más en la ordenación del mercado de trabajo y en el proceso de integración laboral, esto es, se incluye en ámbitos competenciales autonómicos, que no pueden alterarse por tratarse de inmigrantes en aplicación del principio de “normalización”. En consecuencia, no se advierte una relación entre un título genérico y otro específico sino una actividad pública integrante de la ordenación del mercado de trabajo que, por tanto, se incluye en esa submateria o perfil competencial”. De ahí la competencia autonómica, aunque “en necesaria coordinación” con el Estado, al que compete el control del flujo migratorio.

Con ello sólo respondemos a la cuestión de la aplicación a las personas inmigradas de la competencia de ejecución laboral que han asumido las CCAA. En ese sentido, la mención estatutaria supone reconocer ese planteamiento en el propio bloque de la constitucionalidad.

No obstante, más difícil es responder a cómo hacerlo. Y esto por una cuestión simple. A partir de las reformas estatutarias la concesión y renovación de las autorizaciones de trabajo son de competencia autonómica y la concesión y renovación de las autorizaciones de residencia de competencia estatal. Pero ocurre que en nuestro Derecho de extranjería, a partir de la LO 14/2003, no existen las autorizaciones de trabajo en sentido estricto sino que son autorizaciones de residencia y trabajo en sus distintas modalidades (RD 557/2011). La respuesta que nos dan los Estatutos es la necesaria “coordinación” con el Estado. La cuestión es ¿cómo se articula esa coordinación, adjetivada de necesaria?¹⁵ Las opciones que se podían manejar eran varias. Por un lado, la creación de oficinas conjuntas de extranjería en las cuales la Comunidad Autónoma se encargue de lo referente a la autorización del trabajo, esto es, relación con el empleador, comprobación de situación nacional de empleo y las otras exigencias del art. 50 RD 2393/2004. Una segunda posibilidad era considerar la concesión de la autorización como un tracto sucesivo en el que deben intervenir consecutivamente la administración autonómica, en lo referido a la autorización de trabajo, y la administración general del Estado para la

15. Procede recordar en este sentido que el precepto del Estatuto andaluz aprobado en el Parlamento autonómico mencionaba la coordinación con el Estado en esta materia. Sin embargo, en las Cortes Generales se le incluyó el adjetivo “necesaria” que ya había sido incorporado también al Estatuto catalán.

autorización de residencia. Cumplidos estos dos requisitos se otorgará conjuntamente la autorización de residencia y trabajo. Esta segunda opción tiene el riesgo de la demora en el tiempo. Finalmente, era posible también la transferencia por la vía del art. 150.2 CE a las CCAA de la facultad de concesión y renovación de los permisos de residencia sólo en los supuestos que se encuentre vinculada a la autorización de trabajo. En este caso no puede soslayarse que se está incidiendo directamente en el control de flujos migratorios al aplicarse de forma autónoma la regulación estatal.

En la práctica, para hacer efectivo ese cambio en el reparto competencial derivado del Estatuto se han utilizado dos instrumentos normativos. Por un lado, el Real Decreto de traspasos, que efectúa el traspaso efectivo de esa facultad competencial y, por otro lado, la modificación del reglamento de extranjería en el que se establece un procedimiento aplicable no sólo al caso de Cataluña sino con carácter general para hacer efectiva esa "necesaria coordinación".

Así, el Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, traspasa funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (tras la corrección de errores publicada en BOE de 30 de octubre). En concreto, se traspasan a la Generalitat de Cataluña las funciones que viene desempeñando la Administración General del Estado y los servicios relativos a la iniciación, instrucción y resolución de procedimientos y notificación de resoluciones, así como los procedimientos de recurso administrativo, en su caso, sobre los tipos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, conforme a la legislación estatal vigente en el momento de la efectividad de este traspaso. Todo ello comprende: a) Recepción de solicitudes de ofertas de trabajo y, en su caso, solicitud a la Dirección General de Inmigración de modificación o reasignación de contingente; b) Verificación de las ofertas; c) Verificaciones de las obligaciones tributarias y Seguridad Social; d) Comprobación de que las ofertas se corresponden con las ocupaciones indicadas en el contingente; e) Valoración de los expedientes y emisión, en su caso, de informe favorable; f) Traslado del expediente a la Administración General del Estado para proseguir su tramitación; g) Resolución de la autorización inicial de trabajo, que se dictará de forma conjunta y coordinada con la reso-

lución sobre la autorización de residencia de la autoridad competente de la Administración General del Estado; h) Notificación a los interesados del procedimiento, incluida la organización o la empresa solicitante y los órganos indicados en la normativa vigente, con excepción de la notificación a los propios trabajadores extranjeros en sus respectivos países; i) Tramitación y resolución del procedimiento de recurso administrativo en su ámbito de competencias, que se resolverá conjunta y coordinadamente con la Administración General del Estado. También se traspasan las funciones que viene desempeñando la Administración General del Estado y los servicios en lo que se refiere a trámites de carácter laboral respecto de las autorizaciones mediante los visados de búsqueda de empleo, de conformidad con la normativa estatal aplicable, que comprenden: a) Recepción de solicitudes y de los contratos de trabajo; b) Resolución sobre las autorizaciones de trabajo; c) Notificación al solicitante y al trabajador.¹⁶

Al tratarse de una actuación conjunta de ambas administraciones, consecuencia de la “necesaria coordinación” a la que se refiere el Estatuto de Autonomía de Cataluña, resultan especialmente importantes las fórmulas institucionales de cooperación. Así, en relación con la gestión electrónica de los procedimientos se regula el uso de la aplicación informática actualmente implantada, así como el intercambio de información entre ambas Administraciones. A los efectos de asegurar la necesaria coordinación de los órganos competentes de la

16. La Administración General del Estado se reserva las siguientes funciones: 1) La legislación aplicable en materia de autorizaciones de trabajo a los extranjeros; 2) La negociación y celebración de los instrumentos internacionales en el ámbito de extranjería e inmigración y que afecten a regulación de flujos migratorios, incluida la autorización inicial de residencia y trabajo, y la representación en los ámbitos de la Unión Europea o en cualesquiera foros internacionales, bilaterales o multilaterales referidos a inmigración y extranjería, sin perjuicio de las competencias y facultades reconocidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña; 3) En relación con la gestión del contingente de trabajadores extranjeros, la decisión sobre la orientación de las ofertas a determinados países, y la relación con las autoridades de éstos en las fases de preselección y selección en origen, sin perjuicio de que la Generalitat de Cataluña actúe en representación del empleador; 4) La tramitación y resolución de todas aquellas autorizaciones de residencia y trabajo que no constituyen el objeto de este traspaso; 5) En relación con la gestión electrónica de los procedimientos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, y en coordinación con la Generalitat de Cataluña, el establecimiento de los formatos y estándares comunes que aseguren la interoperabilidad, la seguridad, la conservación y la normalización de la información. A través de la Resolución de 29 de julio de 2011 se adapta al traspaso a las novedades introducidas en el mencionado RD 557/2011.

Administración General del Estado con los de la Generalitat de Cataluña, ambas Administraciones celebrarán un convenio para establecer aquellos órganos u otros instrumentos de colaboración que faciliten la actuación conjunta en la gestión. Además, ambas Administraciones adoptarán las medidas necesarias para asegurar que por un mismo órgano jurisdiccional se conozcan los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos resolutorios de los procedimientos afectados por este acuerdo de traspaso.

Pero era necesario modificar también la regulación general de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo que se regulan en el mismo a los requerimientos derivados del traspaso a las CCAA de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía.

En el ordenamiento jurídico español en materia de extranjería e inmigración la concesión a un extranjero de la posibilidad de trabajar se vincula en general, y salvo supuestos excepcionales, a la posibilidad de que dicho extranjero sea residente en España. Por tanto, una vez efectivo el traspaso de las referidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros a las CCAA concurrirán en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas: una, la autoridad laboral autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo. La intervención de dos Administraciones Públicas diferentes en el procedimiento de autorización inicial de residencia y trabajo no debe producir alteración o deterioro del servicio que se presta a la ciudadanía, ni afectar tampoco, por otra parte, al ejercicio de las competencias que tienen reconocidas específicamente cada una de las Administraciones Públicas. En consecuencia, aunque en el procedimiento intervengan dos Administraciones Públicas diferentes, el empresario o empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero sólo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única Administración a través del órgano que sea competente para su tramitación. Asimismo-

mo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los pronunciamientos concretos de cada una de las Administraciones Públicas. Teniendo en cuenta lo anterior, los aspectos más relevantes del procedimiento de autorización de residencia y trabajo que se aplica cuando en el mismo intervengan la Administración General del Estado y la Administración Autonómica correspondiente, son los siguientes: a) La iniciación del procedimiento corresponderá al órgano competente de la CA, que deberá coordinarse necesariamente con el órgano competente de la Administración General del Estado en relación con el ámbito de la residencia y garantizarle asimismo el conocimiento en tiempo real de las solicitudes; b) La resolución de la indicada solicitud corresponderá en cada caso a la Administración que sea competente, aunque las autoridades a quienes corresponda resolver de cada una de ellas deberán dictar de manera coordinada y concordante una resolución conjunta, concediendo o denegando la autorización de residencia y trabajo solicitada. Dicha resolución conjunta será expedida por el órgano competente de la CA y firmada por los titulares de cada uno de los órganos competentes de cada una de las Administraciones; c) La resolución conjunta será notificada a los interesados por el órgano competente de la CA en los plazos y forma establecidos en la normativa vigente; d) Por último, la resolución podrá ser impugnada ante los órganos que la firmen si bien se resolverá de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas Administraciones y se notificará a los interesados por el órgano competente de la CA correspondiente.

Como se advierte, se ha optado por un sistema de cogestión, en el que el servicio público autonómico de empleo deberá mantener una estrecha colaboración con la autoridad laboral y gubernativa estatal. Su funcionamiento no parece fácil, pero más allá de valorar tanto su funcionamiento efectivo como su inserción en el federalismo cooperativo, que no es objeto de estas páginas, es claro que no ha resulta impedido sino, por el contrario, reconocido por la STC 31/2010.

Finalmente, resulta importante destacar que está al alcance de todas las CCAA, aunque no lo reconozca expresamente su Estatuto al vincularse a la competencia de ejecución laboral, asumida en todos los Estatutos, aunque en las de Cataluña y Andalucía resulta estatutariamente impedido.

3.3. La participación autonómica en las decisiones estatales sobre inmigración

Finalmente, los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía han reconocido también la participación autonómica en las decisiones del Estado sobre inmigración, tanto la participación genérica en las decisiones "con especial trascendencia en la Comunidad Autónoma" como una mención específica a la "participación preceptiva previa" en el cauce de entrada de trabajadores extranjeros a nuestro mercado de trabajo junto al régimen general: el contingente de trabajadores extranjeros.

En general, la previsión de procedimientos participados es uno de los rasgos más interesantes y novedosos de los nuevos Estatutos catalán y andaluz. En éstos, la administración participante carece de título competencial en la materia, pero aduce un interés específico. Se han planteado estos procedimientos para que las CCAA intervengan en el ejercicio de competencias estatales con incidencia sobre el territorio. Esa participación autonómica no altera la titularidad competencial y la habilitación para la toma de decisiones que resulta de ella. En ese sentido, por un lado, supone un cauce adecuado para una adecuada integración de la Comunidad en la política estatal y, por otro, la inmigración, por su carácter transversal, resulta un ámbito idóneo para el ejercicio de estos procedimientos participados. En ese sentido, sobre la mención expresa a la determinación del contingente, deben apuntarse dos notas. Por un lado, esa participación ya está prevista en la LO 4/2000. Por tanto, implica la elevación a rango estatutario, lo que tiene, sin duda trascendencia pues ya no es una decisión unilateral del Estado sino consensuada con el territorio y que, por tanto, deberá ser respetada en el futuro. Esto significa que aunque la legislación de inmigración y extranjería no prevea esa participación deberá respetarse allí donde tenga un reconocimiento estatutario. Sin embargo, por otro lado, la participación autonómica en las decisiones estatales sobre inmigración no se ciñe a la determinación del contingente sino que, según los citados Estatutos, se extiende a otros ámbitos.

Los recurrentes cuestionan esta previsión estatutaria, remitiéndose a las causas de inconstitucionalidad aducidas en general sobre los "procedimientos participados" y aclarando que lo inconstitucional no es la participación sino su previsión estatutaria. La STC 31/2010

establece dos principios axiales sobre esta cuestión. Por un lado, el Estatuto de Autonomía “no es sede normativa inadecuada” para recoger estos procedimientos participados; por otro lado, “corresponde a la legislación estatal determinar los términos, formas y condiciones de la participación autonómica”. En este sentido, no nos adentramos en los concretos procedimientos participados en inmigración,¹⁷ sino que nos ocupamos someramente del significado y alcance de su inclusión en el Estatuto conforme a la doctrina de la STC 31/2010.

Como se apuntaba al inicio, el Estatuto menciona dos formas de participación: una genérica (“participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia en Cataluña”) y otra específica (“participación preceptiva previa en la determinación de contingente de trabajadores extranjeros”), con naturaleza distinta.

El primer supuesto se incardina sin dificultad en las relaciones de colaboración en el sentido amplio configurado por la STC 31/2010. En estos supuestos el Estatuto está expresando la voluntad autonómica de participar y apela a una regulación estatal en la que se concrete esa participación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la competencia de titularidad estatal. Es una participación “en los términos que establezca la legislación estatal”. Hasta que se apruebe esa regulación estatal la participación autonómica no será efectiva y la regulación estatutaria constituye un mandato programático al legislador estatal.

Un carácter distinto, mucho más preciso, tiene la “participación preceptiva previa en la determinación del contingente”. En ese caso la relación es bilateral. La actuación estatal incide en un determinado territorio y ese territorio participa con carácter preceptivo en la decisión. Resulta claro que la actuación autonómica no puede ser vinculante, pues en ese supuesto estaría condicionando la decisión que corresponde al titular de competencia, pero si condiciona el proceso de toma de decisión en cuanto introduce un trámite necesario que debe ser respetado como consecuencia del reconocimiento estatutario. La finalidad de esta participación no es impedir al Estado el ejercicio de sus competencias, sino ofrecerles información o asesoramiento que permitan un mejor ejercicio competencial por parte del titular de la

competencia. Se configura, en este sentido, como un “razonable mecanismo de colaboración” en materias en las que resultan afectadas e implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma sin que se desplace o enerve la competencia estatal pues la participación es preceptiva pero no vinculante (STC 31/2010, FJ 65). No obstante, desde la perspectiva autonómica supone una garantía estatutaria de su participación en el ejercicio competencial sin menoscabo de la decisión última del Estado. En el supuesto que nos ocupa, esa participación estaba prevista en la legislación estatal pero tras ese reconocimiento en el Estatuto la participación resulta un trámite necesario, sin perjuicio de las condiciones, formas y términos que puedan concretarse por el legislador estatal.

Estos procedimientos participados que condicionan el procedimiento de decisión del Estado en el ejercicio de sus competencias, tanto el genérico como el más específico de la participación preceptiva previa en la determinación del contingente han sido considerados constitucionales en la STC 31/2010, sin que se advierta el vaciamiento de su alcance desde una perspectiva procedimental. Se había sostenido en la doctrina la inconstitucionalidad de estas previsiones estatutarias de participación autonómica en el ejercicio de competencias de titularidad estatal. En concreto, en los planteamientos más rigurosos¹⁸ no se cuestiona que el Estatuto prevea alguna forma de participación o colaboración de la Comunidad Autónoma en las decisiones estatales, supuesto incardinable en el principio de colaboración, sino aquellas previsiones que, más allá de la referencia genérica a la participación autonómica, concretan en que ha de consistir. A mi juicio, se mezclan dos situaciones que tienen naturaleza distinta. Efectivamente, el Estatuto no puede prever efectos vinculantes a la actuación de la Comunidad Autónoma pues supondría desapoderar al Estado de la decisión sobre la competencia que le atribuye la Constitución. Sin embargo, distinta es la previsión de condiciones procedimentales en el proceso de decisión. Siempre que no vinculen al Estado y, en ese sentido, contradigan la Constitución, nada impide que el Estado y el territorio acuerden en el Estatuto, de la misma manera que podría hacerlo unilateralmente el Estado, formas de participación autonómica en ese proceso cuando resultan afectados in-

18. Cfr. A. Garrorena Morales, A. Fanlo Loras, *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo de Aguas, Murcia, 2008, pp. 69-70.

tereses autonómicos. Esto es lo ha considerado conforme a la Constitución la STC 31/2010.

Por tanto, las conclusiones que pueden derivarse de lo anterior en relación a nuestro objeto son las siguientes. En primer lugar, la participación autonómica en las decisiones estatales sobre inmigración es fruto de un acuerdo bilateral entre el territorio y el Estado. Ese acuerdo es plenamente constitucional siempre que cumpla tres condiciones: no desapoderar al Estado de la decisión final en el ejercicio competencial; no alterar la titularidad de la competencia y no afectar a otras CCAA. En segundo lugar, ninguna de estas previsiones supone una vinculación para el titular de la competencia. Lo que hace el Estado es aceptar algunas singularidades procedimentales en aras de la participación autonómica, esto es, en el marco de las relaciones de colaboración.

Finalmente, debe valorarse si esos mecanismos de participación previstos en el Estatuto se aplican sólo a la Comunidad Autónoma regida por él como norma institucional básica o deben extenderse a las restantes. En este sentido, es claro que el legislador estatal puede prever la participación autonómica aunque no lo diga el Estatuto y, en ese sentido, extenderse a todas las CCAA. Sin embargo, la previsión estatutaria supone la necesidad de prever esa participación, aún en los "términos, formas y condiciones" que establezca el legislador estatal.

4. Consecuencias de la STC 31/2010 sobre las competencias autonómicas en inmigración

Hemos comprobado que el reconocimiento estatutario de competencias autónomas en inmigración no conlleva una redelimitación competencial sino la formalización en la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, fruto del acuerdo entre la voluntad del territorio y la del Estado, del reparto competencial en inmigración que se ha configurado en la práctica y los Estatutos de segunda generación han trasladado a la Constitución territorial. Ese reparto podía deducirse de los títulos competenciales ya presentes en los primeros Estatutos, aunque no podemos infravalorar la trascendencia de la inclusión expresa en el bloque de la constitucionalidad, esencialmente para evitar interpretaciones restrictivas de las competencias auto-

nómicas y, en su envés, extensivas del alcance del art. 149.1.2 CE. Los cambios en la práctica respecto a la situación actual se ciñen a la asunción autonómica de las autorizaciones de trabajo, en necesaria coordinación con el Estado.

Conforme a ese reparto, la competencia exclusiva se concreta en la situación jurídico-administrativa del inmigrante mientras que el espacio competencial autonómico se extiende a lo relacionado con el proceso de integración en la sociedad de acogida. Se trata de facultades ejercidas "en el marco de sus competencias", dicen los Estatutos. Esto significa que suponen la aplicación al fenómeno migratorio de títulos competenciales sobre los diversos servicios públicos que inciden en el proceso de integración del inmigrante. A ello han añadido los Estatutos la competencia de ejecución sobre las autorizaciones de trabajo de los extranjeros teniendo en cuenta que deriva de la competencia autonómica de ejecución laboral y se ejerce en "necesaria coordinación" con el Estado, competente en relación al permiso de residencia.

En ese marco de relación, trasladado por los Estatutos de Cataluña y Andalucía a la Constitución territorial, ha incidido la STC 31/2010, con una doctrina que merece ser criticada no por lo que dice sino por cómo lo dice.

En primer lugar, la STC 31/2010 ha reconocido que la competencia exclusiva del Estado en inmigración no es ilimitada, como podría deducirse de una interpretación literal del art. 149.1.2 CE. Encuentra el límite en la prestación de servicios sociales a los inmigrantes y las políticas públicas de integración en la sociedad de acogida. Estos aspectos del fenómeno migratorio se ubican en el espacio competencial autonómico, sostenida por distintos títulos competenciales sectoriales, con un carácter compartido.

Sin embargo, según el Tribunal, las políticas públicas de integración de los inmigrantes no son inmigración sino educación, sanidad, asistencia social, etc. Las consecuencias son dos: por un lado, la literalidad del art. 149.1.2 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en inmigración se mantiene incólume y, por otro, no existen competencias autonómicas en inmigración como pretenden los Estatutos. En estas páginas hemos rechazado que el Tribunal no haga formalmente compatibles lo que dice la Constitución (art. 149.1.2 CE) y lo

que dicen los Estatutos: competencia autonómica sobre políticas de integración, autorización de trabajo y participación en decisiones estatales sobre la materia cuando no pone en cuestión la compatibilidad material de los contenidos. En este sentido, el Tribunal no cumple la función delimitadora que había desarrollado en relación a otras materias en las que también la Constitución se expresaba rotundamente sobre la exclusividad de la competencia estatal.

En cualquier caso, interesa resaltar que el aspecto rechazable de la sentencia no es, a mi juicio, el contenido del reparto competencial que plantea la sentencia en este punto sino el no reconocimiento de la complejidad de la materia competencial inmigración, que en la actualidad debe incluir necesariamente facultades competenciales autonómicas, provocando con ello una mutación del art. 149.1.2 CE. Al sostener la literalidad del 149.1.2 CE se obliga a sostener que la política de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida no es inmigración; sin embargo, si aceptara la evolución del contenido constitucional, no sería necesaria imponer una concepción que ningún "jurista persa" entendería. El pretendido equilibrio ha resultado insatisfactorio: mantener una concepción históricamente superada de inmigración y reconocer subrepticamente las competencias autonómicas.

Con estos presupuestos, concluimos apuntando tres ideas que pueden sintetizar las consecuencias de la STC 31/2010.

La primera es que la sentencia no ha desactivado las competencias autonómicas en inmigración, pese a rechazar su existencia. Se mantienen las facultades competenciales previstas en el Estatuto, incluso las que suponen una alteración de la delimitación competencial previa al Estatuto pues en definitiva estamos ante un debate "nominalista" sin incidencia en el contenido de las competencias autonómicas.

La segunda es que tal como han sido configuradas las competencias autonómicas en inmigración, su ejercicio puede extenderse a todas las CCAA, aunque no lo mencione expresamente el Estatuto, en virtud de los títulos competenciales previstos en todos ellos. Esto afecta especialmente a las autorizaciones de trabajo en cuanto es la facultad de la que deriva un traspaso pues era ejercida previamente por el Estado. La única duda se plantea en relación a los procedimientos

participados, especialmente cuando el Estatuto establece su carácter preceptivo.

Y, finalmente, en tercer lugar, procede reseñar que la posición crítica al fundamento jurídico 83 de la STC 31/2010 tanto de quienes entienden que vacía de competencias al Estatuto como de quienes hubieran querido la declaración de inconstitucionalidad del art. 138 EAC ha producido un efecto político: la paralización de los posibles trasposos en relación a las autorizaciones de trabajo tanto en las CCAA en las que se preveía expresamente en el Estatuto (Andalucía) como en las restantes a las que la STC 31/2010 les reconoce título competencial suficiente sin necesidad de mención estatutaria expresa.

RESUMEN

En el trabajo se analiza la doctrina de la STC 31/2010, en relación a las competencias autonómicas en inmigración recogidas en el Estatuto de Cataluña. Se rechaza el planteamiento del Tribunal Constitucional en cuanto pretende mantener la competencia exclusiva del Estado en inmigración a la vez que considera conforme a la Constitución el reconocimiento estatutario de competencias autonómicas en inmigración. Considera el Tribunal que, pese a la denominación formal, esas actividades públicas no se enmarcan en inmigración sino en otras materias competenciales. Frente a ello, se sostiene la posibilidad de competencias autonómicas en inmigración a partir de una evolución de la competencia exclusiva del Estado recogida en la Constitución, como ha ocurrido con otras materias como administración de justicia o relaciones internacionales. Se comprueba, en todo caso, que el Tribunal no ha limitado el alcance de esas competencias autonómicas sino que estamos ante un debate nominalista que, no obstante, ha tenido consecuencias políticas.

Palabras clave: inmigración; Tribunal Constitucional; comunidades autónomas; Estatuto de autonomía.

RESUM

En el treball s'analitza la doctrina de la STC 31/2010, en relació amb les competències autonòmiques en immigració recollides a l'Estatut de Catalunya. Es rebutja el plantejament del Tribunal Constitucional quan pretén mantenir la competència exclusiva de l'Estat en immigració alhora que considera conforme a la Constitució el reconeixement estatutari de competències autonòmiques en immigració. Considera el Tribunal que, malgrat la denominació formal, aquestes activitats públiques no s'emmarquen en immigració sinó en altres matèries competencials. Davant d'això, se sosté la possibilitat de competències autonòmiques en immigració a partir d'una evolució de la competència exclusiva de l'Estat recollida a la Constitució, com ha ocorregut amb altres matèries com ara l'administració de justícia o les relacions internacionals. Es comprova, en tot cas, que el Tribunal no ha limitat l'abast d'aquestes competències autonòmiques, sinó que estem davant un debat nominalista que, no obstant això, ha tingut conseqüències polítiques.

Paraules clau: immigració; Tribunal Constitucional; comunitats autònomes; Estatut d'autonomia.

ABSTRACT

The paper analyzes the doctrine as in the STC 31/2010 as regards immigration autonomous powers as drawn from the Catalan Statute of Autonomy. It overly rejects the approach taken by the Constitutional Court in the matter as long as it maintains the exclusive jurisdiction of the State in immigration affairs while at the same time considering the statutory recognition of regional powers relative to immigration congruous with the Constitution. The Court considered that, despite the formal denomination, such public activities are not framed within immigration affairs but under other matters of competence. Against this position, the paper defends the availability of a statutory jurisdiction in immigration affairs as from the evolution of the State exclusive jurisdiction contained in the Constitution, parallel to that occurred in other areas such as the administration of justice or international affairs. The paper highlights that, in any case, the Court has not limited the scope of statutory powers but rather emphasizes that this is a conflict deriving from opposing views as regards de denomination of the matter under discussion which, however minor, has brought about political upsetting.

Key words: immigration; Constitutional Court; regions (autonomous communities); Statute of Autonomy.

DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES I REFORMES ESTATUTÀRIES. UN ESTUDI COMPARAT DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN ELS ESTATUTS REFORMATS I ELS EFECTES DE LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNY

Hèctor López Bofill

Professor agregat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: 1. Introducció La situació present en l'àmbit de la distribució de competències després de la STC 31/2010, de 28 de juny. – 2. Punt de partença: traces bàsiques del sistema competencial. – 3. Tipologia competencial i interpretació de la jurisdicció constitucional. 3.1. Competències exclusives 3.2. Competències compartides. 3.3. Competències executives. – 4. Activitat de Foment. – 5. Abast territorial i efectes de les competències. – 6. L'exemple d'una matèria competencial concreta i l'estructura de distribució de competències: col·legis professionals. – 7. Conclusions. – 8. Bibliografia (citada). – Annex. Quadre comparatiu. – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. Introducció. La situació present en l'àmbit de la distribució de competències després de la STC 31/2010, de 28 de juny

La STC 31/2010, de 28 de juny sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya descarta la intervenció dels Estatuts d'Autonomia en la definició de les categories generals de competència, tot eliminant doncs, la principal innovació que en aquest àmbit s'havia produït no sols en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya sinó també en els Estatuts d'Autonomia d'Andalusia i d'Aragó.

A través de l'esmentat pronunciament, sembla que es degrada el paper dels Estatuts d'Autonomia com a norma que integra el bloc de la constitucionalitat¹ de manera que la distribució de competències, tant en els aspectes generals com en les competències en especial, es troba únicament perfilada pels conceptes constitucionals d'acord amb allò que és interpretat per la jurisdicció constitucional.² Aquesta és la solució que es projecta, en el judici de constitucionalitat sobre l'Estatut de Catalunya, a través de la interpretació conforme de la definició de competències exclusives de l'article 110 EAC (Fonament Jurídic 59 de la STC 31/2010, de 28 de juny), de la interpretació conforme de les competències executives de l'article 112 EAC (Fonament Jurídic 61 de la STC 31/2010, de 28 de juny), així com de la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat de l'incís de l'article 111 EAC en la definició de la legislació bàsica estatal "com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de Llei, excepte en els supòsits que es determinin d'acord amb la Constitució i el present Estatut" (Fonament Jurídic 60 de la STC 31/2010, de 28 de juny). Queda tancada, doncs, la possibilitat que els Estatuts d'Autonomia puguin exercir algun tipus de contenció de la intervenció normativa de l'Estat en alguna de les

1. Així, entre d'altres, M. Carrillo: "La doctrina del tribunal sobre la definició de les competències. Les competències exclusives, les compartides i les executives" a *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret; M. Carrillo: "Después de la sentencia, un Estatuto desactivado", a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 28; H. López Bofill: "Estatutos y competencias después de la STC 31/2010, de 28 de junio" a *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, maig-agost 2011, p. 139; C. Viver Pi-Sunyer: "El Tribunal Constitucional, ¿"Siempre, solo...e indiscutible"? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010" a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.91, gener-abril 2011, pp. 319-351.

2. Així STC 31/2010 de 28 de juny, Fonament Jurídic 57: "Un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye como cometido de ese tipo de norma la definición de categorías constitucionales. (...) El Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por "competencia" y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye. (...) En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional. Y lo es, además, en todo tiempo, por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico".

tres categories competencials (exclusives, compartides i executives) tot neutralitzant la possibilitat que una Comunitat Autònoma pugui tenir plena potestat normativa sobre algun sector de la realitat sense incidència de l'activitat normativa de l'Estat.

En essència, del pronunciament del Tribunal Constitucional sobre els preceptes de l'Estatut català dedicats a la tipologia general de competències es desprèn un veto constitucional 1) a la possibilitat estatutària de "definir" amb caràcter vinculant categories que el Tribunal Constitucional entén només reservades a la seva interpretació i 2) a que la descripció que puguin contenir els articles estatutaris enjudiciats signifiqui un límit a l'activitat normativa de l'Estat que el Tribunal Constitucional hagi de tenir en compte com a cànon en l'exercici del control de constitucionalitat derivat d'un litigi competencial.³

Cal destacar que, de moment, l'absència de judici de constitucionalitat de les normes similars que inclouen els Estatuts d'Andalusia i d'Aragó podria provocar la convivència d'una diversitat de concepcions sobre els preceptes dedicats a l'ordenació general de competències: la dels preceptes de l'Estatut català ajustats a la interpretació constitucional, d'una banda, i la de les disposicions dels altres dos Estatuts al·ludits, de l'altra, que no han estat objecte de pronunciament constitucional. No obstant això, es podria entendre que les disposicions equivalents dels Estatuts no sotmesos formalment al judici de constitucionalitat es troben subjectes a la interpretació conforme dictada pel Tribunal Constitucional.⁴ La presència d'altres Estatuts reformats amb clàusules de les quals es podria extraure una definició funcional de categories competencials amb capacitat de vinculació sobre els òrgans estatals sembla trobar-se en el rerefons de la justificació del Tribunal Constitucional en el moment de recórrer a la interpretació conforme en el judici sobre les disposicions generals dedicades a les

3. Així ho valora C. Viver Pi-Sunyer a C. Viver Pi-Sunyer: "El Tribunal Constitucional, ¿"Siempre, solo...e indiscutible"?, *op. cit.*, pp. 326-327.

4. Sobre aquest punt vegeu V. Ferreres Comella: "El impacto de la sentencia sobre otros Estatutos" a *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret; J. C. Gavara De Cara: "Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras Comunidades Autónomas" a *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, pp. 239-290.

competències exclusives i a les competències executives de la reforma estatutària catalana,⁵ per bé que la variació en el redactat dels Estatuts andalús i aragonès respecte els articles de l'Estatut català dedicat a les competències exclusives i executives podria alterar una hipotètica projecció dels judicis interpretatius formulats per la STC 31/2010. També cal recalcar (com veurem) que l'incís declarat inconstitucional sobre les competències compartides de l'article 111 EAC, en tant que recollia la jurisprudència constitucional sobre la definició de la legislació bàsica, no es trobava inclòs exactament en els mateixos termes ni en l'Estatut d'Andalusia ni en el d'Aragó.⁶

Tot salvant el que acabem de precisar sobre les normes estatutàries no impugnades, de la STC 31/2010, de 28 de juny, es desprèn, en definitiva, un rebuig a que l'onada de reformes estatutàries impulsada a la primera dècada del segle XXI pugui aprofundir en el caràcter asimètric de l'Estat Autòmic en allò que fa referència a les tècniques de distribució competencial i a l'increment de la qualitat de l'autogovern en funció de les necessitats de cada territori.⁷

5. Així ho expressa, per exemple, T. De La Quadra-Salcedo Janini quan afirma que "la utilización de la interpretación conforme tiene además una importante ventaja para el caso específico de la caracterización del modelo de distribución de competencias y es que se puede utilizar para la reinterpretación de los demás Estatutos de Autonomía que no han sido recurridos, pero que incluyen en su seno preceptos muy parecidos a los, ahora, interpretados en la STC 31/2010" vegeu T. De La Quadra-Salcedo Janini: "El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña" a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.90, setembre-desembre 2010, p. 292.

6. Un cas específic es troba representat pel sistema d'assumpció de competències dissenyat per la llei de millora del fur de Navarra. Ja en el text de la LORAFNA anterior a la reforma de 2010, que, tret de l'esment a alguna nova matèria competencial no suposa una reforma substancial del text, ja s'inclouia, en comparació amb d'altres Estatuts, una major precisió descriptiva de les potestats que s'associaven a cada tipus competencial. Així, per exemple, i segons el vigent article 40.1 LORAFNA, en les matèries que siguin competència exclusiva de Navarra, corresponen a la Comunitat Foral, la potestat legislativa, la reglamentària, l'administrativa, inclosa la inspecció, i la revisora en la via administrativa. Així mateix, en l'article 40.2 LORAFNA s'estableix que "dichas potestades deberán ejercitarse en los términos previstos en la presente ley y en la legislación del Estado a la que la misma hace referencia".

7. A diferència de les transformacions que s'han detectat en d'altres estats compostos com notòriament s'ha esdevingut a la República Federal d'Alemanya al caliu de les modificacions produïdes a la Llei Fonamental de Bonn de 28 d'agost de 2006: un escenari que obra la porta a una pluralitat de relacions entre Federació i *Länder* al voltant de l'abast de determinades matèries competencials, com succeeix, per exemple, en el cas del reconeixement als *Länder* de la capacitat de dictar legislació divergent de l'establerta per la Federació en l'exercici de les competències legislatives reconegudes a l'article 72.3 GG (*Die*

En aquest treball ens centrarem, doncs, en l'anàlisi de l'evolució de la definició dels diversos tipus competencials en les reformes estatutàries adequada a la interpretació conforme fixada per la jurisdicció constitucional en el reiterat judici sobre l'Estatut català i, així mateix, també ens ocuparem de les modificacions experimentades en allò relatiu al concepte de territori com a element definitori de l'abast de les competències i a la descripció d'un marc general sobre l'activitat de foment en l'esquema de la distribució competencial que incorporen algunes de les noves disposicions estatutàries.

No entrarem, doncs, a analitzar la diversitat d'assumpció de matèries competencials concretes per part de cada Comunitat Autònoma sobre les quals també s'han de projectar les consideracions interpretatives de la STC 31/2010 tant en la definició dels àmbits generals com en els sectors de la realitat específics. No obstant això, dedicarem un epígraf a analitzar la relació entre les reformes estatutàries sobre les categories competencials generals (modulades en funció de la mateixa STC 31/2010) i una matèria competencial en particular. El tractament d'aquest exemple, que es referirà a la matèria "col·legis professionals", ens permetrà copsar si les regulacions estatutàries han tingut (o no) alguna incidència en un canvi de concepció sobre l'estructura de distribució competencial tot referint-nos a un àmbit en el qual s'ha produït un desplegament normatiu estatal. Hem escollit l'exemple dels col·legis professionals atesa la diversitat de fórmules de distribució competencial que presenten els Estatuts reformats en aquest punt i l'esmentada presència de normativa estatal que es pot contrastar amb les previsions estatutàries. Tot i que la matèria "col·legis professionals" també presenta el seu interès des del prisma de la relació entre l'execució de dret de la Unió Europea i el sistema intern de distribució de competències, no hem entrat en el tractament d'una problemàtica (tampoc en relació

Abweichungsgesetzgebung der Länder). Vegeu A. Arroyo Gil: La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52a. Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009, pp. 59-70; Ch. Heitsch: "Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche "Föderalismusreform I"" a *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2009, p. 333 i ss. G. Wolfgang: "Abweichungsrechte (Art. 72 Abs.3 -neu-) und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG)" a R. Holtschneier i W. Schön (editors): *Die Reform des Bundesstaates (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung des bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

als preceptes estatutaris que contenen previsions sobre l'execució del dret de la Unió Europea i la seva incidència en el sistema competencial) que desbordaria el contingut d'un article ja prou extens si es limita a la comparació de les diverses regulacions estatutàries que pretenen ordenar amb caràcter general el sistema de distribució competencial.

2. Punt de partença: traces bàsiques del sistema competencial

En la reforma dels Estatuts d'Autonomia de Catalunya, d'Andalusia i, en menor mesura, d'Aragó, s'havia optat per la inclusió d'una definició general de tipus competencials i la precisió de l'abast funcional que derivava de les competències assumides en funció de la definició tipològica assenyalada. Es pretenia, així, assegurar la qualitat de la capacitat de decisió de l'ens territorial tot associant la definició general a un llistat exhaustiu de submatèries amb la intenció de delimitar el caràcter expansiu dels títols estatals. Aquesta estructura, laminada pel Tribunal Constitucional a la STC 31/2010 sobre l'Estatut català a través de decisió interpretativa, no havia estat reproduïda en la resta d'Estatuts reformats (València, Balears, Castella i Lleó, Extremadura) que mantenien, tret d'alguna peculiaritat, el mateix esquema de tècnica de distribució competencial anterior a la reforma.

Malgrat la dicció dels Estatuts català, andalús i aragonès, la interpretació conforme dictada pel Tribunal Constitucional sobre la definició de competències exclusives i executives continguda a l'Estatut català, així com el raonament jurídic que porta a la declaració de nul·litat del concepte de legislació bàsica perfilat a l'article 111 EAC, fa que es consolidi el model pel qual només és el Tribunal Constitucional el que, a través de la seva jurisprudència, es troba habilitat per delimitar l'abast del conjunt de potestats que inclou cada categoria competencial. En principi, els Estatuts només es poden limitar a "descriure" les potestats consubstancials a la titularitat de la competència però no poden entrar en la precisió del seu objecte material ni en el seu abast en relació a sectors en els quals incideixin les potestats normatives de l'Estat (STC 31/2010, de 28 de juny, fonament jurídic 59). Això es troba reservat a la interpretació exercida per la jurisdicció constitucional i els estatuts no en poden fer esment ni tan

sols per recollir els termes establerts en la mateixa jurisprudència constitucional.⁸

3. Tipologia competencial i interpretació de la jurisdicció constitucional

Com hem reiterat, una de les novetats que es presentaven amb les reformes estatutàries (principalment a l'Estatut català, a l'andalús i a l'aragonès) consistia en introduir una definició general de tipus competencials i una definició d'alguns elements (com el territori o la incidència de l'Estat en l'activitat de foment) que pretenien incidir en la configuració del sistema de distribució competencial. En l'actualitat, els elements de precisió en la definició general de competències exclusives, compartides i executives contingudes en una norma estatutària han de ser interpretats en el sentit previst als fonaments jurídics 59, 60 i 61 de la STC 31/2010, de 28 de juny sobre l'Estatut català que redueixen l'eficàcia dels preceptes autonòmics a una dimensió retòrica sense cap incidència real en la configuració d'una nova lògica del sistema competencial.

Aquesta solució suposa consolidar una posició jurisprudencial que no necessàriament s'inferia dels pronunciaments anteriors de la jurisdicció constitucional (molt en particular, de la doctrina continguda a la STC 247/2007, de 12 de desembre, en relació a l'Estatut de la Comunitat Valenciana, però també de d'altres decisions en les quals el Tribunal Constitucional havia acceptat que fins i tot el legislador podia concretar el contingut d'un concepte present però no

8. "La defensa de la constitucionalidad del Estatuto se fundamenta en no pocas ocasiones en la circunstancia de que muchas de las soluciones en él adoptadas en el punto a la distribución de competencias y, sobre todo, a la definición del sentido y alcance de las competencias mismas y de las materias sobre las que se proyectan, se compadece perfectamente con las que se han ido decantando por el Tribunal Constitucional en casi treinta años de experiencia. Que el Estatuto se acomode a estas soluciones (...) no resuelve las objeciones de inconstitucionalidad de las que se hace objeto, toda vez que, a tenor de lo dicho, la censura que en realidad merecería no sería tanto la de desconocer las competencias del Estado, cuanto con hacerse con la función más propia del Tribunal Constitucional, al que se habría cuidado de respetar atendándose al sentido de su jurisprudencia, pero olvidando que, al formalizar como voluntad legislativa la sustancia normativa de ésta, la desposee de la condición que le es propia en tanto que resultado del ejercicio de la función jurisdiccional reservada a este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales" (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 58).

definit a la Constitució)⁹ i, sobretot, té àmplies repercussions en el sistema de fonts en desplaçar la participació de les normes estatutàries en la delimitació dels àmbits competencials en un aspecte, el de la distribució de competències, en el qual teòricament els Estatuts mantenen una funció específica derivada d'una reserva constitucional [147.2 d) CE].

La doctrina emanada de la STC 31/2010 en el capítol específic de la distribució de competències també significa un menyscapte de la posició dels Estatuts en tant que lleis orgàniques que desenvolupen l'esmentada reserva constitucional, així com la pèrdua de consideració jurídica d'una norma estatutària com a llei "estatal paccionada"¹⁰ dedicada a "concretitzar" el sistema constitucional de distribució de competències, cosa que aboca a un ampli protagonisme del legislador estatal per determinar, amb caràcter previ, el seu àmbit de competències a través de la seva activitat normativa, sols pendent del límit que pugui imposar el Tribunal Constitucional en un eventual judici sobre la norma estatal si aquesta fos impugnada.

La qüestió que cal tenir present en l'anàlisi que proposem és fins a quin punt la doctrina del Tribunal Constitucional sobre els elements estructurals de definició de les categories competencials inclosos en l'Estatut català té repercussions en les altres reformes estatutàries, si les reformes estatutàries han tingut alguna incidència en un canvi d'orientació en la relació entre l'activitat normativa de l'Estat i els àmbits competencials autonòmics i, en definitiva, si la devaluació de la posició dels Estatuts d'Autonomia en el sistema de fonts no sols afecta a l'Estatut català sinó que representa una conseqüència aplicable a totes les reformes estatutàries i, eventualment, també als Estatuts no reformats.

3.1. Competències exclusives

Amb la introducció d'una definició general de competències en una norma estatutària es pretenia avançar en el debat sobre el sentit

9. Entre d'altres, vegeu STC 341/1993, de 22 de novembre i STC 40/1998, de 19 de febrer.

10. Així C. Viver Pi-Sunyer: "El Tribunal Constitucional, ¿"Siempre, solo...e indiscutible"?", *op. cit.*, p. 321.

de l'“exclusivitat” d'una competència autonòmica que, a la pràctica, en l'evolució del sistema de descentralització territorial acabava sempre distorsionat per la incidència de la potestat normativa estatal a causa del solapament de títols competencials i de la presència dels anomenats títols competencials horitzontals a favor de l'Estat (primordialment els derivats dels articles 149.1.1 CE i 149.1.13 CE).¹¹

Com hem assenyalat, el nou estatut d'Aragó semblava compartir la mateixa tipologia competencial que els estatuts de Catalunya i d'Andalusia però amb una definició de la categoria competencial menys prolixa. Pel que fa a la resta d'Estatuts reformats en aquesta onada (València, Castella i Lleó, Balears i Extremadura) tret d'alguna especificitat, es limitaven a consignar el llistat de competències exclusives de la Comunitat sense traçar cap precisió d'ordre conceptual, en la línia d'allò que es podia desprendre interpretativament de l'estructura d'aquests mateixos estatuts abans de la reforma (i que, per tant, també persisteix en els Estatuts no reformats).

La discussió doctrinal que va propiciar sobretot la reforma de l'Estatut de Catalunya i la definició del tipus de competència exclusiva continguda a l'article 110 (discussió traslladada a la jurisdicció constitucional) consistia, bàsicament, en si la definició general del tipus de competència exclusiva impedia o no la intervenció de l'Estat en els àmbits en què el mateix Estatut (segons el llistat de competències

11. Val a dir que el concepte d'exclusivitat definit mitjançant l'enumeració de les potestats i funcions que s'hi troben associades ja era present en la redacció d'alguns estatuts d'autonomia abans de les darreres reformes començant per l'exemple de l'article 25.2 del derogat Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979 [article 25.2 EAC 1979: “En l'exercici de les seves competències exclusives correspon a la Generalitat, segons s'escaigui, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, inclosa la inspecció”], o també el vigent article 37.2 de l'Estatut de Galícia quan estableix que: “En las materias de su competencia exclusiva le corresponde al Parlamento la potestad legislativa en los términos previstos en el Estatuto y en las leyes del Estado a las que el mismo se refiere, correspondiéndole a la Xunta la potestad reglamentaria y la función ejecutiva”. Aquesta possibilitat que els Estatuts exposin i “descriguin” de forma ordenada i sistemàtica el conjunt de potestats, facultats i funcions que integren el contingut funcional de les competències assumides ha estat acceptat per la jurisprudència constitucional a la STC 31/2010, de 28 de juny (Fonament Jurídic 58) Sobre la definició d'una tipologia general de competències i el debat a la jurisprudència constitucional vegeu J. Tornos: “Balance de la distribución de competencias tras la reforma de los Estatutos de Autonomía” a *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007, pp. 886-887 i J. Tornos: “La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, 2008, pp. 79-103.

específiques inclosos en el títol IV de la norma institucional bàsica catalana) qualificava amb l'atribut d'exclusivitat.

Una altra variant de la controvèrsia plantejada entre la doctrina i davant del Tribunal Constitucional, que afectava a la resta de definicions competencials, es referia a si un Estatut era una norma hàbil per establir una definició general de competència exclusiva i si l'intent de modular l'abast de les competències estatals mitjançant precisions conceptuals no estava afectant a un espai de reserva de Constitució i a la interpretació que havia d'exercir la jurisdicció constitucional a l'hora de determinar el concepte constitucional d'"exclusivitat".

En qualsevol cas, el sentit de la reforma catalana, en allò que afectava a la introducció d'una definició d'exclusivitat precisa, perseguia contribuir a la millora de l'autogovern tot evitant que l'Estat pogués actuar en el mateix àmbit material que la Comunitat Autònoma i desplaçés aquest ens de l'actuació normativa, amb el risc que fos el mateix Estat aquell que dictés polítiques que les institucions autonòmiques podien no compartir.¹²

A la STC 31/2010, de 28 de juny, el Tribunal Constitucional salva la constitucionalitat de l'article 110 EAC però a costa d'interpretar que l'enumeració de les potestats que integren la competència exclusiva no té efectes sobre la definició material de la competència, que només li correspon fer a la jurisdicció constitucional d'acord amb una interpretació dels preceptes constitucionals. D'altra banda, es descarta completament la idea que l'"exclusivitat" predicada en l'esmentat article estatutari pugui limitar les potestats normatives de l'Estat. Així:

"Ciertamente, el artículo 110.1 EAC sólo se refiere al caso de la coextensión de la competencia y la materia *in toto*, pero ello no implica que se excluya la eventualidad –prevista constitucionalmente y, por ello, legislativamente indisponible– de una exclu-

12. Vid. els treballs de C. Viver Pi-Sunyer: "En defensa dels Estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídic-constitucional" a *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm.1, 2005, pp. 97-130 y C. Viver Pi-Sunyer: "Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d'interpretació i comparació amb altres Estatuts reformats" a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, p. 19. També J. Tornos: "Balance de la distribución de competencias tras la reforma de los Estatutos de Autonomía", *op. cit.*, pp. 878-893.

sividad competencial referida únicamente a las potestades normativas que cabe ejercer sobre un sector de la realidad en el que también concurren potestades exclusivas del Estado. Siendo ello así, el precepto examinado no merece la censura de inconstitucionalidad pretendida por los recurrentes" (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 59).

I conclou:

"En definitiva, el artículo 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos "competencia exclusiva" o "competencias exclusivas" en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión "en todo caso" reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales" (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 59).

El Tribunal Constitucional, doncs, acaba donant la raó als sectors crítics amb un determinat sentit de la reforma catalana quan assenyalaven, d'una banda, que la regulació estatutària podia topiar amb la interpretació que, amb caràcter suprem, li corresponia realitzar al Tribunal Constitucional dels conceptes inclosos a la Constitució (i, per extensió, en el cas de litigis competencials, dels conceptes inclosos al bloc de la constitucionalitat). D'altra banda, aquest mateix corrent doctrinal també s'assenyalava que un concepte d'"exclusivitat" vinculat a una idea de completa competència sobre una matèria i, per tant, de total desapoderament de l'Estat alhora de tenir alguna incidència normativa sobre aquell aspecte de la realitat, contradeïa la doctrina sostinguda per la mateixa jurisdicció constitucional.¹³ En aquest darrer

13. Així vegeu F. Balaguer Callejón: "Competencias exclusivas" a F. Balaguer Callejón (director): *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*. Instituto Andaluz de Administración Pública/Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 26-28 i 30-31. Amb posterioritat a la STC 31/2010, de 28 de juny, vegeu L. Ortega: "La posición

sentit, certament, el Tribunal Constitucional havia expressat reiteradament que el caràcter "exclusiu" reconegut en un Estatut sobre una competència autonòmica no podia significar la completa manca d'incidència de l'Estat sobre una matèria si hi concorrien altres títols. Així s'havia manifestat, per exemple, a la STC 204/2002, de 31 d'octubre, la qual, a la vegada, citava una doctrina reiterada en aquest punt:

"ni el silencio del artículo 149.1 CE respecto al género juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía califiquen de exclusiva la competencia autonómica en cuanto a juegos y apuestas, puede interpretarse como determinante de un total desapoderamiento del Estado en la materia,¹⁴ pues ciertas actividades que bajo otros enunciados el artículo 149.1 CE atribuye a aquél se encuentran estrechamente ligadas con el juego en general y no sólo la que le reserva el artículo 149.1.14 de la Constitución respecto de la gestión y explotación en todo el territorio nacional del monopolio de la lotería nacional, sin perjuicio de las competencias de algunas Comunidades Autónomas en materia de juego (SSTC 163/1994, de 26 de mayo; FJ 4; 164/1994, de 26 de mayo, FJ 5; 216/1994, de 20 de julio, FJ 2; y 49/1995, de 16 de febrero, FJ 3)".

Aquesta relativització del terme "exclusiu" ja es trobava present des dels primers compassos de la jurisprudència constitucional. En concret, a la STC 1/1982, de 28 de gener, en ocasió a una disputa competencial entre el Govern de l'Estat i el Govern Basc sobre alguns aspectes de la regulació en matèria de Caixes d'Estalvi, ja s'assenyalava que:

"no podría ampararse la presunta competencia comunitaria en tal materia en el artículo 10.25 de su Estatuto, pues si es cierto que éste otorga competencia "exclusiva" a la Comunidad en la "planificación de la actividad económica del País Vasco" también lo es que ese mismo precepto enmarca la citada competencia dentro del respeto ("de acuerdo con") a la "ordenación general de la eco-

de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña" a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, setembre-desembre 2010, pp. 267-285; T. De La Quadra-Salcedo Janini: "El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña" a *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pp. 287-334.

14. La cursiva és nostra.

nomía”, y como el Estado tiene competencia “exclusiva” precisamente para las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13 CE) es claro que ambas competencias “exclusivas” están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes...” (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 5).

Amb tot, les reformes estatutàries de Catalunya, Andalusia i, en menor mesura Aragó van introduir aspectes més concrets en la comprensió del concepte d’“exclusivitat” que ara, a tenor del pronunciament del Tribunal Constitucional, s’han d’entendre només com una enumeració d’aspectes funcional-normatius de les competències exclusives sense incidència en els àmbits materials de distribució de competències que només li correspon determinar a la jurisdicció constitucional.

L’article 110 de l’Estatut d’Autonomia de Catalunya de 2006 estableix que:

“Corresponen a la Generalitat, en l’àmbit de les seves competències exclusives, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva. Correspon únicament a la Generalitat l’exercici d’aquestes potestats i funcions, mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies”.

El segon paràgraf de l’article 110 es refereix a la preferència en l’aplicació del dret català sobre qualsevol altre en matèria de competències exclusives i en el seu territori, precepte al qual farem referència posteriorment en parlar del territori com a marc d’exercici competencial¹⁵ i que també comparteix amb d’altres Estatuts reformats (Andalusia,¹⁶ Aragó,¹⁷ València)¹⁸ no reformats (per exemple, Canà-

15. En concret l’article 110.2 de l’EAC estableix que: “El dret català, en matèria de les competències exclusives de la Generalitat, és el dret aplicable en el seu territori amb preferència a qualsevol altre”.

16. Article 42.2.1 *in fine* de l’EAA: “En el ámbito de sus competencias exclusivas el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio”.

17. Article 80.2 de l’EAAR: “En las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Derecho propio de Aragón será aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto”.

18. Article 45 EAV: “En matèria de competència exclusiva, el Dret Valencià és aplicable en el territori de la Comunitat Valenciana, amb preferència sobre qualsevol altre. En defecte del Dret propi, serà d’aplicació el Dret Estatal”.

ries,¹⁹ Galícia)²⁰ o reformats però sense afectar a aquest aspecte, com succeeix amb la llei de millora del fur de Navarra, l'article 40.3 de la qual no va ser modificat per la LO 7/2010, de 27 d'octubre, i es manté en la seva redacció anterior").²¹ No obstant això, cal recordar que la dicció de l'article 110.2 de l'Estatut català, a diferència del que succeeix amb d'altres reformats (com l'andalús) no fa esment a l'aplicabilitat supletòria del dret estatal, cosa que sembla coherent amb una part de la jurisprudència constitucional sobre els límits a la aplicació del dret estatal com a supletori en l'àmbit de les competències autonòmiques exclusives.²² En qualsevol cas, el segon paràgraf de l'article 110 EAC no troba cap objecció de constitucionalitat en el pronunciament contingut a la STC 31/2010, de 28 de juny (Fonament Jurídic 59) tot i que el Tribunal Constitucional recorda que el precepte no contradiu l'article 149.3 CE –en el qual es preveuen les clàusules de prevalença i supletorietat– de manera que un canvi de la jurisprudència constitucional sobre l'aplicació del dret estatal com a supletori en l'àmbit de les competències exclusives podria afectar a la comprensió de l'article 110.2 EAC encara que no hi hagués cap esment explícit a l'aplicabilitat supletòria del dret estatal en el precepte en qüestió.

L'enumeració de les potestats que integren la competència exclusiva és menys detallada en el cas del nou Estatut andalús que del català, en concret, la primera part de l'article 42.2.1 Estatut d'Andalusia estableix que:

“La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto: 1. Competencias exclusivas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución”.

19. Article 43 Estatut d'Autonomia de les Illes Canàries: “El derecho propio de Canarias en materia de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro. En su defecto, será de aplicación supletoria el derecho del Estado”.

20. Article 38.1 Estatut de Galícia: “En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el presente Estatuto”.

21. Article 40.3 LORAFNA: “El derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro”.

22. Vegeu, per totes, STC 61/1997, de 20 de març.

En la definició del concepte d'exclusivitat, l'Estatut andalús coincideix doncs, amb el català, en l'enumeració de les potestats i de les funcions (legislativa, reglamentària i funció executiva) i també manté una certa identificació entre "exclusivitat" i plenitud sobre les facultats atribuïdes, cosa que s'infereix de l'ús de l'adverbi "íntegrament" (en el cas català es fa servir l'expressió "de manera íntegra"). En canvi, es produeix una notable diferència amb l'esment que l'Estatut andalús formula en relació a la incidència de les competències estatals (una previsió inexistent, en relació a les competències exclusives, en el cas català però que, a través de la interpretació conforme de l'article 110 EAC realitzada per la jurisdicció constitucional a la STC 31/2010 s'hi entén incorporada). Quan l'article 42.2.1 de l'Estatut d'Andalusia es refereix a "sin perjuicio de las competencias exclusivas atribuidas al Estado en la Constitución" sembla incorporar una part de la interpretació de la jurisdicció constitucional per la qual el caràcter d'"exclusivitat" no pot significar la competència total sobre una matèria de manera que es desapoderi completament l'Estat d'incidència en aquell àmbit si ostenta algun títol competencial per fer-ho.²³

Val a dir que, en seu de competències exclusives, el nou Estatut andalús tampoc no incorpora l'esment a que, a través de les potestats i funcions qualificades d'exclusives, els òrgans de govern de la Comunitat Autònoma poden "establir polítiques pròpies". Això sí que és recollit, en canvi, per l'article 110.1 *in fine* de l'Estatut català reformat, per l'article 71 de l'Estatut d'Aragó i també, encara que no hi hagi una enumeració de les potestats que configuren el caràcter exclusiu d'una competència, per l'Estatut reformat de la Comunitat Autònoma d'Extremadura referit a tot tipus de competència. Així, a l'article 8.3 de l'Estatut d'Autonomia d'Extremadura reformat per la LO 1/2011, de 28 de gener, en un precepte dedicat a disposicions generals del sistema de distribució de competències, s'estableix que: "En el ejercicio de sus competencias la Comunidad Autónoma podrá establecer políticas propias".

El criteri de la "possibilitat d'establir polítiques pròpies" podria d'una banda, certificar que la definició d'exclusivitat no desapodera l'Estat del tot en aquell àmbit, ja que s'està reconeixent implícitament que l'activitat normativa de l'Estat almenys haurà de respectar el crite-

ri "d'establir polítiques pròpies". D'altra banda, i en aquest darrer sentit, la fixació d'un àmbit d'activitat normativa autonòmica diferenciada en funció de l'orientació política de la majoria governant a la Comunitat Autònoma podria haver estat susceptible d'esdevenir un criteri d'enjudiciament per a la jurisdicció constitucional, cosa del tot desconeguda per la STC 31/2010 i per l'esmentada degradació de la idea de bloc de la constitucionalitat i del paper rebaixat de les normes estatutàries en aquest teixit normatiu. Curiosament, l'Estatut andalús que, com diem, no recull l'esment a la capacitat de la Comunitat Autònoma d'exercir "polítiques pròpies" en seu de competència exclusiva sí que ho fa en seu de competència compartida ("En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias", article 42.2.2 Estatut d'Autonomia d'Andalusia). Es tracta doncs d'un paràmetre d'enjudiciament de l'exercici competencial que tant l'Estatut català com l'andalús semblaven voler fixar en àmbit de competència exclusiva (el català), en àmbit de competència compartida (l'andalús) o referit a tot tipus de competència (l'extremeny) que, sota l'actual interpretació del Tribunal Constitucional, sembla haver perdut efectivitat.

Cal assenyalar que l'Estatut d'Aragó s'arreglera amb els ja comentats de Catalunya i Andalusia i ofereix una enumeració més detallada de les potestats que integren la competència exclusiva. No obstant això, es troba més a prop de la redacció prevista en el text andalús que del cas català, ja que també incorpora un esment a les competències estatals a fi de precisar, en la línia de la jurisprudència constitucional, que l'"exclusivitat" no significa un blindatge a l'activitat normativa estatal en aquell àmbit.

En concret, l'article 71 del nou Estatut d'Aragó, abans d'enumerar la llista de competències sobre les quals la Comunitat Autònoma ostenta la competència exclusiva, estableix que:

"En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución".

En essència, doncs, l'Estatut d'Aragó també descriu les competències exclusives, com ho fan l'Estatut català i l'andalús, amb la tríada composta per la potestat legislativa, la potestat reglamentària i

la funció executiva i recull (a diferència del que succeeix amb l'Estatut andalús en seu de competència exclusiva) l'esment a l'establiment de "polítiques pròpies". Com diem la referència als preceptes constitucionals es pot entendre com el reconeixement de la facultat d'incidència de l'activitat normativa de l'Estat àdhuc en un espai considerat "exclusiu" de la Comunitat autònoma si l'Estat ostenta algun tipus de títol competencial d'acord amb l'article 149.1 CE o si s'afecta a l'autonomia local (per això l'esment a l'article 140 de la Constitució).

La resta d'Estatuts reformats (Balears, València, Castella i Lleó, Extremadura)²⁴ mantenen, en part, l'estructura anterior pel que fa al sistema de distribució de competències: enumeració de les competències assumides per la Comunitat Autònoma que es divideixen en "competències exclusives", "competències de desenvolupament legislatiu i execució" i "competències executives". De fet, el cas de Balears, desapareix l'associació entre competència exclusiva i "potestat legislativa", "funció executiva" i "potestat reglamentària i la inspecció" que es trobava present en l'article 48 de l'anterior Estatut (i que compartia amb d'altres Estatuts derogats, com el català de 1979, o no reformats, com l'Estatut canari).²⁵ En enumerar el llistat de competències exclusives a l'article 30 de l'Estatut de les Illes Balears de 2007 també esmenta (com ho feia l'aragonès) que la Comunitat Autònoma té competència exclusiva el les següents matèries "sens perjudici d'allò disposat a l'article 149.1 de la Constitució". En el cas balear, el reconeixement de la incidència de l'Estat en els àmbits normatius exclusius també es pot derivar del reformat article 37 de l'Estatut de 2007 quan estableix que "L'exercici de les competències de la Comunitat Autònoma es realitzarà d'acord amb els termes que disposa la Constitució". De fet, l'únic element de l'Estatut balear que presenta un cert aspecte de concreció de l'abast competencial (i, per tant, en certa tensió amb la jurisprudència constitucional derivada de la STC 31/2010, sobre l'estatut català) es troba a l'article 38: "En l'àmbit de les competències que en aquest Estatut se li atribueixen, corresponen a les Illes Balears, a més de les facultats expressament incloses, totes aquelles que siguin inherents al seu ple exercici" un redactat similar al que contempla el nou Estatut valencià (article 46): "La Generalitat assumeix, a més de les facultats i competències compreses en el present Estatut, les que es troben implícitament compreses en aquelles".

24. Sobre el cas de Navarra vegeu nota 4.

25. Articles 30 i 40.2 de l'Estatut de les Illes Canàries.

L'estructura de l'Estatut Balear és la que es manté també als nous Estatuts valencià i de Castella i Lleó. Aquest darrer, dedica una única disposició general (article 69 de l'Estatut de Castella i Lleó) per establir que: "La Comunidad de Castilla y León, en el marco de los dispuesto en la Constitución y las correspondientes leyes del estado, asume las competencias que se establecen en los artículos siguientes".

L'article 8.1 de l'Estatut d'Extremadura en la seva reforma de 2011 també inclou una disposició projectada sobre tot tipus de competència que, en la seva al·lusió a l'àmbit competencial de l'Estat, manté una certa similitud amb el citat precepte de l'Estatut de Castella i Lleó, i amb el qual sembla que el legislador estatutari persegueixi (sense descripció específica de potestats) mantenir la consonància amb la jurisprudència constitucional. Així l'article 8.1 de l'Estatut d'Extremadura estableix que: "La Comunidad Autónoma de Extremadura asume competencias sobre las materias que se identifican en los siguientes artículos. Dichas competencias comprenderán las funciones que en cada caso procedan, sin perjuicio de las que puedan corresponder al Estado en virtud de los títulos competenciales previstos en la Constitución". No obstant això, l'article 9.2 del mateix Estatut d'Extremadura de 2011, també incorpora l'esment a algunes potestats associades a la competència exclusiva amb una mica més de precisió que les al·lusions incloses en els Estatuts de València, Balears o Castella i Lleó. Així l'article 9.2 EAEX estableix que: "En estas materias, corresponde a la Comunidad Autónoma la función legislativa, la potestad reglamentaria y, en el ejercicio de la función ejecutiva, la adopción de cuantas medidas, decisiones y actos procedan".

A més dels llistats en funció dels tipus de competència, els Estatuts Valencià, Balear i de Castella i Lleó dediquen la redacció d'articles específics a alguna competència concreta respecte la qual es precisen les potestats i les funcions. Això es troba present, per exemple, en esmentar les competències en matèria de seguretat pública i de cossos de policia,²⁶ en ensenyament²⁷ o en sanitat.²⁸ En el cas extremeny, la nova redacció estatutària inclou un article, el 13, que precisa algunes facultats associades a les competències assumides. Així s'esdevé, d'acord

26. Article 55 EAV, article 33 EAIB i article 72 EACyL.

27. Article 53 EAV, article 36 EAIB i article 73 EACyL.

28. Article 54 EAV i article 74 EACyL.

amb el citat precepte, amb aquelles facultats vinculades a la gestió demanial i a la declaració d'utilitat pública o d'interès social a efectes expropiatoris, així com a la determinació dels supòsits, causes i condicions de l'exercici de l'esmentada potestat expropiatòria,²⁹ amb l'exercici de les activitats de policia, de servei públic i de foment³⁰ i amb la participació dels òrgans de la Comunitat Autònoma en l'exercici de competències estatals que afectin als recursos naturals i a les riqueses regionals de l'esmentat territori.³¹

Com a comentari general sobre els elements de descripció de les potestats i funcions que integren la tipologia de les competències exclusives en les diverses reformes estatutàries es pot concloure que els Estatuts de Catalunya, Andalusia, Aragó, i, en alguns aspectes, d'Extremadura havien recollit elements de definició funcional en la seva redacció tot i que, com a conseqüència de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre l'Estatut català, cal entendre que aquests intents de definició no vinculen als òrgans estatals en la delimitació de la seva activitat normativa i, encara menys, suposen una prohibició d'intervenció normativa de l'Estat en àmbits declarats exclusius pels Estatuts autonòmics. Aquesta darrera precisió ja es podia inferir del redactat de l'article 110.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, ajustat a la interpretació conforme dictada per la STC 31/2010, i es plantejava de forma encara més explícita en la dicció dels corresponents articles dels Estatuts d'Andalusia i d'Aragó en afegir un redactat com "sin perjuicio de las competencias exclusivas atribuidas al Estado en la Constitución" de l'article 42.2.1 de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia o com "respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución" de l'article 71 de l'Estatut d'Aragó. Sigui com sigui, després de la STC 31/2010, la capacitat de delimitació de l'activitat normativa estatal sobre la definició dels àmbits d'exclusivitat continguts en un Estatut d'Autonomia ha quedat pràcticament eliminada, cosa que, com hem vist, comporta l'afebliment de les normes estatutàries en la seva posició en el sistema de fonts i en el major protagonisme de l'Estat a l'hora de determinar amb caràcter previ el seu àmbit de competències sense trobar cap fre en la redacció dels preceptes estatutaris. Aquesta circumstància, després de la STC 31/2010, encara s'expressa

29. Article 13.1 EAEX.

30. Article 13.2 EAEX.

31. Article 13.3 EAEX.

amb més intensitat a l'Estatut català, paradigma de la tendència d'interposar els preceptes estatutaris tant en la definició general de funcions i potestats com en la descripció de submatèries concretes com a element de contenció de la normativa estatal i com a teixit normatiu integrat en el bloc de la constitucionalitat. L'escassa repercussió d'aquesta operació estatutària després de la interpretació conforme sobre els àmbits de competència exclusius dictada pel Tribunal Constitucional també es manifesta amb tècniques complementàries a la definició general de cada tipus competencial com en la qüestió de les clàusules "en tot cas" que vinculaven el concepte d'exclusivitat de l'article 110.1 EAC a determinats llistats de submatèries de cada àmbit competencial particular. Les clàusules "en tot cas", que no es troben presents de manera sistemàtica en cap altre dels Estatuts reformats, no impedeixen que les normes estatals acabin penetrant en tota matèria en la qual es pugui trobar alguna connexió amb la incidència d'algun títol competencial estatal. Així ho confirmarem en l'estudi de la interacció de la normativa estatal en els àmbits suposadament exclusius atribuïts a la Generalitat de Catalunya en la matèria concreta de "col·legis professionals" i així ho va declarar, en general, el propi Tribunal Constitucional quan a la reiterada STC 31/2010, en relació al lligam entre el concepte d'exclusivitat de l'article 110.1 EAC i les clàusules "en tot cas" va afirmar que:

"... el precepto examinado no merece la censura de inconstitucionalidad pretendida por los recurrentes. Ello sin perjuicio de que al enjuiciar los artículos atributivos de concretas competencias hayamos de verificar si efectivamente se respeta en cada caso el ámbito de las competencias exclusivas reservadas al Estado, sea sobre la integridad de una materia, sea respecto de las potestades que le corresponden en sectores de una materia en la que también inciden competencias autonómicas y sin que para la proyección de las competencias estatales sobre la materia pueda ser obstáculo el empleo de la expresión "en todo caso" por los preceptos estatutarios" (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 59).

En definitiva, que la definició general de competències i la seva projecció sobre les submatèries concretes a través de l'expressió "en tot cas" continguda en l'Estatut català no tenen gairebé cap eficàcia com a element delimitador de l'activitat normativa de l'Estat el qual acabarà determinant amb caràcter previ el seu àmbit de competències,

una delimitació només revisable pel Tribunal Constitucional sempre que la normativa sigui impugnada. La interpretació conforme practicada a la STC 31/2010 sobre l'article 110.1 EAC podria deixar la descripció general dels àmbits competencials consignada en d'altres Estatuts en la mateixa posició d'ineficàcia per aplicació dels articles 38.1 LOTC quan estableix que les sentències recaigudes en els procediments d'inconstitucionalitat "vincularan a tots els poders públics", això deixant de banda que la redacció dels preceptes estatutaris esmentats d'Aragó, Andalusia o Extremadura ja admet un ampli marge d'incidència de les normes estatals fins i tot en àmbits declarats exclusius.

3.2. Competències compartides

La decisió sobre les competències compartides continguda a la STC 31/2010, de 28 de juny, en relació a l'article 111 EAC encara és més contundent en la mesura que inclou una declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat davant l'intent de la norma estatutària de condicionar el concepte de bases estatals. S'admet, com succeïa en seu de competència exclusiva, que el precepte pugui contenir una enumeració de la potestat legislativa, reglamentària i executiva que correspon a les matèries que l'Estatut atribueix de forma compartida a la Comunitat Autònoma i a l'Estat sempre que s'entengui que l'abast d'aquestes funcions només serà definit per la Constitució a través de la interpretació de la jurisdicció constitucional. Decau, en canvi, la possibilitat que la norma estatutària pugui establir una regla de definició de les bases estatals, ni tan sols en el cas que aquesta regla es limiti a recollir la jurisprudència del mateix Tribunal Constitucional. Així, l'esment contingut a l'article 111 EAC, pel qual les bases estatals s'entenen "com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que determini la Constitució i el present Estatut" és eliminat de l'ordenament jurídic. El Tribunal considera que:

"Si las bases son "principios" o "normación mínima" no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta. Ello es así, ante todo, por razones de concepto. Pero además, por razones de orden estructural y práctico. De un lado, porque el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma, pues

en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. De otro, porque, siendo mudable las bases (...) también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo, de manera que la rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes a la legislación" (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 60)

Tant era doncs, que l'incís declarat inconstitucional tingués en compte les excepcions "en el supòsits que determini la Constitució" i que hagués inclòs totes les consideracions previstes pel Tribunal Constitucional en la seva jurisprudència i a la mateixa STC 31/2010, a saber, la possibilitat de predicar el caràcter bàsic de normes reglamentàries i d'actes d'execució de l'Estat així com el divers abast de les bases en funció del subsector material al qual es refereixin; la resposta de la jurisdicció constitucional ha estat taxativa en el rebuig al precepte. L'intent de limitar el caràcter expansiu del concepte material de bases a través de normes estatutàries, que es podria entendre inherent als objectius de la reforma estatutària catalana, ha estat, doncs, fracassat. El Tribunal Constitucional ha assumit la concepció doctrinal per la qual la definició de l'abast de les bases és objecte de "reserva de Constitució" restringida al text constitucional i a la jurisprudència constitucional entesa com a part inescindible d'aquest text.³² Així, l'Estat no es troba condicionat per les modulacions que introdueixin els Estatuts ja que l'exercici de les seves competències deriva directament de la Constitució i de la interpretació que en faci la jurisdicció constitucional.

32. Així aquests arguments es troben, entre d'altres a L. Ortega Álvarez: "Legislación básica y Estatutos de Autonomía" a L. Ortega; J.J. Solozábal Echavarría i X. Arbós Marín: *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Madrid, CEPC, 2006, pp. 9-65. Sobre l'anàlisi d'aquesta polèmica vegeu M. Barceló Serramalera: "La delimitació del concepte de bases en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya" a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007, p. 65. Amb posterioritat a la STC 31/2010, de 28 de juny, vegeu els articles de M. Barceló Serramalera: "La doctrina de la STC 31/2010 sobre la definició estatutària de les categories competencials", a *Revista Catalana de Dret Públic Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret; L.Ortega: "La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña", *op.cit.*, pp.267-285 i de T. de la Quadra-Salcedo Janini: "El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña" a *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pp.287-334.

L'article 149.1 CE no té un contingut variable que el faci dependre del contingut de cada Estatut.

L'article 111 EAC, després del judici de constitucionalitat, es troba redactat de la següent manera:

“En les matèries que l'estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, corresponen a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva en el marc de les bases que fixi l'Estat. En exercici d'aquestes competències, la Generalitat pot establir polítiques pròpies. El Parlament ha de desplegar i concretar per mitjà d'una llei les dites disposicions bàsiques”.

Cal tenir present que, si tenim en compte la propensió a que l'Estat fixi per via reglamentària les bases d'una matèria ni que sigui, com afirma la jurisdicció constitucional, amb caràcter excepcional, l'article 111 EAC accentua una limitació en l'autogovern en la mesura que estableix el concepte formal de lleis de desenvolupament. El resultat final, doncs, és que en moltes matèries l'Estat podria dictar les bases per via infralegal i la Generalitat trobar-se obligada per via estatutària a desenvolupar aquestes bases per llei sense que regís el principi de jerarquia normativa. Es manté també la idea que la relació bases-desenvolupament ha de permetre a la Generalitat un àmbit per realitzar polítiques pròpies però, a tenor de la STC 31/2010, sembla que aquesta declaració és irrellevant a efectes de limitar la potestat legislativa estatal.

Per la seva banda l'article 42.2.2 de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia enumera les potestats incorporades a la competència autònoma (potestat legislativa, potestat reglamentària i funció executiva) però no afegeix un concepte material relacionat amb la legislació bàsica de l'Estat, com s'esdevenia amb la noció de “mínim comú normatiu” que sí incorporava l'Estatut català (una referència que es trobava en les primeres propostes andaluses de reforma estatutària).³³ Això sembla, doncs, determinar la constitucionalitat del precepte segons la doctrina emanada de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre

33. Així ho esmenta L. Ortega Álvarez: “Competencias compartidas. Bases-desarrollo” a F. Balaguer Callejón (director): *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, op. cit., p.48.

l'article 111 EAC. L'únic conflicte potser es podria produir quan el precepte andalús preveu que la competència autonòmica es desenvoluparà en el marc de les bases que fixi l'Estat "amb normes amb rang de llei", i també sembla al·ludir a la jurisprudència constitucional en l'excepció a aquest concepte formal de bases amb una fórmula semblant a com l'Estatut català es referia en general a la interpretació del concepte de legislació bàsica perfilat des del Tribunal Constitucional i a la seva incidència en el sistema de distribució de competències ("excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución").

En concret, l'article 42.2.2 de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia estableix que:

"La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto: (...) Competencias compartidas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias".

Recordem que el final d'aquesta redacció de l'Estatut andalús recupera la noció de reconèixer a la Comunitat Autònoma un marc competencial en el que "pugui establir polítiques pròpies", una idea que es troba absent en la definició general de competències exclusives del mateix Estatut .

L'Estatut d'Aragó per la seva banda, es decanta per mantenir l'estructura dels estatuts anteriors a la reforma en el sentit d'incloure en el mateix article en què s'enuncia la tipologia competencial el llistat de les matèries específiques sobre les quals aquell tipus de competència es projecta. Però també ofereix una enumeració de potestats. Es tracta d'elements que són gairebé idèntics als ja comentats pel que fa al cas andalús: inclusió del concepte formal de legislació bàsica estatal (la legislació bàsica ha de trobar-se en normes amb rang de llei), previsió de les corresponents excepcions constitucionals (això, és de les excepcions al concepte formal de bases inferides per la jurisprudència constitucional) i l'esment a que la competència de desenvolupament autonòmica ha de permetre l'establiment de polítiques

pròpies. Així, el primer paràgraf de l'article 75 de l'Estatut d'Aragó precisa que:

“En el ámbito de las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determine de acuerdo con la Constitución, desarrollando políticas propias”.

Finalment, com ha estat remarcat, ni l'Estatut valencià, ni l'Estatut de Balears, ni l'Estatut de Castella i Lleó, ni l'Estatut extremeny s'allunyen de l'esquema anterior a la reforma pel qual es redactava un article que es limitava a enumerar el llistat de competències compartides. Això sí, fixant què s'entén per competència compartida el desenvolupament legislatiu i l'execució, però sense incorporar elements de relació amb la legislació bàsica de l'Estat.³⁴ L'article 10.2 de la reforma de l'Estatut d'Extremadura de 2011 contempla alguns aspectes descriptius més precisos sobre les potestats que contempla la competència compartida en assenyalar que: “... corresponde a la Comunidad Autónoma, ejecutar y, en su caso, complementar la normativa del Estado mediante la legislación propia de desarrollo, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva”. En el cas de Navarra, cal recordar que la reforma de la LORAFNA de 2010 no ha afectat aquest punt per bé que en la redacció anterior es precisa que, de les matèries a les quals es refereix l'article 57 del mateix text (el llistat de competències compartides) a la Comunitat Foral li corresponen les potestats de desenvolupament legislatiu, reglamentària, d'administració (inclosa la inspecció) i revisora en la via administrativa.³⁵

34. Article 50 EAV: “En el marc de la legislació bàsica de l'Estat i, en el seu cas, en els termes que aquesta estableixi, correspon a la Generalitat el desenvolupament legislatiu i l'execució de les següents matèries: (...)”; article 31 EAIB: “En el marc de la legislació bàsica de l'Estat, correspon a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears el desenvolupament legislatiu i l'execució de les següents matèries: (...)”; article 71 EACyL: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: (...)”. Article 10 EAEX: “La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencias de desarrollo normativo y de ejecución en las siguientes materias: (...)”

35. Article 41.1 LORAFNA.

La declaració d'inconstitucionalitat sobre el concepte formal-material de bases estatal que s'incorporava a l'article 111 EAC a la STC 31/2010, fins i tot tenint en compte que coincidia amb el concepte desenvolupat per la jurisprudència constitucional, enterra l'eficàcia jurídica de limitar les bases estatals mitjançant una definició general present en un Estatut. Les regles estatutàries incorporades als Estatuts d'Andalusia i Aragó també podrien patir del suposat vici d'inconstitucionalitat remarcat pel Tribunal Constitucional en relació al precepte de l'Estatut català. L'esment al concepte formal de bases que assenyalen els Estatuts al·ludits, i encara que provin d'eludir l'objecció d'inconstitucionalitat aixoplugant-se en l'excepció al concepte formal de bases estatals "en els casos previstos per la Constitució", no supera els problemes d'inconstitucionalitat que el mateix Tribunal Constitucional fa extensius al supòsit que el concepte de legislació bàsica contingut en un Estatut no s'oposi al concepte desenvolupat per la pròpia jurisprudència constitucional. El Tribunal veta, justament, que aquesta definició sigui inclosa en un Estatut. En qualsevol cas, els elements de definició del concepte de legislació bàsica que apareguin en una norma estatutària no tenen cap capacitat de limitació *a priori* de l'activitat normativa de l'Estat i caldrà identificar cas per cas, en el supòsit de plantejament d'un litigi competencial davant del Tribunal Constitucional, si les institucions estatals han estat o no respectuoses amb el concepte de legislació bàsica que només el Tribunal Constitucional pot interpretar del text constitucional i aplicar-lo al conflicte competencial concret.

3.3. Competències executives

La comprensió d'allò que s'entén per funció executiva i les facultats concretes que es reconeixen a les Comunitats Autònomes en aquest àmbit té profundes repercussions en la delimitació de les dues anteriors categories competencials.

El concepte de competència exclusiva i el risc que aquesta exclusivitat es desdibuixi, com ha assenyalat l'experiència del desplegament de l'Estat autonòmic en les darreres dècades, depèn en bona mesura de la idea que s'associï a la funció executiva i a la potestat reglamentària, així com al reconeixement (o no) d'intervenció de l'Estat en aquests espais d'actuació pública.

El mateix es pot afirmar, i encara amb més intensitat, respecte les competències compartides, ja que la reducció de la capacitat de desplegar polítiques pròpies per part de les autonomies en gran mesura ha estat conseqüència d'una interpretació àmplia de les facultats executives de l'Estat i, en particular, d'entendre que el reconeixement d'un àmbit de legislació bàsica a l'Estat (o el reconeixement de la potestat legislativa a l'Estat en tota la seva integritat) també podia implicar la potestat de dictar reglaments d'aquesta legislació estatal³⁶ i, de l'altra, d'estrènyer les competències executives i la capacitat normativa de les Comunitats Autònomes (especialment en el supòsit en què a l'Estat se li reconeixia íntegrament la potestat legislativa) només a aspectes d'autoorganització.³⁷

La reforma estatutària, amb aquests antecedents, havia estat aprofitada per alguns Estatuts per enumerar les facultats associades a l'executivitat. No obstant això, com posa de manifest el Tribunal Constitucional a la STC 31/2010, de 28 de juny, en relació a l'article 112 EAC, el gest estatutari no significa cap canvi en relació a la situació anterior i, en particular, la constitucionalitat del precepte només es pot entendre en el supòsit que quan es fa al·lusió a la "normativa de l'Estat" inclogui, a més de les disposicions legislatives, les normes estatals adoptades en exercici de la potestat reglamentària.

No es consuma, en definitiva, cap limitació a l'activitat normativa de l'Estat en àmbit executiu. Per contra, persisteix la negativa de la jurisdicció constitucional a reconèixer a favor de les Comunitats Autònomes un àmbit d'exercici de la potestat reglamentària amb caràcter general.³⁸ Així:

36. Així la STC 18/1982, de 5 de maig. En el fonament jurídic 5 d'aquesta sentència s'afirma que: "cuando la Constitución emplea el término "legislación laboral" y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios a la misma..."

37. Sobre la distribució de competències en l'àmbit de les competències executives tot analitzant aquesta problemàtica abans de les reformes estatutàries, vegeu, per tots, R. Jiménez Asensio: *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, IVAP/Civitas, Madrid, 1993 i X. Bernadí Gil: *El poder d'administrar a l'Estat Autonòmic*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007.

38. Sobre aquest aspecte del pronunciament de la jurisdicció constitucional vegeu X. Bernadí Gil: "La doctrina de la STC 31/2010 sobre las competencias ejecutivas (sostenella e no enmendalla)" a *Revista Catalana de Dret Públic Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret

“Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de la “normativa (legal y reglamentaria) del Estado, no sólo como función ejecutiva *stricto sensu*, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa, aun cuando es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal” (STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 61) .

L'article 112 EAC sobre l'enumeració de potestats vinculades a la competència executiva de la Generalitat doncs, es declara constitucional sempre que s'ajusti a la interpretació constitucionalment conforme proferida pel Tribunal Constitucional. Aquesta mateixa interpretació sembla que es projecta sobre les redaccions que presenten els corresponents articles dels Estatuts andalusí i aragonès.³⁹

Com hem dit, les precisions sobre les competències executives són més escasses en els Estatuts reformats de Balears, València i Castella i Lleó, malgrat que, en el cas de Balears i de Castella i Lleó, el reconeixement de matèries de competència executiva es produeix de manera que quedi clara la possibilitat de l'Estat de dictar normes reglamentàries en aquests àmbits. En particular, a l'article 32 de l'Estatut de Balears i a l'article 76 de l'Estatut de Castella Lleó s'esmenten les

39. Sobre les competències executives reconegudes a l'EAAr, vegeu l'article 77 d'aquesta norma que, en el seu paràgraf inicial i abans d'enumerar el llistat de matèries de competència executiva, estableix que: “En el ámbito de las competencias ejecutivas y en orden a la aplicación de la legislación estatal, la Comunidad Autónoma de Aragón podrá dictar reglamentos para la regulación de su propia competencia funcional y la organización de los servicios necesarios para ello, y en general podrá ejercer todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración pública.”

Article 42.2.3 EAA: “La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto (...): competencias ejecutivas, que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado”.

“normes reglamentàries que, en desenvolupament de la seva legislació, dicti l’Estat”.⁴⁰

Pel que fa a les competències executives reconegudes a L’Estatut valencià, tan sols recordar que es manté l’estructura d’esmentar un primer llistat de competències executives vinculades a les competències compartides (en les que, a més de l’execució a la Comunitat Autònoma li correspon el desenvolupament legislatiu, article 50 EAV) i un llistat de competències executives en el supòsit en què a l’Estat li correspon la integritat de la potestat legislativa (article 57 EAV). Amb tot, hi ha algunes competències reconegudes en articles específics, algunes de caràcter executiu, en què s’inclouen elements més concrets. Així, per exemple, succeeix a l’article 54 de l’Estatut valencià en relació a la sanitat quan estableix que correspon a la Generalitat “l’organització, administració i gestió de totes les institucions sanitàries públiques dins del territori de la Comunitat Valenciana”.

En el paràgraf segon de l’article 11 de l’Estatut d’Extremadura de 2011 s’incorporen alguns aspectes més precisos sobre les facultats associades a les competències executives i al llistat de matèries inclòs en el primer paràgraf de l’esmentat article. En concret l’article 11.2 EAEX estableix que: “En estas materias corresponden a la Comunidad Autónoma la potestad reglamentaria organizativa y la adopción de planes, programas, medidas, decisiones y actos”. Sembla que la referència a aquests elements, tot cenyint-se a la potestat reglamentària organitzativa i limitant una potestat reglamentària general, pren com a model la interpretació conforme realitzada pel Tribunal Constitucional sobre l’article 112 EAC a la STC 31/2010, de 28 de juny.

Sobre el cas navarrès només afegir que, com s’esdevé en la descripció de les potestats associades a les competències exclusives i a les competències compartides, també en seu de competències executives es manté la redacció de la LORAFNA anterior a la reforma de 2010 que, en el seu article 42, associa a aquest tipus de competències la potestat

40. Article 32 EAIB: “Correspon a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en els termes que estableixin les lleis i normes reglamentàries que, en desenvolupament de la seva legislació, dicti l’Estat, la funció executiva en les següents matèries: (...)”; Article 76 EACyL: “Corresponde a la Comunidad de Castilla y León, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en su desarrollo dicte el Estado la función ejecutiva en las siguientes materias: (...)”.

reglamentària per a l'organització dels seus serveis, la potestat d'administració (inclosa la inspecció) i la potestat revisora de la via administrativa. L'article 42.2 LORAFNA assumeix la potestat reglamentària general que ostenta l'Estat en execució de la seva legislació bàsica.

Tampoc dels elements de definició general de competències executives que incorporen la redacció dels Estatuts reformats es pot inferir una limitació de l'activitat normativa de l'Estat. En un altre sentit, el judici interpretatiu de la STC 31/2010 sobre l'article 112 EAC sembla confirmar la negativa de la jurisdicció constitucional de reconèixer a favor de les Comunitats Autònomes un àmbit d'exercici de la potestat reglamentària amb caràcter general, una interpretació conforme que es pot estendre a la resta d'articles estatutaris que incorporen aspectes més precisos de definició general en la categoria de competències executives.

4. Activitat de Foment

Els estatuts reformats de Catalunya, d'Andalusia i d'Aragó presenten, en seu de distribució de competències, un article específic dedicat l'activitat de foment que s'atribueix a la Comunitat Autònoma.⁴¹

Les previsions dels respectius articles estatutaris tenen una estructura gairebé idèntica. Així:

a) s'inclou una declaració per la qual es reconeix que l'exercici de l'activitat de foment correspon a la Comunitat Autònoma en les matèries de la seva competència (i que amb aquesta finalitat les Comunitats Autònomes poden atorgar subvencions amb càrrec a fons propis)

b) es reconeix la capacitat d'intervenció de la Comunitat Autònoma en l'exercici de l'activitat de foment en funció de si es tracta de matèries de competència exclusiva, compartida o executiva. En aquest sentit, si es tracta de matèries de competència exclusiva, es reconeix a la Comunitat Autònoma la facultat d'especificar els objectius als quals es destinen les subvencions estatals i comunitàries europees territorialitzables i les facultats de regulació d'atorgament i gestió

41. Article 114 EAC; Article 45 EAA i Article 79 EAAr.

de la subvenció, incloent-hi la tramitació i la concessió. Si es tracta de competències compartides, es reconeix a la Comunitat Autònoma la facultat de precisar els objectius als quals es destinen les subvencions estatals i comunitàries europees territorialitzables, i també la facultat de completar la regulació de les condicions d'atorgament i tota la gestió, incloent-hi la tramitació i la concessió. I, pel que fa a les competències executives, es reconeix a la Comunitat Autònoma la gestió de les subvencions estatals i comunitàries europees territorialitzables, incloent-hi la tramitació i la concessió.

c) Pel que fa a les subvencions estatals i comunitàries europees no territorialitzables, els Estatuts preveuen un mandat de participació de les Comunitats Autònomes en la gestió i la tramitació en els termes que fixi l'Estat.

Ni els Estatuts de València, de Balears i de Castella Lleó inclouen una previsió general sobre l'activitat de foment. Algunes facultats concretes que es poden associar a l'activitat de foment, però, es troben reconegudes en relació a matèries específiques i, en qualsevol cas, l'Estatut valencià i el balear inclouen clàusules de "competències inherents", per les quals s'entén que la Comunitat Autònoma ostenta aquelles facultats associades al reconeixement d'una competència específica, entre les quals es pot interpretar, d'acord amb la jurisprudència constitucional, que s'hi compta el poder de subvenció. Així, l'Estatut valencià reconeix en el seu article 46 que "La Generalitat assumeix, a més de les facultats i competències compreses en el present Estatut, les que es trobin implícitament compreses en aquelles" o bé, en el seu article 38, l'Estatut de les Illes Balears estableix que "en l'àmbit de les competències que a aquest Estatut se'ls atribueixen, corresponen a les Illes Balears, a més de les facultats expressament contemplades, totes aquelles que resultin inherents del seu ple exercici". L'Estatut de Castella i Lleó no inclou cap clàusula comparable per bé que, en referir-se a l'assumpció de noves competències deixa clar que "En cualquier caso, la Comunidad de Castilla y León podrá asumir las demás competencias, funciones y servicios que la legislación del Estado reserve o atribuya a las Comunidades Autónomas".⁴² L'Estatut d'Extremadura sí que inclou en el seu article 13.2 un esment específic a l'activitat de foment com una de les facultats inherents

associada a les competències assumides, així “En todas las materias de su competencia corresponde a la Comunidad Autónoma el ejercicio de las actividades (...) de fomento, pudiendo regular la concesión y otorgar y controlar subvenciones con cargo a fondos propios y, en su caso, a los provenientes de otras instancias públicas”.

En relació a les impugnacions sobre l'article 114 EAC resoltes per la STC 31/2010, de 28 de juny, el Tribunal Constitucional admet la plena constitucionalitat del precepte en la mesura que, en el mateix article estatutari, es preveu que la participació de la Generalitat en la gestió i tramitació de les subvencions que hagin estat caracteritzades com a no territorialitzables s'estableix en els termes “fixats per l'Estat” en plena llibertat tenint en compte que és l'únic ens competent per determinar els casos i els procediments pels quals la participació de la Comunitat Autònoma ha de realitzar-se.

5. Abast territorial i efectes de les competències

Com succeeix amb la qüestió de l'activitat de foment que acabem d'assenyalar els nous Estatuts de Catalunya, Andalusia i Aragó presenten una clàusula general d'abast territorial d'estructura gairebé idèntica, només amb la diferència formal que, mentre els Estatuts català i andalús dediquen un article específic a la regulació de l'abast territorial,⁴³ l'Estatut aragonès inclou l'al·lusió a aquest element en els paràgrafs segon i tercer d'un precepte dedicat a aspectes competencials generals.⁴⁴

Com diem, la fórmula sobre l'abast territorial en aquests tres Estatuts presenta la mateixa estructura.

a) Una declaració general per la qual l'àmbit material de les competències assumides per la Comunitat Autònoma està referit al territori de la Comunitat Autònoma. Sobre això, cal precisar que, en el cas de Catalunya (no així dels altres estatuts reformats), l'abast territorial en les competències s'ha de conjugar amb la delimitació prevista en el títol preliminar que substitueix la referència al territori

43. Article 115 EAC i article 43 de l'EAA.

44. Article 70 EAAr.

composat per les províncies pels "límits geogràfics i administratius" en el moment d'entrada en vigor de l'Estatut.⁴⁵ Aquesta circumstància ha portat alguns autors a sostenir que es reforça amb aquesta redacció de l'Estatut català un concepte de territori vinculat a l'exercici competencial que desborda la mera delimitació del territori terrestre per abastar d'altres espais geogràfics (espais marítims, aeris, subsòl...)⁴⁶

b) Es consigna la idea que el principi general (que l'àmbit material de les competències es troba referit al territori de la Comunitat Autònoma) presenta les excepcions que es trobin expressament previstes en d'altres preceptes dels mateixos Estatuts i en d'altres disposicions que estableixin l'eficàcia extraterritorial de les normes i actes de la Comunitat Autònoma. Així, d'una banda, les excepcions s'apleguen en aquells articles que preveuen l'exercici de competències a l'exterior i també les normes relatives a situacions subjectives o relacionades amb l'estatut personal que segueixen la persona quan es troba en un altre territori.⁴⁷

c) Es preveu que en els casos en què l'objecte de les competències de la Comunitat Autònoma tingui un abast territorial superior al del territori de la Comunitat Autònoma, aquest ens exerceixi les seves competències sobre la part de l'objecte situada en el seu territori, sens perjudici dels instruments de col·laboració que s'estableixin amb altres ens territorials o, subsidiàriament, de la coordinació per l'Estat de les comunitats autònomes afectades.

La impugnació sobre l'article 115 EAC és desestimada a la STC 31/2010, de 28 de juny, tot considerant que no es produeix cap afectació a les competències estatals quan es preveuen els instruments de col·laboració o de coordinació per l'Estat en cas d'abast supraautonòmic de l'objecte sobre el qual es projecte la competència autonòmica. Davant l'al·legació que plantejaven els recurrents d'una hipotètica fragmentació d'una competència estatal atribuïda a aquest ens pel seu caràcter supraautonòmic el Tribunal Constitucional replica que

45. Article 9 EAC.

46. Així R. Riu Fortuny: "La regulació de l'abast territorial i els efectes de les competències" a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007, pp. 84-88.

47. R. Riu Fortuny: *Ibidem.*, p.89.

l'Estatut només al·ludeix a competències autonòmiques i es refereix al supòsit de l'exercici de la competència sobre la part de l'objecte competencial situat en el seu territori sense cap afectació a la competència estatal. Així:

“El precepto recurrido, en definitiva, no se desenvuelve en el terreno de la atribución de competencias, sino en el de los límites territoriales del ejercicio de las competencias atribuidas a la Generalitat por su Estatuto de Autonomía. Y lo hace, además, con perfecto acomodo a los principios de nuestra doctrina más consolidada, pues es pacífico que el alcance supraterritorial del objeto de una competencia autonómica no supone, por sí solo, la desposesión de su titularidad en beneficio del Estado” (STC 31/2010, Fonament Jurídic 63).

La desestimació de les alegacions dels recurrents en relació als preceptes de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya referits a l'abast territorial no evita que les declaracions del Tribunal Constitucional a la STC 31/2010 relatives als preceptes dedicats a la tipologia competencial no tinguin repercussions en el moment de precisar els punts de connexió territorial d'algunes de les competències assumides. Això també té la seva translació en els pronunciaments de la STC 31/2010⁴⁸ sobre alguns àmbits de competències en particular com ara en caixes d'estalvi⁴⁹ o comunicacions audiovisuals.⁵⁰

Els Estatuts de Balears, València, Castella Lleó, Extremadura i Navarra no inclouen clàusules generals d'abast territorial en seu de distribució de competències més enllà de la referència que puguin fer-ne en les disposicions generals sobre l'eficàcia de les normes jurídiques de les Comunitats Autònomes⁵¹ i a l'al·lusió que incorporen,

48. Així ho detecta C. Viver Pi-Sunyer a C. Viver Pi-Sunyer: “El Tribunal Constitucional, ¿“Siempre, solo...e indiscutible”?”, *op. cit.*, p. 325.

49. STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 67.

50. “... toda vez que la atribución de cualquier competencia a la Generalitat por su Estatuto ha de tener como referencia el territorio de Cataluña (art. 115.1 EAC), sin que ello se oponga a que el Estado, titular de la competencia del artículo 149.1.27 CE, incluya en la normativa básica correspondiente los puntos de conexión que considere convenientes para evitar conflictos entre los distintos ordenamientos integrantes de nuestro ordenamiento jurídico”. STC 31/2010, de 28 de juny, Fonament Jurídic 89.

51. Així, per exemple, article 10 EAIB, 2.2 EAEX o 43 LORAFNA.

com també ho fan els Estatuts català, andalús i aragonès reformatos (i alguns altres Estatuts que no han experimentat reformes) a que en l'àmbit de les competències exclusives el dret de la Comunitat Autònoma és aplicable en el territori de la Comunitat Autònoma amb preferència sobre qualsevol altre.

6. L'exemple d'una matèria competencial concreta i l'estructura de distribució de competències: col·legis professionals

L'anàlisi d'una matèria competencial concreta (aquí proposem la matèria "col·legis professionals") revela que, al marge de l'estructura de distribució competencial assumida pels diversos Estatuts reformatos, les conseqüències en relació a la limitació de l'activitat normativa de l'Estat són gairebé inexistents d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional emanada de la STC 31/2010, en relació a l'establiment de funcions associades a un tipus competencial. Així també ho sembla corroborar el desenvolupament normatiu estatal en relació a una matèria concreta que no té en compte les diferències sobre la fórmula de distribució competencial consignada en cada Estatut.

L'article 125 EAC estableix que correspon a la Generalitat de Catalunya la competència exclusiva en matèria de col·legis professionals tot salvant allò que disposa l'apartat 2 del mateix article que reconeix aquells àmbits de competència compartida amb l'Estat i les previsions dels articles 36 i 139 de la Constitució.⁵²

El mateix article 125.1 EAC s'aixopluga sota la fórmula "en tot cas" per puntualitzar algunes submatèries que entren plenament en l'àmbit de la competència reconeguda en matèria de col·legis professionals com són: a) La regulació de l'organització interna, del funcionament i del règim econòmic, pressupostari i comptable, i també del

52. La reserva de llei sobre les peculiaritats pròpies del règim jurídic dels col·legis professionals i l'exercici de les professions titulades i l'obligació que els funcionament d'aquests col·legis sigui democràtic configurat com a dret i deure de la secció segona del Capítol II del Títol Primer de la Constitució dedicat als drets fonamentals, així com el principi d'igualtat de drets de tots els ciutadans espanyols en qualsevol part del territori de l'Estat i la prohibició d'adopció de mesures que obstaculitzin de forma directa o indirecta la llibertat de circulació i establiment de persones i la lliure circulació de béns en tot l'Estat.

règim de col·legiació i adscripció, dels drets i deures de llurs membres i del règim disciplinari b) La creació i atribució de funcions c) La tutela administrativa d) el sistema i el procediment electorals aplicables a l'elecció dels membres de les corporacions i e) la determinació de l'àmbit territorial i la possible agrupació dins de Catalunya.

Recordem que respecte aquestes submatèries seria d'aplicació l'article 110 EAC pel qual correspondria a la Generalitat de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, funcions mitjançant les quals podria establir polítiques pròpies, previsió que s'ha de complementar tenint en compte la ja apuntada interpretació conforme de la STC 31/2010 en aquest aspecte (Fonament Jurídic 59), cosa que confirma la possibilitat d'incidència de les competències estatals que coincideixin en el mateix objecte de la matèria competencial.

Per la seva banda, l'article 125.2 EAC recull els espais de competència compartida amb l'Estat en matèria de col·legis professionals que inclou la definició de les esmentades corporacions i els requisits per a crear-ne i per ser-ne membre, una dimensió material que cal conjugar amb l'article 111 EAC en aquella part no declarada inconstitucional i nul·la per la STC 31/2010.

El mateix article 125 en els seus diversos apartats va ser impugnat davant del Tribunal Constitucional en el recurs d'inconstitucionalitat presentat per diversos diputats del grup parlamentari del Partit Popular al Congrés tot al·legant que la redacció del precepte català desconeixia els títols competencials de l'Estat fonamentats en les bases del règim jurídic de les administracions públiques (149.1.18 CE) en aquest punt projectades sobre corporacions de dret públic com els col·legis professionals, tal com d'altra banda ja havia estat determinat a les SSTC 20/1988, de 18 de febrer (Fonament Jurídic 3) i 206/2001, de 22 d'octubre (Fonaments Jurídics 3 i 4). No obstant això, el Tribunal Constitucional desestima a la STC 31/2010, de 28 de juny (Fonament Jurídic 71) la impugnació en aquesta qüestió tot tenint present les consideracions realitzades per la pròpia jurisdicció constitucional en l'anàlisi sobre les competències exclusives de l'article 110 EAC i entendre que l'article 125.1 EAC no desplaça les competències de l'Estat en la matèria sobre col·legis professionals fonamentades en l'article 149.1.18 CE de manera que l'àmbit competencial reconegut a la Generalitat amb caràcter exclusiu (i malgrat la fórmula

“en tot cas”) no es troba desproveït d’un espai de concurrència amb la normativa estatal.⁵³

En definitiva, la confirmació de la constitucionalitat de l’article 125 EAC per part de la jurisdicció constitucional es fonamenta en la interpretació que les competències bàsiques estatals derivades de l’article 149.1.18 CE no es troben desvirtuades en el seu exercici per la redacció del precepte de l’Estatut català.⁵⁴

L’Estatut d’autonomia d’Andalusia reformat que, tal com hem vist, també conté elements de definició de potestats en els articles dedicats a una tipologia general de competències i un redactat detallat de les competències assumides, contempla les competències autonòmiques en matèria de col·legis professionals com a competència exclusiva en el seu article 79.3 b) malgrat que, a diferència del que s’esdevé en l’Estatut català, el redactat del precepte inclou explícitament una al·lusió a les competències bàsiques de l’Estat associades a l’article 149.1.18 CE⁵⁵ i no es recolza en un llistat de submatèries vinculades a la competència principal sota la fórmula “en tot cas”. Sembla, doncs, que ja a través del mateix Estatut, i a banda de la qualificació d’exclusivitat proclamada a l’article 79.3 EEA, la matèria “col·legis

53. “El reproche no puede prosperar en razón de las consideraciones generales realizadas en los fundamentos jurídicos 60 y 64 acerca de las competencias del Estado, de las potestades concretas que comprende la competencia autonómica y de las prescripciones que contiene el propio encabezamiento de la norma contenida en el apartado impugnado. Las atribuciones de competencias que efectúan las letras a) (“[l]a regulación de la organización interna, del funcionamiento y del régimen económico, presupuestario y contable, así como el régimen de colegiación y adscripción, de los derechos y deberes de sus miembros y del régimen disciplinario”) y b) (“[l]a creación y la atribución de funciones”) tienen un contenido, derivado de su propio tenor literal, que conlleva el sometimiento a la regulación básica estatal que disciplina la existencia misma de estas Corporaciones y los requisitos que han de satisfacer en el orden organizativo y financiero debiendo tenerse en cuenta, además, que el encabezamiento del propio art. 125.1 somete las competencias autonómicas al art. 36 CE, lo que ha de significar, necesariamente, a la ley estatal (STC 20/1988, FJ 3) de lo que se concluye que el art. 125.1 EAC no cierra el paso a las competencias legislativas estatales” (STC 31/2010, de 28 de juny, FJ.71)

54. Així S. Del Saz Cordero: “La modificación de la Ley estatal 2/1974, de colegios profesionales, como consecuencia de la trasposición de la directiva de servicios” a *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, pp. 203-204.

55. Article 79.3 EEA: “Corresponde a la Comunidad Autónoma en lo no afectado por el artículo 149.1.18 de la Constitución competencias exclusivas sobre: (...) b) Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas de acuerdo con el artículo 36 de la Constitución y con la legislación del Estado”.

professionals” és articulada sota una estructura de competència compartida (al capdavant, el resultat final en el qual també es troba la mateixa matèria competencial a Catalunya d’acord amb la interpretació realitzada per la jurisdicció constitucional a la STC 31/2010, a través de la interpretació conforme de l’article 110 EAC sobre les competències exclusives i els seus efectes sobre l’article 125 EAC).

L’Estatut d’Aragó reformat també inclou la matèria “col·legis professionals” en el llistat de les competències exclusives (encara que hi ha un certs elements de definició competencial general recordem que l’Estatut d’Aragó participa, tret d’alguna excepció, de la classificació de matèries d’acord amb els llistats de competències “exclusives”, “compartides” i “executives” i no de matèries concretes ordenades alfabèticament). No obstant això, i a diferència de l’Estatut andalús, no hi ha al·lusió explícita a les competències bàsiques estatals del 149.1.18 CE sinó, tal com es consignava també a l’Estatut català, només una remissió als articles 36 i 139 CE⁵⁶ així com un esment al respecte a “les normes generals sobre titulacions acadèmiques i professionals” s’entén que de l’Estat.

L’Estatut valencià reformat presenta una fórmula similar a l’Estatut aragonès en matèria de col·legis professionals, això és, emmarcament de la competència en el llistat de “competències exclusives” i al·lusió als preceptes 36 i 139 CE.⁵⁷ En canvi, els Estatuts de les Illes Balears i de Castella i Lleó directament assumeixen la competència en matèria de col·legis professionals com a competència compartida de desenvolupament normatiu i execució.⁵⁸

56. Article 71.30 EEAR: “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, respetando las normas generales sobre titulaciones académicas y profesionales y lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución”.

57. Article 55 EAV pel qual es modifica l’article 49.1.22 EAV: “La Generalitat té competència exclusiva sobre les següents matèries: (...) Col·legis professionals i exercici de professions titulades, sens perjudici d’allò que disposin els articles 36 i 139 de la Constitució Espanyola”.

58. Article 71.14 EACyL: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: (...) colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas”. Article 31.9 EAIB: “En el marc de la legislació bàsica de l’Estat correspon a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears el desenvolupament legislatiu i l’execució de les següents matèries: corporacions de dret públic, representatives d’interessos econòmics i professionals” Com es pot consta-

Pel que fa a l'Estatut d'Extremadura, la competència sobre col·legis professionals es troba reconeguda amb caràcter "exclusiu" i sense cap referència a preceptes constitucionals o a títols competencials estatals.⁵⁹ Tanmateix, però, cal tenir present que el llistat de competències exclusives reconegut a l'article 9.1 EAEX s'ha de posar en connexió amb les precisions de l'article 8.1 EAEX per les quals les competències assumides per l'Estatut abasten les funcions que procedeixin en cada cas, sens perjudici de les que poguessin correspondre a l'Estat en virtut dels títols competencials propis previstos a la Constitució.

Una regulació similar es troba a la LORAFNA en una previsió no modificada per la reforma de 2010 que inclou la matèria "col·legis professionals" en el llistat de competències exclusives per bé que la previsió es consigna amb una al·lusió a la "legislació general" conforme la qual s'ha d'exercir la competència assumida,⁶⁰ un esment que sembla incloure el respecte a la legislació bàsica estatal en les facultats reconegudes a través de l'article 149.1.18 CE.

En síntesi, tot i que en la majoria de reformes estatutàries la competència sobre "col·legis professionals" es reconeix com a exclusiva (amb algun cas, com el català, amb un llistat de submatèries detallat vinculat a l'exclusivitat sota la fórmula "en tot cas") aquest disseny no ha impedit la intervenció de la legislació bàsica estatal en la matèria (cosa confirmada per alguns desenvolupaments normatius com el derivat de la modificació de la Llei estatal 2/1974, de Col·legis Professionals, com a conseqüència de la transposició de l'anomenada directiva de serveis, Directiva 2006/123/CE)⁶¹ ni el caràcter de compe-

tar no hi ha una referència explícita a l'Estatut de les Illes Balears als col·legis professionals sinó que s'entén integrada la competència en la matèria de "corporacions de dret públic" representatives d'"interessos professionals".

59. Article 9.1.11 EAEX: "La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas".

60. Article 44.26 LORAFNA: "Navarra tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, conforme a la legislación general"

61. Per a les repercussions de les lleis 17/2009, de 23 de novembre, o llei paraigües, i la llei 25/2009, de 22 de desembre o llei òmnibus, en la reforma de la llei 2/1974, de col·legis professionals i en les competències en matèria de col·legis professionals assumides pels Estatuts reformats vegeu S. Del Saz Cordero: "La modificación de la Ley estatal 2/1974, de colegios profesionales, como consecuencia de la trasposición de la directiva de servicios",

tència compartida que, a la pràctica, presenta l'estructura de distribució de funcions en l'àmbit analitzat.

7. Conclusions

Malgrat els intents de condicionar l'abast de les competències estatals a través d'una definició general de competències inclosa en la redacció d'alguns Estatuts (principalment de l'Estatut català, de l'andalús i de l'aragonès) a la seva STC 31/2010, de 28 de juny, sobre l'Estatut de Catalunya, el Tribunal Constitucional deixa ben clar que la definició de l'abast material de les competències i la seva relació amb l'activitat normativa de l'Estat només correspon fer-la a la Constitució i al mateix Tribunal Constitucional a través de la interpretació dels preceptes de la norma suprema.

En aquest sentit, les precisions incloses en determinats articles dedicats amb caràcter general a les competències exclusives, compartides o executives només són constitucionals si s'entenen com a mera enumeració de les potestats funcionals que inclou cada tipus de competència sense que constitueixin cap límit a l'activitat normativa de l'Estat. No es produeix, doncs, cap canvi estructural en les relacions en el sistema de distribució competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes com a conseqüència de la reforma estatutària. Així, per exemple, el concepte d'exclusivitat atribuït a la Comunitat Autònoma no impedeix l'activitat normativa de l'Estat quan aquest es pugui emparar en algun títol competencial. En un altre sentit, de la decisió del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut català també es desprèn que no es pot condicionar el concepte de legislació bàsica estatal ni tan

op. cit., pp. 177-215, especialment pàgines 200-204. Així per exemple, cal tenir en compte que la Llei catalana 7/2006, d'exercici de professions titulades i col·legis professionals va haver de ser modificada pel Decret Legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per adaptar-la a la normativa estatal malgrat que aquesta normativa estatal pogués presentar problemes d'infracció del sistema de distribució de competències d'acord amb la reforma estatutària catalana de 2006 segons el que havia posat de manifest el Dictamen 4/2010, d'11 de març del Consell de Garanties Estatutàries sobre determinats aspectes de l'adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats i serveis i el seu exercici. En l'esmentat Dictamen 4/2010, d'11 de març, el Consell de Garanties Estatutàries percep, per exemple, una invasió de l'àmbit de competències assumides per la Generalitat en matèria de "col·legis professionals" per part de la Llei estatal 25/2009, de 22 de desembre, en excloure la Generalitat de cap mena de capacitat de decisió per determinar els requisits i les condicions d'exercici de les professions que no requereixin prèvia col·legiació per a ser exercides.

sols en el supòsit que la definició estatutària s'ajusti als criteris previstos per la mateixa jurisdicció constitucional (això darrer ha significat la declaració d'inconstitucionalitat i de nul·litat d'un incís de l'article 111 EAC). Pel que fa a la definició general de competències executives, l'enumeració de les potestats que, segons els Estatuts, s'entenen incloses en aquest tipus competencial no evita que l'Estat pugui continuar exercint la potestat reglamentària sobre un àmbit d'execució de la legislació (ni significa el reconeixement a favor de les Comunitats Autònomes d'una potestat reglamentària general).

Que les institucions de l'Estat es perfilin com les principals protagonistes a l'hora de determinar els àmbits de la seva activitat normativa no troba cap condicionant en una norma estatutària, ni tan sols en clàusules com les "en tot cas" incloses en l'Estatut català per les quals es pretenia associar la definició general d'exclusivitat a un llistat concret de submatèries. Els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny, en la interpretació conforme d'aspectes estructurals del sistema de distribució de competències inclosos en l'Estatut català vinculen "a tots els poders públics" i per tant afecten a la interpretació i aplicació d'aquells elements de definició que es puguin detectar en els preceptes d'altres Estatuts reformats, principalment de l'andalús i de l'aragonès, que també, cal remarcar, ja incloïen un redactat més ajustat a la idea del Tribunal Constitucional de no admetre que clàusules estatutàries de definició general de competències poguessin constituir algun límit o paràmetre d'enjudiciament de la normativa estatal.

Es podria afirmar que les reformes estatutàries en l'àmbit de la distribució de competències no han aportat, tenint en compte la interpretació de la jurisdicció constitucional, cap transformació substancial en relació a la situació anterior. Però, de fet, en la mesura que el Tribunal Constitucional, a través de la STC 31/2010, elimina un arc de possibles interpretacions que haurien pogut consolidar en paper de les normes estatutàries com a instruments de contenció de l'activitat normativa estatal, està abocant l'Estat Autonòmic a una fase d'estancament. Que en els aspectes estructurals de la distribució de competències els Estatuts puguin "descriure" les potestats d'una determinada categoria competencial sense "definir" el contingut d'aquestes funcions i la regulació estatutària estigui desproveïda d'una funció limitadora de l'activitat normativa de l'Estat equival a confinar el valor dels preceptes estatutaris al de meres normes programàtiques que poden quedar desplaçades per la intervenció de les institucions

estatals. Amb aquesta interpretació, que no necessàriament era la que es podia haver seguit de la jurisprudència constitucional existent, els òrgans estatals passen a concretar *a priori* l'àmbit competencial de la seva actuació normativa sense cap altre límit que el que pugui derivar-se d'una resolució de la jurisdicció constitucional en el cas que la normativa sigui impugnada.

El Tribunal Constitucional ha rebutjat que les normes de definició general de competències presents en els Estatuts puguin complir un paper de paràmetre de control (com el que es podria derivar de la seva condició de normes integrants del bloc de la constitucionalitat) de manera que només el judici de constitucionalitat formulat pel Tribunal Constitucional a través de la seva interpretació dels conceptes constitucionals establerts cas per cas s'erigeix com l'únic fre al desplegament normatiu dels òrgans estatals. La pràctica, com el que hem exposat a tenor de l'exemple de la matèria "col·legis professionals", demostra que les clàusules generals d'ordenació del sistema competencial del Estatuts han estat ineficaces d'acord amb la doctrina que la STC 31/2010 ha consolidat.

8. Bibliografia

ARROYO GIL, A., *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52a. Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn*, de 28 de agosto de 2006. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009.

BALAGUER CALLEJÓN, F., "Competencias exclusivas" a F. BALAGUER CALLEJÓN (director): *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*. Instituto Andaluz de Administración Pública/Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2007.

BARCELÓ SERRAMALERA, M., "La delimitació del concepte de bases en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya" a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007.

—, "La doctrina de la STC 31/2010 sobre la definició estatutària de les categories competencials", a *Revista Catalana de Dret Públic Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revisatdret

BERNADÍ GIL, X., *El poder d'administrar a l'Estat Autòmic*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007.

——, “La doctrina de la STC 31/2010 sobre las competencias ejecutivas (sostenella e no enmendalla)” a *Revista Catalana de Dret Públic Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret

CARRILLO, M., LÓPEZ BOFILL, H. i TORRES PÉREZ, A., *L'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*. Institut d'estudis Autònoms, Barcelona, 2006.

CARRILLO, M., “La doctrina del tribunal sobre la definició de les competències. Les competències exclusives, les compartides i les executives” a *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret

——, “Después de la sentencia, un Estatuto desactivado”, a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña” a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, setembre-desembre de 2010.

DEL SAZ CORDERO, S., “La modificación de la Ley estatal 2/1974, de colegios profesionales, como consecuencia de la trasposición de la directiva de servicios” a *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, pp. 203-204.

FERRERES COMELLA, V., “El impacto de la sentencia sobre otros Estatutos” a *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*. Setembre 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret

GAVARA DE CARA, J. C., “Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras Comunidades Autónomas” a *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, pp. 239-290.

HEITSCH, CH., “Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche “Föderalismusreform I”” a *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, IVAP/Civitas, Madrid, 1993.

LÓPEZ BOFILL, H., “Estatutos y competencias después de la STC 31/2010, de 28 de junio” a *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, maig-agost 2011.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Legislación básica y Estatutos de Autonomía” a L. ORTEGA; J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRIA i X.ARBÓS MARÍN: *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Madrid, CEPC, 2006.

——, “La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña” a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 90, setembre-desembre 2010.

RIU FORTUNY, R., “La regulació de l’abast territorial i els efectes de les competències” a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2007.

TORNOS MAS, J., “Balance de la distribución de competencias tras la reforma de los Estatutos de Autonomía” a *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007.

——, “La sentencia del Tribunal Constitucional 257/2007 y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7, 2008.

VIVER PI-SUNYER, C. “En defensa dels Estatuts d’autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional” a *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 1, 2005.

——, “Les competències de la Generalitat a l’Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d’interpretació i comparació amb altres Estatuts reformats” a *La distribució de competències en el nou Estatut*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2007.

——, “El Tribunal Constitucional, ¿“Siempre, solo...e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010” a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, gener-abril 2011.

WOLFGANG, G., “Abweichungsrechte (Art. 72 Abs.3 –neu-) und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG)” a R.HOLTSCHEINER i W.SCHÖN (editors): *Die Reform des Bundesstaates (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung des bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

Annex. Quadre comparatiu

Distribució de competències	EAV 06	EAC 06	EAIB 07	EAA 06	EAAr 07	EACyL 07	EAEX 11	LORAFNA 10
Competències exclusives	-	110(*)	-	42.2.1	71	-	9.2	40(**)
Competències compartides	-	111(*)	-	42.2.2	75	-	10.2	41(**)
Competències executives	-	112(*)	-	42.2.3	77	-	11.2	42(**)
Activitat de Foment	-	114	-	45	79	-	13.2	-
Abast territorial	45	9 115	10	43	70	-	2.2	43(**)
Clàusules de competències inherents	46	-	38	85	80	77	13.1	-

(*) Els articles 110 i 112 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 es troben subjectes a la interpretació constitucionalment conforme realitzada pel Tribunal Constitucional a la STC 31/2010, de 28 de juny (Fonaments Jurídics 59 i 61 respectivament). L'article 111 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya és declarat inconstitucional i nul per la mateixa STC 31/2010 de 28 de juny en el seu incís "com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que es determinin d'acord amb el present Estatut" (Fonament Jurídic 60).

(**) La redacció dels preceptes consignats és anterior a la reforma de la LORAFNA realitzada per la LO 7/2010, de 27 d'octubre.

RESUM

L'article compara la redacció dels estatuts d'autonomia reformats en allò que afecta a la definició general de competències i a les tècniques de distribució de competències. L'anàlisi dels diversos preceptes permet constatar que els estatuts de Catalunya, Andalusia i Aragó presenten fórmules dirigides a modular la definició funcional de competències que, en el cas català, han de ser interpretades segons la doctrina emanada de la STC 31/2010, de 28 de juny, doctrina que eventualment també té efectes en la comprensió dels estatuts d'Andalusia i Aragó. Els altres estatuts reformats (València, Illes Balears, Castella i Lleó, Extremadura i Navarra), sens perjudici d'algun element de definició sobre l'estructura competencial (més accentuats en el cas extremeño), no s'allunyen en aquest punt del sistema anterior a les reformes estatutàries, sigui perquè la reforma ha mantingut la lògica del model anterior, sigui, com en el cas de Navarra, perquè no s'ha modificat la redacció dels preceptes relatius a la distribució competencial. El treball es tanca amb una matèria competencial concreta d'anàlisi, els col·legis professionals, per concloure que la temptativa de modificar la tècnica general de distribució competencial en alguns estatuts com el català pràcticament no té incidència en relació amb l'activitat normativa de l'Estat i amb la capacitat de decisió d'una comunitat autònoma en un àmbit específic.

Paraules clau: Estatut d'autonomia; reforma estatutària; Constitució; Tribunal Constitucional; competència exclusiva; competència compartida; competència executiva; col·legis professionals.

RESUMEN

El artículo compara la redacción de los estatutos de autonomía reformados en lo que atañe a la definición general de competencias y a las técnicas de distribución de competencias. El análisis de los distintos preceptos permite constatar que los estatutos de Cataluña, Andalucía y Aragón presentan fórmulas dirigidas a modular la definición funcional de competencias que, en el caso catalán, deben ser interpretadas según la doctrina emanada de la STC 31/2010, de 28 de junio, doctrina que eventualmente también tiene efectos en la comprensión de los estatutos de Andalucía y Aragón. El resto de estatutos reformados (Valencia, Islas Baleares, Castilla y León, Extremadura y Navarra), sin perjuicio de algún elemento de definición sobre la estructura competencial (acentuados en el caso extremeño), no se alejan en este punto del sistema anterior a las reformas estatutarias, sea porque la reforma ha mantenido la lógica del modelo anterior, sea, como en el caso de Navarra, porque no se ha modificado la redacción de los preceptos relativos a la distribución competencial. El trabajo se cierra con el análisis de una materia

competencial concreta, los colegios profesionales, para concluir que la tentativa de modificar aspectos de técnica general de distribución de competencias en algunos estatutos como en el catalán prácticamente no tiene incidencia en relación con la actividad normativa del Estado y con la capacidad de decisión de una comunidad autónoma en un ámbito específico.

Palabras clave: Estatuto de autonomía; reforma estatutaria; Constitución; Tribunal Constitucional; competencia exclusiva; competencia compartida; competencia ejecutiva; colegios profesionales.

ABSTRACT

This article draws a comparison between the different provisions that deal with the allocation of powers system definition of the amended statutes of Autonomy. From the analysis of the different regulations we appreciate that the statutes of Catalonia, Andalusia and Aragon contain norms regarding the functional definition of competences. Nevertheless, in the case of the Catalan Statute, this provisions defining the allocation of powers system must be modulated according to the restricted adjudication of the decision 31/2010, ruled by the Constitutional Court, from June 28th. This decision would eventually have an impact on the adjudication of the statutes of Autonomy's provisions of Andalusia and Aragon. Other amended statutes (such as the passed in Valencia, Balearic Islands, Castilia-Leon, Extremadura and Navarra) do not change the previous competence framework through a general definition, be it because of the logic of the previous system was kept or, as happened in the case of Navarra, because the statute's rules were not amended in this point. The study also analyzes a specific field in the powers allocated between the State and the Autonomous Community (such as the regulations on professional associations). This allows to conclude that the more ambitious amendment of the statutes of Autonomy concerning the principles of the competences framework do not have almost any remarkable effect in the state's legislative powers and the scope of decisions adopted by the Autonomous Community powers.

Key words: Statute of Autonomy; statute amendment; Constitution; Constitutional Court; exclusive competences; shared competences; executive competence; professional associations.

RECENT DEVELOPMENTS IN COMMUNITY CASE-LAW CONCERNING THE STANDING OF EUROPEAN REGIONS BEFORE THE EUROPEAN COURTS

Bruno Martín Baumeister

Lecturer in Law, Universidad Pontificia Comillas ICAID-ICADE (Madrid)

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A region with legislative powers. – 3. Typology and petition of an action for annulment. – 4. Co-ordination procedures. – 5. Community case-law. 5.1. Article 230.2 TEC. 5.1.1. Assessment of the case-law. 5.2. Article 230.4 TEC. 5.2.1. Individual concern. 5.2.2. Direct concern. 5.2.3. Assessment of case-law. – 6. Claim for a privileged action for annulment for European regions. 6.1. Introduction. 6.2. Contributions to the “Convention on the future of Europe”. 6.3. New article 263.4 TFEU. – 7. Conclusions and *lege ferenda* proposals. 7.1. Conclusions. 7.2. Proposals *lege ferenda*. 7.2.1. Perspectives in Community case-law. 7.2.2. Perspectives in national law. 7.2.3. Perspectives in Community law. 7.2.3.1. Modification of Article 230.2 TEC (now 263.2 TFEU). 7.2.3.2. Modification of Article 230.3 TEC (now 263.3 TFEU). 7.2.3.3. Modification of Article 230.4 TEC (now 263.4 TFEU). 7.2.3.4. Modification of Article 40.1 of the Statute of the ECJ. – *Abstract-Resum-Resumen*.

1. Introduction

Problem. This paper addresses two questions: first, what remedies are available to a region with legislative powers to challenge a Community act, and second, what are the main legal ramifications of the political claim for the recognition of a privileged *locus standi* for such regions under Article 263.2 TFEU (ex 230.2 TEC).

The state of the matter. Eight Member States of the European Union have public territorial bodies with legislative and executive functions (Germany, Austria, Belgium, Italy, Spain, Finland, Portugal

and the United Kingdom). Another two Member States (The Netherlands and Denmark) have “Overseas Countries and Territories” whose competences can be compared, to a certain extent, with a region with legislative functions. Any public regional body which plans to challenge a Community act which allegedly infringes its competences, can avail itself of two remedies: (i) it can request the central state bodies of the relevant Member State to bring a “privileged” action for annulment based on Article 263.2 TFEU (ex 230.2 TEC) on such public regional body’s behalf; or (ii) it can bring a “non-privileged” action itself based on Article 263.4 TFEU (ex 230.4 TEC). The European courts have very often been called upon to decide on the admissibility of an action brought by central and/or regional bodies of a Member State in the frame of an alleged infringement of regional competences by a Community act.

Most Member States with regions with legislative powers have implemented internal co-ordination procedures setting forth the steps that need to be followed for an action to be brought before the European courts. Such co-ordination procedures enable the regional bodies to request, and sometimes even force, the central state bodies to bring a “privileged” action for annulment on their behalf pursuant to paragraph 2 of Article 263 TFEU (ex 230 TEC). Additionally, these procedures allow the regional bodies to avoid the burden of proving *locus standi* under paragraph 4 of Article 263 TFEU (ex 230 TEC), a requirement that they would need to satisfy when filing an action on their own. If such co-ordination procedures do not exist or if the relevant central state and regional authorities do not succeed in reaching an agreement, the regional authorities may opt to bring an action for annulment pursuant to paragraph 4 of Article 263 TFEU (ex 230 TEC), and frequently have done so in the past. Finally, the case-law has also registered a number of cases where the regional authorities have chosen to bring an action pursuant to paragraph 2 of Article 263 TFEU (ex 230 TEC), claiming the treatment of a “privileged applicant” of a Member State. It should be noted that privileged *locus standi* is an old aspiration of certain regions with legislative powers which has been intensely discussed ever since the Treaty of Maastricht.

Structure. This paper discusses the concept of region with legislative powers (2.), the typology and the common *petitum* of actions for annulment based on the infringement of regional competences (3.), the internal co-ordination procedures among central state bodies

and regional authorities (4.), the Community case-law on Article 230 TEC with regard to regional bodies (5.), the “political” claim of an action for annulment for regions with legislative powers (6.) and, finally, certain conclusions and *lege ferenda* approaches (7.).

2. A region with legislative powers

This section addresses the concept “region with legislative powers”. A region with legislative powers can be defined as a public body of substatel level and, in particular, of a “regional” level. The term has been used on numerous occasions within the frame of the REGLEG¹ Conference and is referred to in the Laeken Declaration.² The features of a region with legislative powers vary according to the constitutional order of each Member State. REGLEG is a political network comprised by regions of eight Member States of the European Union which regard themselves as, and recognize each other the status of, a “region with legislative powers”.³ The Overseas Countries and Territories of two other Member States, Denmark and The Netherlands,⁴ enjoy a number of powers comparable to the “regions with legislative powers” and Community case-law has put them a par on a number of occasions.⁵

1. Vid www.regleg.eu.

2. Laeken Declaration on the Future of the European Union, 14 and 15 December 2001. See <http://european-convention.eu.int/pdf/1knen.pdf> (Access date 11/30/2010).

3. REGLEG considers the following regions to be “regions with legislative powers”: the 9 Austrian *Bundesländer*, the 16 German *Länder*, the 17 Spanish *Comunidades Autónomas*, the 3 Belgian Regions and the 3 Belgian Communities, the 20 Italian Regions, the 2 Portuguese Autonomous Regions, the 3 *Constituent countries* of the United Kingdom, i.e., Scotland, Northern Ireland and Wales (but not England) and the Finnish Åland islands. In addition, REGLEG considers the following Member States not to have regions with legislative powers: France, The Netherlands, Luxembourg, Denmark, Ireland, Sweden, Lithuania, Latvia, Estonia, Poland, Check Republic, Slovakia, Hungary, Slovenia, Cyprus and Malta.

4. Denmark: Faroe Islands and Greenland; The Netherlands: Dutch Antilles and Aruba.

5. See ECJ, C-180/00, Kingdom of the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2005, I-6603; ECJ, C-452/00, Kingdom of the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2005, I-6645; ECJ, C-26/00, Kingdom of the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2005, I-6527; ECJ, C-147/96, Kingdom of the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2000, I-04723; ECJ, C-142/00 P, Commission vs. Dutch Antilles, *ECR* 2003, I-3483; ECJ, C-451/98, Antillean Rice Mills NV vs. Council, *ECR* 2001, I-8949; CFI, T-32/98 and 41/98, Dutch Antilles vs. Commission, *ECR* 2000, II-00201.

3. Typology and petitum of an action for annulment

We now turn to the kinds of *petita* and the object of an action for annulment.⁶ The non-privileged action for annulment grounded on Article 230.4 TEC represents by far, with its more than 40 cases decided by the EGC (formerly CFI) (and before 1989, by the ECJ), the most common *iter* of the regional authorities when challenging a Community act.⁷ However, Community case-law has registered approximately 20 cases in which the central state bodies assumed the defense of certain regional authorities by bringing a “privileged” action for annulment under Article 230.2 TEC. In both *cas-de-figure* the most frequent *petitum* of the admitted actions was the annulment of certain decisions of the Commission on state-aids and structural funds.⁸

6. For further reference see Ordóñez Solís, D., “El Estado y las Comunidades Autónomas ante los tribunales europeos en materia de ayudas públicas: bellum omnium contra omnes”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 8, March-April 2009, pp. 25-46.

7. To a lesser degree, this is also the most common *iter* used by local entities: ECJ, 222/83, *Commune de Differdange and others vs. Commission*, ECR 1984, 02889; ECJ, C-213/87, *Gemeente Amsterdam and VIA vs. Commission*, ECR 1990, I-221; CFI, T-155/96 R, *Stadt Mainz vs. Commission*, ECR 1996, II-01655; CFI, T-272/02 *Comune di Napoli vs. Commission*, not yet published; CFI, T-177/06, *Ayuntamiento de Madrid, Madrid Calle 30, P.A. vs. Commission*, not yet published.

8. Among actions brought by Member States, see ECJ, C-288/96, *Federal Republic of Germany vs. Commission*, ECR 2000, I-08237; ECJ, C-277/00, *Federal Republic of Germany vs. Commission*, ECR 2004, I-3925; ECJ, C-183/03, *Federal Republic of Germany vs. Commission*, OJ, C-146 of 21.06.2003; CFI, T-314/04 and T-414/04, *Federal Republic of Germany vs. Commission*, ECR 2006, II-103; CFI, T-366/03 and T-235/04, *Land Oberösterreich and Republic of Austria vs. Commission*, ECR 2005, II-4005; ECJ, C-439/05 P and C-454/05 P, *Land Oberösterreich and Republic of Austria vs. Commission*, OJ, C-269 of 10.11.2007, p. 9; ECJ, C-457/00, *Kingdom of Belgium vs. Commission*, ECR 2003, I-6931; ECJ, C-5/01, *Kingdom of Belgium vs. Commission*, ECR 2002, I-11991; ECJ, C-197/99 P, *Belgium vs. Commission*, ECR 2003, I-8461; ECJ, C-349/97, *Kingdom of Spain vs. Commission*, ECR 2003, I-03851; ECJ, C-130/99, *Kingdom of Spain vs. Commission*, ECR 2002, I-03005; ECJ, C-153/01, *Kingdom of Spain vs. Commission*, ECR 2004, I-9009; CFI, T-266/04, *Kingdom of Spain vs. Commission*, OJ, C-79 of 29.03.2008, p. 26; Action dated 28 June 2007, ECJ, T-227/07, *Kingdom of Spain vs. Commission*, OJ C 211 of 08.09.2007, p. 37; ECJ, C-298/00 P, *Republic of Italy vs. Commission*, ECR 2004, I-4087 and ECJ, C-372/97, *Republic of Italy vs. Commission*, ECR 2004, I-03679; ECJ, C-328/99 and C-399/00, *Republic of Italy and SIM 2 Multimedia SpA vs. Commission*, ECR 2003, I-4035; ECJ, C-15/98 and C-105/99, *Republic of Italy and Sardegna Lines, Servizi Marittimi della Sardegna SpA vs. Commission*, ECR 2000, I-8855; ECJ, C-242/96, *Republic of Italy vs. Commission*, ECR 1998, I-05863; CFI, T-215/04, *United Kingdom vs. Commission*, OJ, C-44 of 21.02.2009, p. 41; CFI, T-286/04, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Commission*, OJ, C-251, 09.10.2004, p. 25. Among actions brought by regions, see ECJ, 62/87 and 72/87, *Exécutif regional wallon and P.A. Glaverbel vs. Commission*, ECR 1988, 01573; ECJ, C-180/00, *Kingdom of the Netherlands vs. Commission*, ECR 2005, I-6603; ECJ, C-452/00, *Kingdom of the Netherlands vs. Commission*; ECJ, C-26/00 *Opinion*, *Kingdom of*

4. Co-ordination procedures

This section describes the co-ordination procedures among central state bodies and regional authorities.⁹ Most Member States with regions with legislative powers have implemented internal co-ordination procedures which allow regional authorities to take part in the judicial proceedings initiated before the European courts.¹⁰ Pursuant to the internal co-ordination procedures implemented by certain Member States,

the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2005, I-6527; ECJ, C-147/96, Kingdom of the Netherlands vs. Commission, *ECR* 2000, I-04723; CFI, T-132/96 and T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH vs. Commission, *ECR* 1999, II-03663; ECJ, C-180/97, Regione Toscana vs. Commission, *ECR* 1997, I-05245; ECJ, C-95/97, Region Valone vs. Commission, *ECR* 1997, I-01787; CFI, T-214/95, Het Vlaamse Gewest vs. Commission, *ECR* 1998, II-00717; CFI, T-127/99, T-129/99 and T-148/99, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Comunidad Autónoma del País Vasco and others vs. Commission, *ECR* 2002, II-01275; CFI, T-346/99, T-347/99 and T-348/99, Territorio Histórico de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa and Territorio Histórico de Vizcaya vs. Commission, *ECR* 2002, II-04259; ECJ, C-15/06 P, Regione Siciliana vs. Commission, *ECR* 2007, I-2591; CFI, T-417/04, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia vs. Commission, *ECR* 2006, I-3881; ECJ, C-417/04 P, Regione Siciliana vs. Commission, *ECR* 2006, I-3881; ECJ, C-347/03, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia and Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) vs. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, *ECR* 2005, I-3785; CFI, T-190/00, Regione Siciliana vs. Commission, *ECR* 2003, II-5015; CFI, T-341/2002, Regione Siciliana vs. Commission, OJEU, C-7, 11/01/2003; ECJ, C-417/2004 P, Regione Siciliana vs. Commission, OJEU, C-300, 4/12/2004; ECJ, 15/06 P, Regione Siciliana vs. Commission, not yet published; ECJ, C-142/00 P, Commission vs. Dutch Antilles, *ECR* 2003, I-3483; ECJ, C-451/98, Antillean Rice Mills NV vs. Council, *ECR* 2001, I-8949; CFI, T-37/04 R, Região autónoma dos Açores vs. Council, *ECR* 2004, II-2153; CFI, T-318/00, Freistaat Thüringen vs. Commission, *ECR* 2005, II-4179; CFI, T-228/99 and T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen vs. Commission, *ECR* 2003, II-435.

9. Denmark is the only Member State with regions with legislative powers which does not have an internal co-ordination procedure.

10. The internal co-ordination procedures currently in place are hardly used in half of the annulment proceedings based on the infringement of regional competences by a Community act. It is difficult to say whether the lack of use of such co-ordination procedures is a consequence of a number of intrinsic weaknesses of such processes or simply the expression of a failure to reach an agreement by the different national players. None of the co-ordination procedures currently in force foresees the possibility of delegating the privileged *locus standi* under Article 230.2 TEC to regional authorities. It appears that, until 2000, there was an internal co-ordination procedure in The Netherlands which allowed for the delegation of *locus standi* under Article 230.2 TEC from the government of The Netherlands to the government of the Dutch Antilles. The validity of this procedure was put into question by the ECJ. See Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, Kingdom of the Netherlands vs. Council and others and C-452/98, Dutch Antilles vs. Council, *ECR* 2001, I-8853, Paras. 60 and 61. The Portuguese co-ordination procedure provides for the right of the Regiões autónomas of the Azores and Madeira to appoint the "Agent" for the purposes of Article 19 of the Statute of the ECJ. The candidate is then empowered by the Ministry of Foreign Affairs to represent the Republic of Portugal in the proceedings at hand.

regions are entitled –under certain circumstances– to force the Member State (i.e., the central state bodies) to bring an action for annulment and/or to influence, or participate in, the conduction of the proceedings through the appointment of representatives or the drafting of writs.¹¹

Could a Member State choose to delegate the privileged *locus standi* under Article 230.2 TEC to regional authorities? In *Region Valone* and *Regione Toscana*, the ECJ ruled that, on the basis of the “general system of the Treaties”, the term “Member State” for purposes of institutional provisions and, in particular, of the procedures of the European courts, is restricted to the central state bodies of the Member States and cannot be applied to regional authorities.¹² Advocate-General Ruiz-Jarabo Colomer established in his Opinion to *Regione Siciliana* that “a whole cannot be represented by a part”.¹³ In *Dutch Antilles*, Advocate-General Léger argued that *locus standi* may not be granted to a substatel entity through a co-ordination procedure, especially since the European courts are unable to rule on the internal distribution of powers and it cannot be expected that they assess this matter of national law.¹⁴

A possible objection against the positions advanced by Advocate-General Ruiz-Jarabo Colomer and Advocate-General Léger is that one should not equate the “*locus standi* of Member States” with the “*locus standi* of state central bodies”. In fact, Member States should be able to

11. In some cases, regions can impose a duty upon the Member State to bring an action (Germany, Austria, Belgium, Italy and Portugal). In other cases, the co-ordination procedures simply provide for certain mechanisms of collaboration among the central government and the regional governments and the decision to bring an action ultimately remains with the central government (Spain and the United Kingdom). In Portugal, regions are entitled to bindingly appoint the “Agent”, as used in Article 19 of the Statute of the ECJ.

12. ECJ, C-180/97, *Regione Toscana vs. Commission*, ECR 1997, I-05245; ECJ, C-95/97, *Region Valone vs. Commission*, ECR 1997, I-01787; Opinion of Advocate-General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Para. 37.

13. Para. 54: “Furthermore, acceptance of the proposition, as put forward by the appellant, that a region is capable of being regarded as a ‘State’ for the purposes of the second paragraph of Article 230 TEC would not open up the way for the region in this regard, since a whole cannot be represented by a part. What is more, as an integral part of the whole, a region has means of securing understanding and cooperation with the national government in political and administrative matters which may enable it to elicit from the national government the desired reaction of opposing the Community measure before the Court of Justice; this possibility is, in general, barred to citizens”.

14. Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, *Kingdom of the Netherlands vs. Council and others* and C-452/98, *Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-8853, Paras. 60 and 61.

decide which authority is more suited to represent its interests before the European courts, given that neither the Treaties nor the Community procedural provisions contradict this possibility. Precisely because there is no such limitation in Community law, the European courts should have no ground to reject an action for annulment brought by any national authority (including substate authorities, despite the *Dutch Antilles* precedent) if such authority is duly empowered under national law. This approach is consistent with the case-law handed down in *Kesko*, where the EGC decided to broaden the term “Member State” when testing the elements of *locus standi* of the Finnish competition authority.¹⁵ As a separate argument, it must also be noted that the term “Member State” has already been interpreted to comprise substate entities in other contexts.¹⁶

Since none of the internal co-ordination procedures currently in place foresees the possibility of transferring privileged *locus standi* to an entity other than the central state bodies, it is hard to imagine a scenario where a Community Court will be called upon to decide whether a regional entity may bring an action for annulment. However, if called upon to decide, the Community Court should not reject the admissibility of the action to the extent that it should be not be able to assess the internal distribution of powers.

5. Community case-law

Which approach have European courts taken when deciding on an action for annulment brought by a regional authority?

15. CFI, T-22/97, *Kesko vs. Commission*, ECR 1999, II-3775, Paras. 82 and 86.

16. Haguenu, C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne; analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, 1^a Ed., Bruxelles, 1995, p. 196; Ipsen, H. P., *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, 1966, p. 228 ss. See Opinion of Advocate-General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Para. 43: “Following that loose definition of ‘State’, the Court of Justice has likewise not hesitated in restricting the meaning of ‘public authority’, admittedly not entirely comparable with that of ‘State’, in the application of Article 39(4) EC, having held employment in the public service to mean all [posts] ‘which involve direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and in the discharge of functions whose purpose is to safeguard the general interests of the State or of other public authorities’; (35) such public authorities include sub-State bodies, in particular local and regional bodies”.

5.1. Article 230.2 TEC

After certain initial hesitance,¹⁷ the case-law of the ECJ clearly established that a substate entity cannot be equated with a “Member State” for the purposes of Article 230.2 TEC.¹⁸ Consequently, an action for annulment brought by a regional public body must be assessed by the EGC and be grounded on Article 230.4 TEC.

5.1.1. Assessment of the case-law

As pointed out above, given the lack of a definition of “Member State” in the Community legal framework, Community case-law has already interpreted such term to comprise sub-state entities in other contexts.¹⁹ Since neither the Treaties nor the rules of procedure of the European courts establish any limitation as to what national authorities should be able to bring a privileged action for annulment, it seems that the Community judge should not be able to reject an action for annulment grounded on Article 230.2 TEC, provided the acting national authority has been duly empowered under national law²⁰ (*vid. supra* 4.).²¹

The arguments which Community case-law has presented against the recognition of privileged *locus standi* under Article 230.2 TEC to a regional authority²² include that such recognition would alter the

17. See, e.g., ECJ, 222/83, *Commune de Differdange and others vs. Commission*, ECR 1984, 02889; ECJ, 62/87 and 72/87, *Exécutif regional wallon and P.A. Glaverbel vs. Commission*, ECR 1988, 01573.

18. ECJ, C-95/97, *Region Valone vs. Commission*, ECR 1997, I-01787, Para.8; ECJ, C-180/97, *Regione Toscana vs. Commission*, ECR 1997, I-05245; CFI, T-81/97, *Regione Toscana vs. Commission*, ECR 1998, II-2889; ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Para. 21; Opinion of Advocate-General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Paras. 39-45; Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, *Kingdom of the Netherlands vs. Council and others and C-452/98, Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-8853, Para. 60.

19. Opinion of Advocate-General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Paras. 39-45.

20. See CFI, T-22/97, *Kesko vs. Commission*, ECR 1999, II-3775, Paras. 82 and 86.

21. See Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, *Kingdom of the Netherlands vs. Council and others and C-452/98, Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-8853, Para. 60.

22. Opinion of Advocate-General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Para. 44.

“institutional balance”²³ of the Community, or rather “a whole cannot be represented by a part”²⁴ or that it “is not possible for the European Communities to comprise a greater number of Member States than the number of States between which they were established”.²⁵ These concerns could be avoided if the different national players can reach an agreement by means of an internal co-ordination procedure and the right to bring the action for annulment is finally granted to one or more of them. *Locus standi* may even be delegated to more than one national actor even if this entails the risk that certain conflicts of interests will need to be discussed at a Community level. The “institutional balance” would only be “threatened” when there has been no prior internal co-ordination procedure. The fact that such co-ordination procedure fails or there are different actors exercising a privileged *locus standi* and representing diverging interests is irrelevant. Since the position taken by a Member State in the Council does not affect its remedies for annulment, nothing can be objected to the representation of diverging interests at Community level. The key criterion is the compliance with a “formal guarantee” provided by the internal co-ordination procedure of the different national actors. When an agreement cannot be reached through such co-ordination procedure, the right to bring a privileged action for annulment would remain, in case of doubt, with the central state bodies.

5.2. Article 230.4 TEC

5.2.1. Individual concern

Community case-law has generally not objected to the recognition of an “individual concern” under Article 230.4 TEC to a

23. The principle of “institutional balance” seeks to guarantee certain balance between measures adopted by the Commission in its capacity as “Guardian of the Treaties”, the responsibility of Member States with regard to compliance with Community law and the remedies available to regions. It is hard to see how the extension of privileged *locus standi* to regional authorities would lessen the responsibility of Member State and would, thus, affect the “institutional balance”.

24. A rebuttal argument could be made that the exercise of privileged *locus standi* by a substatal entity is comparable to the “Lex Belgica” applied in the Council.

25. An argument against could be made that the number of Member States would remain unchanged irrespective of the extension of privileged *locus standi* to regional authorities, since the relevant regional authority would only act on behalf of a Member State.

region with legislative powers when the challenged act was a *decision*. The case-law has not registered cases where the challenged act was directly addressed to the regional authorities. Since most of the challenged decisions are usually addressed to the Member States, Community case-law has developed a number of special criteria to test the element of "individual concern" with regard to this type of Community act. The European courts have progressively coined the following formula: a regional entity is directly and individually concerned when "the relevant provisions of the contested decision not only affect measures adopted by the regional entity, but also prevent such regional entity from exercising, as it sees fit, its own powers, which it enjoys directly under national law".²⁶

By contrast, the European courts have been reluctant to recognize the admissibility of an action for annulment brought by a regional entity when the challenged act was a *regulation*.²⁷ Although the European courts have usually considered the criteria applied in respect of decisions, they have typically adopted other approaches with respect to a challenged regulation. This diverging practice could obey to the significant factual differences related to the annulment of decisions and regulations, respectively. With regard to the annulment of decisions, the regional entity can, almost invariably, evidence the concern of a regional act, whereas in actions seeking to annul certain regulation, the regional entity can generally only prove a general interest in the economic and social development of its territory. According to the European courts, the fact that a regional entity may have certain powers over certain economic and social affairs of a particular region does not *per se* evidence the "individual concern" of such region and, consequent-

26. CFI, T-214/95, *Het Vlaamse Gewest vs. Commission*, ECR 1998, II-00717, Para. 28; CFI, T-288/97, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia vs. Commission*, ECR 1999, II-01871, Tenor; CFI, T-127/99, T-129/99 and T-148/99, *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava (T-127/99), Comunidad Autónoma del País Vasco and Gasteizko Industria Lurra, SA (T-129/99) and Daewoo Electronics Manufacturing España, SA (T-148/99) vs. Commission*, ECR 2002, II-01275, Para. 50 and 55.

27. CFI, T-238/97, *Comunidad Autónoma de Cantabria vs. Council*, ECR 1998, II-02271, Para. 42; CFI, T-609/97, *Regione Puglia vs. Commission*, ECR 1998, II-04051, Para. 16; CFI, T-32/98, *Dutch Antilles vs. Commission*, ECR 2000, II-00201, Para. 43; ECJ, C-452/98, *Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-08973.

ly, the admissibility of the action. The ECJ has also rejected a broader construction of the *Plaumann* formula, as implemented in *Piraiki Patraiki*.²⁸

As of the date hereof, Community case-law has rejected all actions brought by regional authorities seeking the annulment of Community *directives*, although the elements of direct and individual concern have not yet been tested.²⁹

5.2.2. *Direct concern*

The element of “direct concern” does not raise too much controversy in Community case-law as far as *locus standi* of regional entities is concerned. The majority of the annulment procedures initiated so far relate to the annulment of decisions of the Commission in the frame of state-aid procedures against regional entities.³⁰ Although

28. C-11/82, *Piraiki Patraiki and others vs. Commission*, ECR 1985, p. 207. See also: ECJ, C-452/98, *Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-08973, Para. 70; Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, *Kingdom of the Netherlands vs. Council and others and C-452/98, Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-8853, Para. 100-105.

29. ECJ, C-298/89, *Government of Gibraltar vs. Council*, ECR 1993, I-03605, Para. 23.

30. ECJ, 62/87 and 72/87, *Exécutif regional wallon and P.A. Glaverbel vs. Commission*, ECR 1988, 01573; CFI, T-132/96 and T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH vs. Commission*, ECR 1999, II-03663; ECJ, C-180/97, *Regione Toscana vs. Commission*, ECR 1997, I-05245; ECJ, C-95/97, *Region Valone vs. Commission*, ECR 1997, I-01787; CFI, T-214/95, *Het Vlaamse Gewest vs. Commission*, ECR 1998, II-00717; CFI, T-127/99, T-129/99 and T-148/99, *Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Comunidad Autónoma del País Vasco and others vs. Commission*, ECR 2002, II-01275; CFI, T-346/99, T-347/99 and T-348/99, *Territorio Histórico de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa and Territorio Histórico de Vizcaya vs. Commission*, ECR 2002, II-04259; ECJ, C-15/06 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, ECR 2007, I-2591; CFI, T-417/04, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia vs. Commission*, ECR 2006, I-3881; ECJ, C-417/04 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, ECR 2006, I-3881; ECJ, C-347/03, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia and Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) vs. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, ECR 2005, I-3785; CFI, T-190/00, *Regione Siciliana/Commission*, ECR 2003, II-5015; CFI, T-341/2002, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-7, 11/01/2003; ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004; ECJ, 15/06 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, not yet published; ECJ, C-142/00 P, *Commission vs. Dutch Antilles*, ECR 2003, I-3483; ECJ, C-451/98, *Antillean Rice Mills NV vs. Council*, ECR 2001, I-8949; CFI, T-37/04 R, *Região autónoma dos Açores vs. Council*, ECR 2004, II-2153; CFI, T-318/00, *Freistaat Thüringen vs. Commission*, ECR 2005, II-4179; CFI, T-228/99 and T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen vs. Commission*, ECR 2003, II-435.

the challenged decision is usually addressed to a Member State, the mandatory content of the decision typically concerns a certain region, which has very often already been involved in an administrative procedure before the Commission in accordance with Article 88 TEC. In its allegations, the Commission does not usually raise objections to the element of “direct concern”.

A regional entity is usually directly concerned by a Community measure when such measure affects the legal position of a regional entity without leaving any discretion to the addressees in charge of its implementation (i.e. the Member State).³¹

5.2.3. Assessment of case-law

The formula which is usually referred to by case-law when assessing the admissibility of an action for annulment brought by a regional entity against a decision was initially coined by the EGC in cases *Het Vlaamse Gewest*, *Friuli-Venezia Giulia* and *Territorio Histórico de Álava*. The formula consists of two basic prongs:

– “individual concern of a regional measure by the challenged Community act”; and

– “prevention of the regional entity from exercising, as it sees fit, its own powers, which it enjoys directly under national law”.

31. CFI, T-214/95, *Het Vlaamse Gewest vs. Commission*, ECR 1998, II-00717, Para. 29; CFI, T-132/96 and T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH vs. Commission*, ECR 1999, II-03663, Para. 90; CFI, T-288/97, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia vs. Commission*, ECR 1999, II-01871, Tenor; CFI, T-127/99, T-129/99 and T-148/99, *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava (T-127/99)*, *Comunidad Autónoma del País Vasco and Gasteizko Industria Lurra, SA (T-129/99)* and *Daewoo Electronics Manufacturing España, SA (T-148/99) vs. Commission*, ECR 2002, II-01275, Para. 51; CFI, T-346/99, T-347/99 and T-348/99 *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa - Diputación Foral de Guipúzcoa and Territorio Histórico de Vizcaya - Diputación Foral de Vizcaya vs. Commission*, ECR 2002, II-04259, Para. 37; ECJ, C-417/2004 P, *Regione Siciliana vs. Commission*, OJEU, C-300, 4/12/2004, Para. 32; CFI, T-366/03 and T-235/04, *Land Oberösterreich and Republic of Austria vs. Commission*, ECR 2005, II-4005, Para. 29; ECJ, C-439/05 P and C-454/05 P, *Land Oberösterreich and Republic of Austria vs. Commission*, OJ, C-269 of 10.11.2007, Para. 29.

This formula represents the current status of case-law with regard to the admissibility of an action brought against a Community decision and has been last reaffirmed in *Oberösterreich*.³² The criterion related to “concern of a regional measure” does not seem ungrounded. The assessment comprises a compatibility test between the regional act and the challenged Community act.³³ The recognition of the competence of a regional entity is grounded on the principle of validity of a national administrative act (and this principle is part of Community law by virtue of Article 6.3 TEU). However, the second prong, that is the “prevention of the regional entity from exercising, as it sees fit, its own powers, which it enjoys directly under national law” seems to be in conflict with the inability of the European courts to assess the internal distribution of powers.³⁴ The review of the case-law shows that, when it comes to testing this element, the European courts usually rely on evidence referred to “concluded” facts. Considering that most cases relate to state-aid procedures before the Commission, the European courts tend to be satisfied if the applicant can show that it initiated the recovery proceedings of the granted aids. The examination of evidence based on “concluded” facts does not seem so much an “assessment” but a “confirmation *ex post facto*” of the internal distribution of powers. The determination, however, of whether the powers are “enjoy[ed] directly under national law” seems much more problematic, precisely because the assessment of the Community Court exceeds the presumption of validity of national administrative acts (as was the case in *Oberösterreich*).³⁵

The European courts have not applied the line of thought developed with regard to decisions to the challenge of regulations and directives. This position reflects the generally restrictive approach of the European courts with regard to actions brought by non-privileged applicants. However, in the light of the case-law established in *Levende*

32. CFI, T-366/03 and T-235/04, *Land Oberösterreich and Republic of Austria vs. Commission*, ECR 2005, II-4005, Para. 29.

33. A similar assessment takes place in the frame of the legality test performed in an infringement procedure.

34. ECJ, C-8/88, *Germany vs. Commission*, ECR 1990, I-2321, Para. 13.

35. CFI, T-214/95, *Vlaams Gewest vs. Commission*, ECR 1998, II-717, Para. 30; CFI, T-132/96 and T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH vs. Commission*, ECR 1999, II-03663, Paras. 91 and 92.

*Varkens*³⁶ and *C-380/03, Germany vs. Parliament and Council*,³⁷ it cannot be totally excluded that the European courts may one day apply the criteria developed with regard to decisions to the annulment procedures of regulations and directives.³⁸

6. Claim for a privileged action for annulment for European regions

At this point we must assess the question of who proposes and under what terms the recognition of a privileged action for annulment for European regions.

6.1. Introduction

The claim for privileged *locus standi* for regions that enjoy legislative powers aims to put such regions on equal footing with Member States for purposes of Article 263.2 TFEU (ex 230.2 TEC). Campaigners making this claim often argue that a region which enjoys certain powers under its national constitutional order should also be entitled to challenge any Community act which infringes such powers.³⁹

36. Joined cases T-481/93 and T-484/03, *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens and others vs. Commission*, ECR 1995, p. II-2941.

37. ECJ, C-380/03, *Federal Republic of Germany vs. European Parliament and Council of the European Union*, ECR 2006, 2006 p. I-11573.

38. The numerous references to the criteria developed with regard to decisions in *Canabria*, *Puglia* and *Freistaat Sachsen* make us think that the possibility of extending these criteria to the annulment procedures of regulations and directives is not completely excluded by European courts.

39. Burrows, N., "Nemo me impune lacessit: The Scottish Right of Access to European Courts", *European Public Law*, Volume 8, Issue 1, 2002, pp. 45-68: "... Where an obligation is imposed by Community law on a regional government, even if this imposed by virtue of the internal distribution of powers in a Member State, the regional government should in principle be entitled to question the underlying validity of the rule that imposes the obligation. This is all the more the case where Community procedures do not involve the regional level of government directly in the decision process. Such an anomaly has therefore given rise to an imbalance between the obligations imposed on regional governments and the rights to defend their interests." See Van Nuffel, P., "What's in a member state?" *Common Market Law Review* 38, 2001, pp. 871-901.

The aspiration to amend Article 263 TFEU (ex 230 TEC) so as to include the recognition of privileged access to European courts, was first articulated at a Community level in the frame of the declaration of the Conference “Europe of the Regions” in April 1990. The project was hailed with enthusiasm in the German *Bundesrat*.⁴⁰ The regions of the Member States were “recognized” for the first time in Primary law in the modification introduced by the Treaty of Maastricht. The Treaty of Maastricht introduced three novelties which increased notably the involvement of regional entities: (i) the principle of subsidiarity, (ii) the representation of the regional governments in the meetings of the Council, and (iii) the creation of the Committee of the Regions (CoR). The claim for a privileged access to the European courts by regional authorities was first discussed during the debates concerning the definition of the principle of subsidiarity.⁴¹

The claim for *locus standi* for certain European regions is one of the key items on the list of the common “political priorities” of entities such as the CoR⁴² and REGLEG.⁴³ In most declarations, the CoR and

40. Declaration of a number of regional authorities of different Member States on April 24 and 25, 1990 in Brussels in the frame of the conference “Europe of the Regions”, quoted in Borchmann, M., “Konferenzen ‘Europa der Regionen’ in München und Brüssel”, *Dienstblatt der öffentlichen Verwaltung* (D.ö.V.), 1990, 879, Para. 882. The declaration did not include a proposal for a new wording of Article 173.2. The German *Bundesrat* joined this proposal in its declaration of August 24, 1990, see EuZW 1990, p. 431.

41. Aguilera De Prat, vs. R., “De la “Europa de las regiones” a la Europa con las regiones”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals* 2/2006, p. 51.

42. Opinion dated April 20, 1995 (CoR 89/95 fin); Resolutions dated December 10, 1997 (CoR 305/97 fin) and June 3, 1999 (CoR 54/99 fin); Resolution dated February 17, 2000 (CoR 53/99 fin); Resolution dated April 13, 2000 to the Commission report COM (1999) 562 final. (CoR 18/2000); Declaration of the Presidency of the CoR dated October 26, 2001 (CoR 191/2001); Resolution of the CoR dated February 17, 2000 (CoR 53/99); Resolution of the CoR dated October 9, 2003 (CoR 169/2003); Resolution of the CoR dated July 2, 2003 (CoR 19/2003); Opinion of the CoR dated November 14, 2001 (CoR 104/2001).

43. Common Position Paper of the Constitutional Regions Regarding the IGC. Brussels, September 20, 2000; Final Declaration of the First Conference of Presidents of Regions with Legislative Power. Barcelona, November 24, 2000; Colloquium of the Constitutional Regions: “Strengthening the role of the constitutional regions in the European Union”. Brussels, February 22, 2001; Political declaration of the constitutional regions of Bavaria, Catalonia, North Rhine Westphalia, Salzburg, Scotland, Wallonia and Flanders. May 28, 2001; Resolution of the Second Conference of Presidents of Regions with Legislative Power. Liege, November 15, 2001. (I); Resolution on the organisational terms of the co-operation amongst Regions with Legislative Power. Liege, November 15, 2001. (II); Final Declaration of the Third Conference of Presidents of Regions with Legislative Power, Florence, November 14-15, 2002; Final Declaration of the Fourth Conference of Presidents of Regions with Legislative Power.

REGLEG refer in the same breath to the "*locus standi* of regions and the semi-privileged standing of the CoR".⁴⁴

The recognition of privileged *locus standi* to regions has been rejected in all revisions of the Treaties since the Treaty of Amsterdam and, lately, in the Treaty of Lisbon. In the frame of the negotiations which led to the Treaty of Lisbon, the CoR has not raised this issue again and has limited itself to claim its own semi-privileged standing, which it has finally obtained.⁴⁵ The privileged action for annulment for regions were not part of the political priorities of the CoR for the period 2006-2008.⁴⁶

The Barcelona Declaration of REGLEG regrets the failure to recognize *locus standi* for European regions with legislative powers in the Treaty of Lisbon and ranks it in the first place of its list of "historically disregarded claims".⁴⁷

The declarations both of the CoR and REGLEG rarely include a detailed motivation of the right to such action for European regions and, even less, an alternative wording for Article 230 TEC. In view of the fact that these institutions do not lavish in legal dissertations, the common position on certain "regional interests in the European con-

Salzburg, November 12-13, 2003; Final Declaration of the Fifth Conference of Presidents of Regions with Legislative Power. Edimburgh, November 29-30, 2004; Declaració de Barcelona adoptada per la vuitena conferència de presidents de regions amb poder legislatiu 15 i 16 de novembre de 2007. See www.regleg.eu (Access date 10/03/2010).

44. For further reference see Cevilla Martínez, P. and Ballot-Du Fallet De La Tour, H., "Le Comité des Régions et le principe de subsidiarité", in Olesti Rayo, A., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, IEA, 2010, pp. 13-30.

45. Opinion, CoR 398/2006.

46. See Opinion, CoR 11/2006.

47. Declaration of Barcelona passed by the 20th conference of presidents of regions with legislative powers on November, 15 and 16, 2007: "[...] Malgrat aquests avenços en el reconeixement del paper institucional de les autoritats regionals, els Presidents lamenten que no s'hagi aprofitat el procés actual de revisió dels Tractats per incorporar altres demandes històriques de les regions amb poder legislatiu i, en especial, les següents: - l'accés directe de les regions amb poder legislatiu al Tribunal de Justícia de la UE en defensa dels seus drets i prerrogatives" ("[...] In spite of these improvements in the recognition of the institutional role of the regional authorities, the Presidents regret that it has not been taken advantage of the treaty revision procedure so as to include certain historical claims of the regions with legislative powers and, particularly, the following: - direct access of regions with legislative powers to the Court of Justice of the EU and defense of rights and prerogatives"). See www.regleg.eu/ (Access date 10/03/2010).

stitutional process" which was passed by REGLEG⁴⁸ in the debates prior to the Laeken Declaration become especially important. The common position even includes an alternative wording for Article 230 TEC.⁴⁹

In the frame of the intergovernmental conference of Nice in November 2000, the representative of the Belgian government proposed a new wording for Article 230.2 TEC.⁵⁰ The proposal did not find the support of Member States and was not subject of further debate. However, the declaration of the representative of the Belgian

48. Common position paper of the constitutional regions regarding the IGC. Bruselas, September 20, 2000. "1.2. Independent right of constitutional regions to appeal to the European Court of Justice: Constitutional regions are – both *de iure* and *de facto* – actors in the European decision-making process, in much the same way as are Member States for their areas of competence. The European Union promulgates many rules that are related to their areas of competence. As legitimate addressees of European legislation, constitutional regions are not only bound by these rules, but often confronted with the demand to transpose European rules into internal law as well. Likewise they can – through their Member State – be condemned for the incorrect or late transposition of European directives, just as failure to comply with European law can lead to a conviction (even resulting in a fine or penalty in the case of a second conviction). The possible expansion of the powers of the constitutional regions in the Union's federal member states will lead to a proportional increase in the impact of the European Union on them, and of the legal consequences thereof. In spite of this, constitutional regions do not yet have the corollary of the outlined legal obligations, i.e. cannot yet appeal directly against decisions of a general nature to the European Court of Justice (ECJ) if their interests are infringed or cannot defend themselves directly before the Court. We feel that this anomaly ought to be remedied by granting the constitutional regions their own independent right of appeal to the ECJ. To that effect we propose to amend Article 230 of the EC Treaty and its corollary articles accordingly. Therefore, Article 230 of the EC Treaty should be amended as proposed in the annex to this paper (no. 5). We emphasise though that the Court cannot in any case pronounce on the distribution of powers between the Member States and their federated states, as stated in Article 220 of the EC Treaty." See www.regleg.org (Access date 10/03/2010).

49. *Ibid.* 1.2.: "5. Article 230 of the EC Treaty: right to appeal to the Court of Justice of the EC. The constitutional regions propose to insert between paragraph 2 and 3 a new paragraph stating the right of constitutional regions to appeal to the Court of Justice of the EC: 'For this purpose, the Court has also the right to pronounce a decision with regard to any appeal instituted by a regional body in so far as it has its own legislative power, assigned to it by national constitutional law, for reasons of lack of competence, the violation of essential formal requirements, the violation of this Treaty or of any regulations for its execution, or because of the abuse of power'".

50. Quoted in Burrows, N., "Nemo me impune lacessit..." (*op. cit.*), p. 45: "After the second paragraph of article 230 it was proposed to insert the following text: 'The Court shall for this purpose also have jurisdiction in any action brought by an entity of a Member State to the extent that it has its own law-making powers conferred on it under national constitutional law, on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of this Treaty or of any rule of law relating to its application or misuse of powers'."

government became somewhat notorious when, in the frame of a CoR meeting which took place soon after, the Scottish Minister of Justice presented the proposal for debate in the plenum.⁵¹

With regard to the “legal” grounds of the “political” claim for privileged *locus standi* for European regions, it can be said that the minutes of the “Colloquium of the Constitutional Regions”⁵² of February 22, 2001 are certainly exceptional. In his contribution, *Van Nuffel* summarizes the current status of Community case-law and analyzes the classification under Article 230.4 TEC of actions brought by European regions. In the Belgian case, the author pleads for an internal co-ordination procedure among the Belgian federal state and the Belgian Communities, which would allow such Communities to assume the privileged action for annulment before the ECJ, but he does not exclude the advantages of an express regulation of the action for annulment of European regions in the framework of the Treaties.⁵³

51. See (CONFER 4812/00), November 28, 2000.

52. Colloquium of the Constitutional Regions “Strengthening the role of the constitutional regions in the European Union”, Minutes Brussels Plaza Hotel, Donderdag, February 22, 2001. See www.regleg.org (Access date 10/03/2010).

53. Colloquium of the Constitutional Regions / The European Court of Justice / The regions’ access to the EU Court of Justice by Dr. Piet Van Nuffel: “Mr Van Nuffel said the constitutional regions already had access to the Court of Justice: either by referring a dispute to a national court and asking it to seeking a preliminary ruling from the Court, or approaching the Court directly, but subject to the conditions that apply to private persons and legal persons (demonstrating a direct and individual interest, as specified in Article 230(4) of the EC Treaty). This direct access ‘through the backdoor’ is, however, denied, given the difficulty that is generally experienced in trying to meet these conditions. Hence the call by the constitutional regions for direct access to the Court through the ‘front door’, on the same footing as the Member States (and the most important EU institutions), and without having to demonstrate such an interest (in keeping with Article 230 (2) of the EC Treaty). On 21 March 1997 (in a case involving the Walloon Community versus the Commission), the Court of Justice ruled by order that the concept Member States in Article 230 of the EC Treaty applied solely to ‘government authorities in the Member States’ and cannot be extended to cover ‘governments of regions or autonomous communities, regardless of the powers they are assigned’. Normally, an amendment to the Treaty should be required so that the constitutional regions have direct access to the Court. Mr Van Nuffel nonetheless argued that it is possible that such a right is allowed without any need for an amendment to the Treaty. Article 17 of the statute of the Court of Justice states that the Member States are represented in the Court by a ‘delegate for each case’. As this is now invariably a federal representative, Mr Van Nuffel claims there is nothing to prevent Belgium authorising a regional representative to appear in the Court for Belgium when a regional matter is on the agenda (as regional Ministers appear in the Council on behalf of Belgium and not in their own name). An internal Belgian system to allow such a mandate to be provided should, in other words, be enough to provide federated states with de facto access to the Court. Finally, there is the general principle for Europe

6.2. Contributions to the “Convention on the future of Europe”

The Laeken Declaration raised a number of questions which were to be discussed and analyzed in the frame of the European Convention.⁵⁴ Given that the local and regional authorities are, in many cases, the entities directly responsible for the implementation of Community projects, the Declaration set this discussion among the key-items of the agenda.⁵⁵ Apart from the CoR there was (and still is) no formal anchorage for regions within the system of the Treaties. The *Working Group Complementary Competencies* prepared a draft of a new Article 6.3 TEU (commonly referred to as the “Christophersen Clause”), which broadened the principle of respect to the “national identities of the Member States” to the “fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government”. The proposals of this working group would finally be incorporated in the new versions of Articles 4.2 y 5.3 TEU introduced by the Treaty of Lisbon. The recognition of this “material” legal position of the regions of the European Union was, however, not complemented with a procedural remedy.⁵⁶ This question was highly controversial in the debates of the European Convention.

(and for the Court), which recognises only the Member States and does not interfere with the internal arrangements within the Member States. Such an authorisation was not, however, given in the 1997 case, so the demand was then dismissed. Mr Van Nuffel does not, however, conclude that the judgement would have been different if the Walloon Region had appeared at the time as a formal representative of Belgium. Obviously a (further) change to the Treaty either offers more legal certainty, either through making the option thus created explicit (in parallel with the provisions in respect of the Council in Article 203 of the EC Treaty), or by providing for a formal right of access for the constitutional regions. Finally, Mr Van Nuffel referred to the disadvantage of the ‘privilege’ of having direct access to the Court, on the same footing as the Member States. Proceedings instituted by private persons and legal persons are judged by the Court of First Instance, with scope for a right to ask for a limited appeal in the Court of Justice. However, disputes referred by a Member State are presented in first and last resort to the Court of Justice. In other words; if the constitutional regions opt for the second solution, they forfeit the possibility of an appeal”.

54. See <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf> (Access date 20/03/2010).

55. Streinz, R., Ohler, C., Herrmann, C., *Die neue Verfassung für Europa*, Munich, 2005, p. 76.

56. One of the key objectives of the German *Bundesrat* was to obtain the recognition of privileged *locus standi* for regions with legislative powers. See BR-Drucks. 586/02, P.6; BR-DruckP. 1081/01, P.8. The president of the *Land* of Baden-Württemberg *Teufel*, in his capacity as representative of the German *Bundesländer* in the Convention, for a privileged *locus standi* for regions with legislative powers. This claim was not further discussed in the Plenum of the Convention. The representative of the German federal government, the minister of foreign affairs *Fischer*, favored the recognition of an independent action for annulment in the session of November 8, 2002. In the same session the representative of the Austrian government *Farnleitner* insisted on the importance of this claim.

Locus standi of European regions was paid more attention in the frame of the *Working Group Subsidiarity*, which dealt, among other issues, with the judicial review of the infringement of the principle of subsidiarity. Although some members of the Convention stood up for the recognition of a privileged action for annulment,⁵⁷ this issue would not be included in the final reports of the working group.⁵⁸

The status of Community case-law as regards the standing of European regions was also discussed by the *Working Group Charter*.⁵⁹ The final report underlines the restrictive criterion adopted by Community case-law and tries to find a solution in the frame of the judicial review both of Justice and Home Affairs and of the principle of subsidiarity. The proposals of members *Farnleitner* and *Rack* are especially relevant. The members pleaded in favor of softening the element of "individual concern"⁶⁰ set forth in Article 230.4 TEC. Member of the Convention *Meyer* suggested that the elements of direct and individual concern should be subject to an alternative (instead of a cumulative) test.⁶¹

The Plenum of the Convention discussed the recognition of privileged *locus standi* to certain European regions in its debate of the regional and local dimension of the European Union of February

57. See, especially, contributions of *Farnleitner/Bösch*, CONV 241/02 CONTRIB 87, p. 8 f. as well as *Farnleitner/Tusek*, CONV 534/03 CONTRIB 227, p. 5, of *Garrido/Borrell/Carnero*, CONV 455/02 CONTRIB 169, p. 37 and CONV 329/02 CONTRIB 115, p. 44, of *Kiljunen* and other 14 representatives in the Convention, CONV 321/02 CONTRIB 109, p. 3, of *MacCormick*, CONV 298/02 CONTRIB 101, p. 5, of *Michel*, CONV 544/03 CONTRIB 236, p. 4 and of *Teufel*, CONV 530/03 CONTRIB 223, p. 4.

58. Such outcome is mainly attributable to the acute reticence to alter the status quo of representatives of Member States with active separatist movements in certain regions within their territory (see contributions of *Garrido/Borrell/Carnero*, CONV 455/02 CONTRIB 169, p. 37 and CONV 329/02 CONTRIB 115, p. 44).

59. CONV 354/02 WG II 16, p. 15 f. A working group was constituted under the presidency of Commissioner *Vitorino* with the purpose of studying the functioning of the ECJ; See CONV 543/03.

60. CONV 402/02 CONTRIB 141. This constitutes an elaboration of the contribution of *Farnleitner*, CONV 45/02 CONTRIB 25.

61. See contributions WG II – WD 17 and CONV 439/02 CONTRIB 160, proposing that the term "and" in Article 230.4 TEC be eliminated and replaced by "or".

7, 2003.⁶² The old claim for *locus standi* of the CoR based on the infringement of the principle of subsidiarity was widely supported. However, the opinions were divided on the question of privileged *locus standi* for regions with legislative powers. Some members of the Convention openly pleaded for a privileged *locus standi* regulated in Article 230.2 TEC.⁶³ The representatives of the European Parliament suggested the recognition of a *tertium genus* action for annulment which should guarantee the defense of “its prerogatives before the Euro-

62. The working draft of the Praesidium CONV 518/03, P. 10 ss. analyzes the criteria developed by case-law on actions for annulment initiated by regional authorities: “21. [...] Thus, the Court of Justice has ruled that even if it is incumbent upon all the authorities - central and regional - of the Member States to ensure compliance with Community law within their respective spheres of competence, it is not for the Community institutions to make pronouncement on the allocation of internal competences within each Member State. Consequently, the Commission may bring proceedings for failure to fulfill an obligation pursuant to Article 226 TEC only against the government of the Member State in question, even if the failure is the result of a region’s action or omission; in the course of such proceedings, the Member State may not plead provisions existing in its internal legal system in order to justify the failure 1. 22. Calls have been made to establish a specific right of appeal for the regions on the grounds that an act of the Union affects the exercise of their own powers that they enjoy by virtue of their respective constitutional law. 23. At present, regional entities may bring an action for annulment with the ECJ only by virtue of the fourth paragraph of Article 230 TEC as ‘legal persons’ under the same conditions as any private individual, i.e. either if the disputed act is addressed to them or it is of direct and individual concern to them. Well-established case-law of the Court of First Instance allows actions brought by the regions in one specific case, namely against Commission decisions on State-aid prohibiting aid granted by those regions. Even if such a prohibition decision is addressed to the Member State and not to the region, case-law takes the view that it nonetheless affects the regional authority concerned if, it directly prevents it from exercising its own powers’. Moreover, the Community court has stated in those cases that the regional authority bringing the action does have a separate interest, distinct from that of the Member State to which it belongs, where it possesses rights and interests of its own and the aid in question constitutes a set of measures taken in the exercise of legislative and financial autonomy vested in the authority directly under the constitution of the Member State concerned. On the other hand, an action brought by a region is inadmissible if it relies only on the fact that the contested act has socio-economic repercussions on its territory and cannot invoke the exercise of its own powers 1. 24. However, it is not clear whether this current case-law can be interpreted to mean that a region with legislative competence would be entitled, pursuant to the fourth paragraph of Article 230 TEC, to challenge the legality of a directive (or, in the future: a framework law) which it would have to transpose, in accordance with the constitutional law of the Member State, and which would therefore, in its view, affect the exercise of its own legislative powers. The difficulty in such a case lies in the requirement that the act in question must be of ‘individual concern’ (fourth paragraph of Article 230 TEC), since this term is interpreted very restrictively in the Plaumann case and that interpretation was recently confirmed by the Court of Justice 2; moreover, this issue has already been mentioned in the Convention 3”.

63. CONV 548/03, p. 11.

pean courts under the authority of the respective Member State in accordance with its constitutional law and other national provisions".⁶⁴ The representatives of the Praesidium proposed in their draft of the Subsidiarity Protocol the figure of an action to be brought by Member States upon request of their national parliaments and in accordance with their constitutional law. The term "national parliaments" indicates that in a bicameral system both chambers would be entitled to raise such initiative.⁶⁵ Another group argued in favor of deleting the element of "individual concern" from Article 230.4 TEC, so as to allow any natural or legal person to challenge a Community act by which it was merely "directly concerned".⁶⁶

Although regions with legislative powers have not been acknowledged privileged *locus standi* neither under the Constitutional Treaty nor under the Treaty of Lisbon, it seems that the new Article 263 TFEU softens to some extent the access requirements for non-privileged applicants to the European courts.⁶⁷

6.3. New article 263.4 TFEU

Article 263.4 TFEU grants *locus standi* to any natural or legal person "against an act addressed to that person or which is of direct

64. See Opinion of the European Parliament of January 14, 2003 (P5_TA-PROV (2003)0009, "Napolitano Report").

65. This proposal reflects the regulation currently in force in Germany, where the federal government may in accordance with § 7 EUZBLG (Law on the co-operation of *Bund* and *Länder* in affairs of the European Union) bring an action for annulment before the ECJ at the request of the *Bundesrat* to the extent that a Community act or omission affects the legislative powers of a *Land* in respect of which the federation has no competence. The main problem of this regime is that it does not allow for a satisfactory solution of a conflict of interest and, thus, it must be settled at a Community level.

66. CONV 548/03, P. 11. The working paper of the Praesidium CONV 518/03, P. 10 ss. takes a similar position with regard to regional and local entities: "VI. Avenues to be explored: 4. Should the regions be expressly mentioned in the fourth paragraph of Article 230 TEC? Would it be possible to settle the issue by following the suggestions mentioned in Working Group II's report that the right of natural or legal persons to institute proceedings, referred to in that Article, be extended in the case of measures of general application which apply directly to the individuals concerned?"

67. For further reference see Beltrán García, S., "La inclusión de los principios de autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa", in Olesti Rayo, A., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Barcelona, IEA, 2010, pp. 31-56.

and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures". The term "regulatory act" has already been subject to controversy. Some legal writers consider that the term "regulatory act" is not equitable with "regulation" in the sense of Article 288 TFEU and, hence, that the non-privileged action for annulment against a regulation should still be subject, *inter alia*, to the evidence of a "direct and individual concern".⁶⁸ The interpretation of the concept "regulatory act" should therefore be restricted to certain implementing measures such as administrative acts "of regulatory nature". However, current requirements should continue to apply with respect to the challenge of a directive.⁶⁹

7. Conclusions and *lege ferenda* proposals

7.1. Conclusions

The recognition of privileged *locus standi* primarily concerns regions with legislative powers of eight Member States –Germany, Austria, Belgium, Italy, Spain, Finland, Portugal and the United Kingdom– as well as the Overseas Countries and Territories of two Member States –the Netherlands and Denmark– which in the last years have claimed a treatment similar to that of regions with legislative powers and which enjoy a similar constitutional status.

The more common *petitum* in actions for annulment brought both by central state and regional bodies on the grounds of an alleged infringement of regional competences is the challenge of decisions of the Commission in the areas of state-aids and structural funds.

After its initial hesitance, Community case-law has categorically established that the competent body for reviewing an action for annulment brought by a regional entity is the EGC and that the admis-

68. König, D., Nguyen, A., "Der Vertrag von Lissabon", *ZJS* (Zeitschrift für das juristische Studium) 2/2008, p. 140 ss.

69. For further reference see Cienfuegos Mateo, M., "El *ius standi* de las regiones de la Unión Europea, ¿mejorará el Tratado de Lisboa la legitimación de las Comunidades Autónomas?", in Olesti Rayo, A., *Las relaciones UE-CCAA después del Tratado de Lisboa*, EAP, 2010, pp. 131-156.

sibility of such action must be assessed in accordance with Article 230.4 TEC. The European courts have often agreed to review actions brought against decisions (which account for the larger part of all challenged acts), although they have generally rejected the challenge of regulations and directives. When assessing the elements of Article 230.4 TEC with regard to an action against a decision, the European courts have coined a standard formula which reads as follows: "a regional entity is directly and individually concerned when the relevant provisions of the contested decision not only affect measures adopted by the regional entity, but also prevent such regional entity from exercising, as it sees fit, its own powers, which it enjoys directly under national law".

In recent years the CoR and REGLEG have claimed for the recognition of privileged *locus standi* for European regions with legislative powers. This claim has been rejected in all reforms of the Treaties since the Treaty of Amsterdam and, lately, in the Treaty of Lisbon. Nonetheless, the struggle of CoR and REGLEG brought some fruits, if only in the political discourse. Three main positions were adopted concerning this question within the frame of the European Convention supporting, respectively, (i) the introduction of a privileged standing based on Article 230.2 TEC for those European regions with legislative powers; (ii) the creation of a *tertium genus* standing for regional entities under the supervision of the relevant Member State; and (iii) the mitigation or elimination of the elements of direct and individual concern of Article 230.4 TEC. The new Article 263 TFEU introduced by the Treaty of Lisbon softens to some degree the access requirements of non-privileged applicants.

7.2. Proposals *lege ferenda*

In view of the limited success of the proposal in the context of the latest Treaty reforms, it seems unlikely that Primary law will be amended in the near future so as to include regions with legislative powers among the privileged applicants. However, since simplifying the access to the European courts has proved to be among the long-term "political priorities" of many European regions, we shall now turn to analyze the main proposals which have been discussed in the European Convention as well as certain other, more modest, alternatives which may prove to be more efficient and easy to implement in the current scenario.

7.2.1. Perspectives in Community case-law

In *Dutch Antilles* the EGC and Advocate-General Léger rejected the possibility to “transfer” *locus standi* of Article 230.2 TEC from the government of the Netherlands to the government of the Dutch Antilles, even though an internal co-ordination procedure expressly allowed for that possibility.⁷⁰ It has been pointed out above that the European courts lack competence to object an internal delegation of authority made by a Member State for the purposes of Article 230.2 TEC. This position does not contradict the principle of “institutional balance” and is consistent not only with the unitary representation for purposes of both the international and Community policy of a Member State but with the principle that the European courts are not entitled to assess the internal distribution of powers of a Member State. Since no internal co-ordination procedure actually provides for the transfer of *locus standi* to regional authorities, this question is (for the time being) rather an academic one. However, if such a mechanism was to be created in the future, the European courts may re-consider the position of the case-law in this matter.

7.2.2. Perspectives in national law

The internal co-ordination procedures currently in place are hardly used in half of the annulment proceedings based on the infringement of regional competences by a Community act. It is difficult to say whether the lack of use of such co-ordination procedures is a consequence of a number of intrinsic weaknesses of such processes or simply the expression of a failure to reach an agreement by the different national players. A mechanism which could potentially be part of such co-ordination procedures is the “transfer” of *locus standi* for the purposes of Article 230.2 TEC to the regional authorities, although –as discussed above– this option has not yet been accepted in Community case-law.

The Portuguese co-ordination procedure provides for the right of the *Regiões autónomas* of the Azores and Madeira to appoint the “Agent” for the purposes of Article 19 of the Statute of the

70. Opinion of Advocate-General Philippe Léger, ECJ, C-301/97, Kingdom of the Netherlands vs. Council and others and C-452/98, *Dutch Antilles vs. Council*, ECR 2001, I-8853, Para. 60 and 61.

ECJ.⁷¹ The candidate is then empowered by the Ministry of Foreign Affairs to represent the Republic of Portugal in the proceedings at hand. The Directorate General of European Affairs (“DGAE”) is represented in the proceedings by the director of its Legal Service. In practice, this option leads to a result which is very similar to the “transfer” of *locus standi* described above. It seems that, through the collaboration of the DGAE, the unitary representation of the interests of a Member State is also guaranteed.

7.2.3. Perspectives in Community law

7.2.3.1. Modification of Article 230.2 TEC (now 263.2 TFEU)

The most controversial and intensely discussed modification of Primary law has been the inclusion of certain regions among the group of privileged applicants of Article 230.2 TEC. The precise definition of the relevant regions could be implemented through a list to be attached as a schedule to the TFEU. The “regional *locus standi*” may adopt two forms: (i) *locus standi* on equal footing with the rest of privileged applicants; or (ii) *locus standi* “under the authority of the respective Member State and in accordance with constitutional law and other provisions of national law”.⁷² From the point of view of the European courts, the full or partial recognition of privileged *locus standi* to “constitutional regions” would eliminate the current difficulties they face in connection with their inability to assess the internal distribution of powers. The very often repeated argument that “it is not possible for the European Communities to comprise a greater number of Member States than the number of States between which they were established”, would not apply in this case since the number of Member States would not actually be increased; rather, only the number of privileged applicants would increase. However, the creation of this new action for annulment could entail the risk that regional and central state bodies represent diverging interests before the European courts. Despite its high political sensitivity, the advancement of diverging national interests before European courts should not

71. See related case-law: Order, C-363/06 P, Comunidad Autónoma de Valencia – Generalidad Valenciana vs. Commission, 20/02/2008.

72. See Opinion of the European Parliament dated January 14, 2003 (P5_TA-PROV(2003)0009, “Napolitano Report”).

pose any difficulties for the Community judge, since these conflicts already exist in other contexts. In addition, it should be noted that Member States are not bound by their position in the Council or in other judicial proceedings. One could argue, however, that since all national actors are bound by the constitutional principles of loyalty and unitary representation of national interests, it seems more appropriate that they settle their conflicts of interest at a national level.

The recognition of *locus standi* to regions with legislative powers poses certain difficulties from an “institutional balance” perspective. On the one hand, the inclusion of certain regions in the category of privileged applicants of paragraph 2 would result in Member States with a high number of legislative regions having more possibilities to challenge Community legislation *vis à vis* more centralized Member States.⁷³ On the other hand, it must be emphasized that the recognition of privileged *locus standi* to substatal regions may interfere with certain “checks and balances” anchored in the institutional system of the Treaties, such as (i) the inspection rights of the Commission in an administrative proceeding; (ii) the right to appeal of the Commission and the Member States in infringement procedures; and (iii) the sole responsibility of the Member State for the compliance with European law in an infringement procedure. Regions with privileged standing would be entitled to an unrestricted standing against Community legislation, whereas the responsibility for complying with it would remain with the Member State and, thus, such regions could not be made brought before the European courts by the Commission and the other Member States. In addition, a hypothetical “institutional adjustment” with the purpose of equaling rights and obligations of such regions both in infringement and annulment procedures seems difficult because (i) neither the Commission nor the European courts can assess the internal distribution of powers; and (ii) even less can such assessment be expected from the other Member States.

7.2.3.2. Modification of Article 230.3 TEC (now 263.3 TFEU)

The inclusion of regions with legislative powers under paragraph 3 does not seem appropriate since their position is not comparable to

73. Van Nuffel, P., “What’s in a member state?” (*op. cit.*), p. 898.

that of the ECB, ECA and CoR, since their powers do not derive from Community law and, thus, the European courts are not entitled to “safeguard their prerogatives”.

7.2.3.3. Modification of Article 230.4 TEC (now 263.4 TFEU)

The mitigation of the requirements of paragraph 4 may be implemented either by eliminating or modifying the element of “direct and individual concern” or through the exclusion of certain Community acts from the test of such criteria. The elimination or adequate modification of the element of “individual concern” would have a similar result as the inclusion of regional entities in the category of privileged applicants. The only Community acts which would escape such amended action for annulment would be those provisions of a Community directive that are not a decision “in the material sense”. The impact on the “institutional balance” of such a reform poses similar problems than those outlined above with regard to the inclusion of regions in the category of privileged applicants.

The elimination of the requirements of paragraph 4 with respect to regulations and directives (assuming that such a reform would also include decisions) would produce similar results. The exclusion of decisions from the test of “direct and individual concern” of paragraph 4 certainly represents a rather modest reform and would have less practical consequences (since Community case-law has rarely objected to the challenge of decisions), although, from the point of view of the Community judge, it would have the advantage of obviating the ever difficult assessment of the “internal distribution of powers”.

As mentioned above, the Treaty of Lisbon has slightly softened the access of non-privileged applicants to the European courts. European Regions would therefore enjoy a standing against any regulatory act which does not foresee implementing measures, which admissibility would be solely restricted to the test of “individual concern”. With regard to regulations and directives for purposes of Article 288 TFEU, the current restrictions do not seem to have changed.

Another *lege ferenda* proposal may be the inclusion of the formula coined in cases *Vlaams Gewest* and *Friuli-Venezia Giu-*

*lia*⁷⁴ in paragraph 4. In practice, this proposal would need to be complemented with a waiver from the Community judge to “assess” the internal distribution of powers and the limitation of the admissibility test to (i) the “*ex post facto* acknowledgement” of the existence of certain administrative acts passed by a national authority on the basis of a presumption of validity; and/or (ii) the assessment of evidence based on concluded acts.

7.2.3.4. Modification of Article 40.1 of the Statute of the ECJ

Access to the European courts for regions with legislative powers may be facilitated by means of the recognition of a right to intervene in proceedings to which its Member State is a party. The recognition of this right would “only” require a modification of Article 40.1 of the Statute of the ECJ, to be approved through a special legislative procedure. This right of intervention may adopt the form of an “unlimited” intervention, i.e. the region in question may either support or reject the claims of the other parties (including the Member State which is already a party to the proceeding) or limited to the support of claims defended by the Member State. The second option seems to safeguard better the principle of “institutional balance” and to allow the central state bodies not only to control the decision of bringing an action but also to guarantee the unitary representation of the interests of a Member State.

74. CFI, T-288/97, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia vs. Commission, ECR 1999, II-01871.

ABSTRACT

This contribution offers a response to two questions: firstly, what forms of appeal does a region with legislative powers have to challenge Community legislation?; secondly, what does the call for of a privileged action for annulment consist of for certain regions in agreement with Art. 263.2 TFUE / 230.2 TCE? This contribution presents (1) the concept of region with legislative powers, (2) the most frequent *petitum* of the actions used for the infringement of regional powers, (3) the internal coordination procedures between the central government bodies and the regional authorities, (4) community jurisprudence on the subject of Art. 230 TCE with respect to regional bodies, (5) the “political” call for a privileged action for annulment for regions with legislative powers, and finally, (6) some conclusions and perspectives *de lege ferenda*.

Key words: regional with legislative powers; action for annulment; active legitimation; article 263 TFUE / 230 TCE; internal coordination procedures.

RESUM

Aquesta contribució es proposa respondre dues preguntes: primera, de quines vies de recurs disposa una regió amb competències legislatives per impugnar la legislació comunitària? i segona, en què consisteix la reivindicació d'un recurs d'anul·lació privilegiat per a certes regions d'acord amb l'art. 263.2 TFUE / 230.2 TCE? Aquesta contribució exposa (1) el concepte de regió amb competències legislatives, (2) el *petitum* més freqüent dels recursos interposats per vulneració de competències regionals, (3) els procediments interns de coordinació entre els òrgans centrals de govern i les autoritats regionals, (4) la jurisprudència comunitària en matèria de l'art. 230 TCE respecte a entitats regionals, (5) la reivindicació “política” d'un recurs de anul·lació privilegiat per a regions amb competències legislatives i, finalment, (6) algunes conclusions i perspectives *lege ferenda*.

Paraules clau: regió amb competències legislatives; recurs d'anul·lació; legitimació activa; article 263 TFUE / 230 TCE; procediment intern de coordinació.

RESUMEN

Esta contribución se propone responder a dos preguntas: primero, ¿de qué vías de recurso dispone una región con competencias legislativas para impugnar la legislación comunitaria? y segundo, ¿en qué consiste la reivindi-

cación de un recurso de anulación privilegiado para ciertas regiones conforme al art. 263.2 TFUE / 230.2 TCE? Esta contribución expone (1) el concepto de región con competencias legislativas, (2) el *petitum* más frecuente de los recursos interpuestos por vulneración de competencias regionales, (3) los procedimientos internos de coordinación entre los órganos centrales de gobierno y las autoridades regionales, (4) la jurisprudencia comunitaria en materia del art. 230 TCE con respecto a entidades regionales, (5) la reivindicación "política" de un recurso de anulación privilegiado para regiones con competencias legislativas y, finalmente, (6) algunas conclusiones y perspectivas *lege ferenda*.

Palabras clave: región con competencias legislativas; recurso de anulación; legitimación activa; artículo 263 TFUE / 230 TCE; procedimientos internos de coordinación.

LA ASAMBLEA DE EXTREMADURA Y EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A TRAVÉS DEL MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA

José Ángel Camisón Yagüe

Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura

“Europa tendría la mejor organización posible, si todas las naciones que encierra, estando gobernadas cada una por un parlamento, reconociesen la supremacía de un parlamento general situado por encima de todos los gobiernos nacionales e investido de poder de juzgar sus diferencias”.

De la reorganización de la sociedad europea (1814)

Claude-Henri de Rouvroy. Conde de Saint-Simon

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Sobre el principio de subsidiariedad y el sistema de alerta temprana. 2.1. El principio de subsidiariedad: significado y naturaleza. 2.2. Sobre el sistema de alerta temprana de control del principio de subsidiariedad. – 3. Sobre la participación de los Parlamentos regionales en el sistema de alerta temprana. – 4. Control de la subsidiariedad en la Asamblea de Extremadura. 4.1. Procedimiento de control de la subsidiariedad en la Asamblea de Extremadura. 4.2. Propuestas legislativas de la Unión Europea consultadas a la Asamblea de Extremadura y dictámenes emitidos finalmente tenidos en cuenta por la Comisión Mixta. 4.3. Valoración de la participación de la Asamblea de Extremadura en el mecanismo de alerta temprana. – 5. Conclusiones. – 6. Anexo I: Listado de propuestas normativas consultadas en la Asamblea de Extremadura hasta julio de 2011. – 7. Bibliografía. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción

Los Estados miembros de la Unión Europea no son entre sí homogéneos por lo que la forma de organización territorial del Estado se refiere. Como se sabe, cada uno de ellos posee su propia y característica ordenación territorial,¹ lo que permite a la doctrina describirlos como Estados más o menos políticamente descentralizados.² La articulación entre el proceso de integración europeo y la descentralización política de aquellos Estados miembros, donde ésta se produce, no es una cuestión sencilla ni aún plenamente resuelta.³ Así, los entes políticamente descentralizados de los Estados miembros vienen demandando un espacio de participación en aquellas decisiones de la Unión

1. En el seno de la Unión Europea existen cada vez más Estados compuestos, con diversas fórmulas de descentralización política, que se diferencian entre sí, principalmente, por el grado de descentralización alcanzado, que va desde la escasa descentralización de la *devolution* británica hasta los modelos federales fuertemente descentralizados como el alemán. La descentralización política supone, normalmente, la creación de instituciones políticas propias en los Estados federados, regiones o Comunidades Autónomas (entre las que se encuentran asambleas y parlamentos) y la atribución a dichas instituciones de competencias legislativas y ejecutivas sobre un conjunto de materias. *Vid.* J. J. González Encinar, *El Estado Unitario-Federal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1985; *Vid.* también sobre la justificación de la descentralización en el clásico A. Hamilton y Madison, J.; "The structure of the Government must furnish the proper checks and balance between the different departments" en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist*, Nueva York, Ed. G.P. Putnam's Sons, 1889, pág. 325 "In a single republic, all the power surrendered by people is submitted to the administrations of a single government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the partition allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to rights of people. The different governments will control each other at the same time that each will be controlled by itself".

2. H. Kelsen, *Teoría del General del Derecho y del Estado*, México D.F., Ed. UNAM, 1995, págs. 363 y 364: "Cuando ni la centralización ni la descentralización son totales, hablamos de descentralización parcial y de centralización parcial, lo que equivale a lo mismo. La descentralización y la centralización totales son sólo polos ideales."

3. *Vid.* en este sentido, por ejemplo, la problemática del caso español en J.M. Martínez Sierra, "Estado Autonomómico e Integración Supranacional" en J.M. Vidal Beltrán y M.A. García Herrera (Coords.), *Estado Autonomómico y Solidaridad: integración, solidaridad, diversidad*, Vol. 1, Madrid, Ed. COLEX-INAP, 2005, págs. 277 a 300. *Vid.* también la clásica obra P. Pérez Tremps, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 1987; A. Willem Hering, "Democracy in Europe: The Evolving Role of Parliaments. Is there a European Parliamentary Model?"; en C. Flienterman, A. Willem Hering, L. Waddington, *The Evolving Role of Parliaments in Europe*, Antwerpen, Ed. Maklu, 1994, pág. 94. La estructura federal o compuesta del Estado va a constreñir las competencias del Parlamento nacional en relación con la participación de los Parlamentos regionales.

que puedan afectar a su ámbito reconocido de competencias,⁴ en tanto que en los foros comunitarios la presencia de dichos entes infraestatales puede calificarse como meramente testimonial,⁵ habiéndose llegado incluso a hablar, en relación a dicha infraparticipación regional, de que la Unión padece de "ceguera federal".⁶

En aquellos Estados miembros de la Unión que han optado por una significativa descentralización política, como es el caso español o el alemán, cada uno de los entes políticamente descentralizados se ha dotado de una organización institucional propia, entre la que invariablemente se encuentra un parlamento o asamblea regional, donde se residen ciertas competencias, fundamentalmente legislativas y de control, sobre un conjunto de materias concreto y determinado, respecto del cual el ente infraestatal poseerá cierta capacidad de de-

4. Vid. Informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español de 14 de febrero de 2008. Se puede acceder al texto completo del Informe de febrero de 2008 en el siguiente enlace de la web oficial del Consejo de Estado: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>. pág. 79: "...las principales reivindicaciones de las Comunidades Autónomas en este ámbito han girado en torno a una participación directa en los órganos comunitarios, de mayor alcance que la que les corresponde en el Comité de las Regiones. En este punto, los logros se han extendido desde su intervención en los comités de ejecución de la Comisión hasta la participación directa en el Consejo". En este sentido vid. E. Aja, "La consolidación definitiva del Estado Autonómico: tareas pendientes" en F. García de Cortazar (Coord.), *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida*, Madrid, Ed. Fundación para el análisis y los estudios sociales, 2001, pág. 257: "Cada vez más políticas comunitarias inciden en las competencias de las Comunidades Autónomas e, incluso sin afectar directamente a sus competencias, condicionan el ejercicio de sus poderes. En este sentido, nuestra experiencia confirma plenamente las quejas expresadas anteriormente por los Länder alemanes y austriacos".

5. Art. 13.4 del TUE: "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". A la vista de lo dispuesto en el art. 13 del TUE queda clara la naturaleza meramente consultiva del Comité de las Regiones, foro natural de participación de los entes políticamente descentralizados. E. Alberti Rovira, "Los Parlamentos Regionales en la Unión Europea" en García De Enterría (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, pág. 352: "El hecho de que sean los Estados, como sujetos de Derecho Internacional, quienes forma la Unión, y el tradicional principio de autonomía institucional desde el que las Comunidades siempre han contemplado la estructura interna de los Estados, parecen abogar más bien por una exclusión de las instituciones regionales internas de la arquitectura institucional de la Unión, o bien, a lo sumo, por una participación secundaria y no específica, como pueda ser, por ejemplo, la que supone el Comité de las Regiones (...)".

6. J.A. Montilla Martos, *Derecho de la Unión Europea y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 35: "El Derecho de la Unión ha sido tradicionalmente ajeno a la descentralización política de los Estados miembros. Es la conocida ceguera federal comunitaria (Landesblindheit)...".

cisión.⁷ Como es lógico, estas Asambleas o Parlamentos regionales aspiran también a ocupar un espacio en el ámbito de participación en los asuntos de la Unión Europea, dada la innegable relevancia que para muchos de ellos suponen determinadas cuestiones comunitarias que afectan o inciden, bien directamente bien indirectamente, en el marco competencial que les han sido constitucionalmente reconocido.⁸

A todo lo anterior se suma la voluntad de parlamentarizar las estructuras de gobernanza de la Unión Europea, que ya estuviera presente en los más remotos orígenes de la idea de una Europa unida,⁹ y que se ha manifestado con especial intensidad a través de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa.¹⁰ Así, por un lado, tras las últimas reformas los poderes del Parlamento Europeo se han visto sensiblemente incrementados, en tanto que sus facultades “colegis-

7. G. Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, págs. 265 y ss. A. Pace, *Quale, dei tanti federalismi? atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza"*, Padova, Ed. Cedam, 1997.

8. *Vid.* Punto 2 del Documento de Oviedo sobre las Asambleas Legislativas Regionales en la Unión Europea (CALRE, Oviedo 1997): “(...) para fortalecer el principio democrático, las regiones de los Estados miembros que disponen de asambleas con capacidad legislativa deben participar más el proceso de integración Europeo y que, tanto a nivel nacional como europeo, se les deberían conceder derechos de intervención en cuestiones de la integración europea”. F. Domínguez García, *Las regiones con competencias legislativas*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005. E. Alberti Rovira, *op. cit.*, pág. 353.

9. En su obra *De recuperatione Terrea Sancta* (1309), Pedro Dubois ya abogaba por el establecimiento de una Unión de los príncipes cristianos que habría de dotarse de una asamblea permanente de representantes. También Maximiliem de Béthune, Duque de Sully, en su Gran Dessein de 1638 se mostró favorable a la creación de un Consejo General de Europa con carácter parlamentario; (*Vid.* R. Pérez-Bustamante, E. San Miguel Pérez, *Los precursores de Europa*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, págs. 44 y 45); en el mismo sentido se pronunció el Abate Saint-Pierre en “Proyecto de Tratado para hacer que la paz sea perpetua entre los soberanos cristianos”, presentado durante el Congreso de Utrecht de los años 1712 y 1713 (A. Mangas, D. J. Liñan Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002, pág. 32). *Vid.*, en este sentido durante el periodo de entreguerras lo indicado en 1923 por R. N. Cuodenhove-Kalergi, *Pan-Europea*, Ginebra, Ed. Paneuropa, 1998, pág. 143. “*Pan-Europa tendría dos Cámaras, la Cámara de los pueblos y la Cámara de los Estados. La Cámara de los pueblos constaría de trescientos diputados, uno por cada millón de habitantes. La Cámara de los Estados tendría veintiséis uno por cada uno de los veintiséis Gobiernos europeos*”. *Vid.* R. N. Cuodenhove-Kalergi, *Pan-Europea*, Ginebra, Ed. Paneuropa, 1998, pág. 143.

10. Así el TUE contiene ahora referencias expresas a la democracia representativa y a la naturaleza del Parlamento Europeo como Cámara de representación de los ciudadanos, de las que se desprende cierto espíritu parlamentarizador. Art. 10.1 y .2 del TUE: “*El funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo*”.

lativas”¹¹ han sido ampliadas a prácticamente todos los ámbitos de competencia comunitaria.¹² Y, por otro lado, se han adoptado ciertas decisiones a fin de imbricar directamente a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros en los asuntos de la Unión Europea,¹³ mediante el reconocimiento expreso de su función de control sobre sus respectivos ejecutivos y,¹⁴ también, a través de su participación protagonista en la articulación de un mecanismo de control temprano del cumplimiento del principio de subsidiariedad.¹⁵

El trabajo que aquí se presenta se contextualiza en la problemática brevemente apuntada en los anteriores párrafos. Concretamente

11. J.M. Martínez Sierra, *El procedimiento legislativo de la codecisión*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

12. P.A. Sáenz de Santa María, “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio” en J. Martín y Pérez de Nanclares, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Lustel, 2008, pág. 215: “Una vez más, esta institución ha seguido reforzando su posición en el sistema de la Unión. En el Tratado de Lisboa (...) estos avances vienen dados principalmente por la generalización de la codecisión bajo la denominación de procedimiento legislativo ordinario y su extensión a nuevas materias, así como por las modificaciones en el procedimiento presupuestario y por el incremento de su papel en relación con diversas materias”.

13. Téngase en cuenta que la Declaración nº 23 del Tratado de Niza ya contemplaba la necesaria determinación del papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, como uno de los principales asuntos pendientes en el proceso de integración europeo.

14. Art. 10.2 *in fine* del TUE: “Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.” No obstante esta declaración contenida en el TUE debe ser enmarcada en la “crisis del parlamentarismo nacional”, que desde hace ya algunas décadas viene siendo apuntada. *Vid.*, en este sentido, R. Smend, “La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional” (1919) en la obra del mismo autor, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 30: “El debate parlamentario ha dejado de ser el momento creador de la decisión política para pasar a convertirse cada vez más en fachada detrás de la que se realizan con toda discreción las negociaciones entre los partidos. Desde que la actividad parlamentaria depende de los grupos parlamentarios, son éstos los que concretan la vida parlamentaria, sustrayendo así al público de una las parcelas de participación política que le corresponde constitucionalmente”. *Vid.* también, C. Schmitt, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Madrid, Tecnos, 2008. Y, específicamente referido a España, M. García-Pelayo, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, págs. 95 y 96: “(...) el Parlamento se ha transformado primordialmente en una Cámara de partidos y sólo por la mediatización de estos en una Cámara de diputados o senadores y que el Pleno no es el locus de la decisión, no es el lugar donde “de la discusión sale la luz”, sino el locus de legitimación de las decisiones (...)”.

15. Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ambos anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.

se pretende examinar si la participación de los Parlamentos y Asambleas regionales de los Estados miembros en el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de alerta temprana puede en alguna medida contribuir o no a paliar los déficits democráticos y de participación de las regiones en el proceso de integración europeo. En esencia se trata, por tanto, de analizar si la parlamentarización de la gobernanza europea mediante la inclusión de los Parlamentos regionales conlleva o no una mayor democraticidad de dicha gobernanza.¹⁶ Para ello se tomado como referencia concreta el caso español y, específicamente, la Asamblea de Extremadura, en tanto que se trata de uno de los Parlamentos Autonómicos que ha previsto una detallada regulación sobre su participación en el procedimiento control de alerta temprana del principio de subsidiariedad.

A fin de lograr los objetivos del análisis propuesto hemos procedido a estructurar este trabajo en cuatro partes. La primera de ellas, que tiene un carácter introductorio y contextualizador, se dedica brevemente a explicar, por un lado, cuál es la naturaleza y el significado del principio de subsidiariedad en el marco del proyecto de integración europea y, por otro lado, en qué consiste y cómo se articula el procedimiento de alerta temprana de control del cumplimiento del principio de subsidiariedad. La segunda parte se centra fundamentalmente en explicar cómo y de qué manera se lleva a cabo la participación de los Parlamentos regionales en el sistema de alerta temprana, concretamente en el caso español. En la tercera parte, y a la vista del contexto descrito en los dos apartados anteriores, se analiza detalladamente la específica participación de la Asamblea de Extremadura en sistema de alerta temprana, ofreciéndose una valoración crítica respecto a la misma. Finalmente, se cierra este trabajo con una serie de conclusiones y aportaciones, que sustentadas sobre el estudio previo, indican en base a lo visto en relación con la Asamblea de Extremadu-

16. F. Balaguer, "La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal" en M. A. García Herrera (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco-Servicio de Publicaciones, 1997, pág. 593: "Se habla con frecuencia de un déficit democrático de la Unión que, ciertamente, es innegable y debe ser solventado en el futuro. Sin embargo, en un tiempo en el que el constitucionalismo no se define únicamente en relación con la institución parlamentaria, ese déficit no debería identificarse, como se hace usualmente, con lo que podríamos llamar un déficit del Parlamento. Por el contrario, resulta todavía más problemático, en cuanto expresión de ese déficit democrático, lo que podríamos llamar el déficit de constitución que todavía sufre la Unión".

ra cuales son las debilidades y fortalezas del mecanismo de alerta temprana, y cuál es su virtualidad como mecanismo parámetro y democratizador del proyecto de integración europea.

2. Sobre el principio de subsidiariedad y el sistema de alerta temprana

Para poder comprender de forma completa la participación de las Asambleas de las Comunidades Autónomas en el sistema de alerta temprana, es preciso, si quiera, sintetizar aquí brevemente, por un lado, qué es y qué función desempeña el principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea; y, por otro lado, en qué consiste el sistema de alerta temprana de control del principio de subsidiariedad que se ha sido establecido en virtud del Tratado de Lisboa.

2.1. El principio de subsidiariedad: significado y naturaleza

El principio de subsidiariedad es, como se sabe, uno de los pilares fundamentales sobre los que se ha edificado el proceso de integración de la Unión Europea. En esencia se trata de un mecanismo que persigue que el ejercicio de las competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión Europea se lleve a cabo por los poderes públicos más cercanos al ciudadano –fundamentalmente los propios del Estado–, en tanto en cuando dicho ejercicio garantice un nivel de eficacia suficiente. En caso contrario, dicha competencia pasará a ser ejercida por el otro nivel, el de la Unión Europea, siempre y cuando en éste se pueda realizar dicha competencia de forma más eficaz, aún cuando esté más lejos del ciudadano.¹⁷

17. Una de las definiciones más claras que del principio de subsidiariedad se han dado y también de su justificación, se encuentra en una encíclica del Papa Pío XI. La Iglesia Católica, principalmente en el marco de su doctrina social, también ha hecho uso y ha teorizado sobre este principio, siendo incluso una de sus precursores. *Vid.* punto 80 de la Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931): “*Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el*

El origen moderno del principio de subsidiariedad se encuentra en los postulados del liberalismo, que consideraban que el Estado sólo debía ocuparse de aquellas necesidades a las que la sociedad no pudiera hacer frente por sí misma. Dicho principio fue también reformulado y adaptado para articular el funcionamiento de los Estados federales.¹⁸ Es por esta vía, por la que el proyecto de integración europeo procederá a importar dicho principio para las Comunidades Europeas, en tanto que de éstas se predica que poseen naturaleza de organizaciones "federales sectoriales".¹⁹ Sin embargo, la primera aparición formal de este principio en el seno del Derecho originario no llegará hasta el Acta Única del año 1986, y no referido a la globalidad del proyecto de integración si no solamente indicado para el concreto ámbito del medio ambiente.²⁰ Posteriormente, con el Tratado de Maastricht,²¹ el principio de subsidiariedad adquirirá definitivamente

orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación".

18. Sobre las diversas raíces del principio de subsidiariedad y sus diferentes dimensiones y concepciones *vid.* A. Boixareu Carrera, "El principio de subsidiariedad" en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, nº 3, 1994, págs. 773 y ss. *Vid.* también C. Ares Castro-Conde, "El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis" en *Revista de Estudios Políticos* nº 136, abril-julio 2007, págs. 217 a 220.

19. G. Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000, págs. 73 y 74: "El principio (...) ya estaba en el germen del Tratado de la CECA, implícito en el Tratado de Roma (art. 308 CE ex 235)". J. L. Iglesias Buiges, "Federalismo y soberanía en la historia de la Unión Europea" en *Revista de Instituciones Europeas*, 1976- nº 3, págs. 657 y ss.; D. Sidjanski, *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad a la Unión Europea*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998. *Vid.* también sobre la definición de la naturaleza federal-regional de la Unión y su interrelación con el principio de subsidiariedad, A. D'Atena, "Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de competencias normativas entre la Unión Europea y los Estados miembros" en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3 (2005), pág. 195 y ss.

20. Art. 25 del Acta Única por el que se introducía un nuevo artículo 130 R en el Tratado de la Comunidad Económica Europea relativo al medio ambiente, en concreto el apartado 4 de este artículo 130 R contenía la siguiente formulación del principio de subsidiariedad: "La Comunidad actuará, en los asuntos del medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. (...)". Tal y como indica Isaac, esta primera formulación del principio de subsidiariedad "respondía a una especie de competición entre los Estados y la Comunidad, ejerciendo esta última su competencia siempre que su acción sea más eficaz que la de los Estados considerados aisladamente, incluso si la acción de éstos fuere satisfactoria o eficaz". *Vid. in extenso.* G. Isaac; *op. cit.*, pág. 74.

21. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 191, de 29 de julio de 1992.

carta de naturaleza en el seno del proyecto de integración europea, dejando de ser un principio aplicable sólo al medio ambiente para convertirse en una de las piedras angulares de la Unión Europea y sus Comunidades.²²

Así, el principio de subsidiariedad quedó consagrado en el Derecho originario con una doble naturaleza. Por un lado, como un principio informador y limitador del proceso de integración europea en sí mismo considerado, en tanto que el preámbulo del Tratado de Maastricht indicaba muy claramente que la voluntad de los Estados miembros de profundizar en el proceso de creación de una unión más estrecha de los pueblos de Europa estaba, y sigue estando, condicionada a que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos en observancia del principio de subsidiariedad.²³ Por otro lado, como norma reguladora y moduladora de la intervención de la Unión Europea respecto a la misión que a ésta se le encomienda y de las competencias concretas que se le atribuyen. De modo que el principio de subsidiariedad pasó también a regularse en el Derecho originario no sólo como un criterio para atribuir o no competencias a la Unión Europea –como se enuncia en el Preámbulo del TUE–, sino también como un mecanismo específico para determinar cuándo corresponde a los Estados y cuando a la Comunidad el ejercicio de una competencia concreta y compartida entre ambos niveles.²⁴ Dada la gran indeterminación del principio de subsidiariedad se optó por in-

22. Se pretendía que dicho principio supusiera, en la práctica, un freno a la vocación federalizante del proceso de integración Europea. *Vid.* en este sentido, P. Craig y G. de Búrca, *EU Law*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2008, pág. 100: *"The subsidiarity concept was to be used to defeat those who hoped to increase the federalist leanings of the Community under the TUE"*. Algo que en la práctica ha sucedido tal y como indica D'Atena: *"(...) con el Tratado de Maastricht este diseño competencial ha sufrido una transformación muy profunda en virtud del principio de subsidiariedad y de la decisión de preferencia que está presente en su base: una decisión dirigida a favorecer la competencia de los Estados con respecto a la de la Comunidad (...)"*. A. D'Atena, *op. cit.*, pág. 199.

23. El Preámbulo de la vigente versión del Tratado de la Unión Europea mantiene de forma idéntica la referencia expresa al principio subsidiariedad que ya se introdujera en virtud del Tratado de Maastricht: *"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"*.

24. Art. B del Tratado de Maastricht: *"Los objetivos de la Unión se alcanzarán según lo previsto en el Tratado, de acuerdo con lo previsto en el mismo, respetando el principio de subsidiariedad tal y como se define en el art. 3b del Tratado por el que se establece la Comunidad Europea"*.

cluir expresamente dentro del TCEE una definición del mismo;²⁵ que, sin embargo, debido a lo poco claro de los términos utilizados, más que servir para clarificarlo, contribuyó a introducir cierta confusión respecto a éste y a su uso²⁶—aunque ya desde un primer momento las instituciones de la Unión Europea intentarían reglamentar su aplicación—.²⁷ A fin de tratar de paliar esta indeterminación y de normativizar en mayor medida el principio de subsidiariedad se introdujo en el Derecho Originario, en virtud del Tratado de Ámsterdam,²⁸ un nuevo Protocolo en el que se contenían determinadas especificaciones especialmente referidas al mismo,²⁹ a fin de —en palabras del propio preámbulo del Protocolo— *“definir con mayor precisión los criterios para su aplicación y garantizar su estricto cumplimiento y su aplicación coherente por parte de todas las instituciones”*. En la práctica el protocolo introducía un *test de subsidiariedad* al que la actividad de las Comunidades debía ser sometida al objeto de garantizar la observancia del principio de subsidiariedad y justificar así que fuera ella y no los Esta-

25. Art. 3b del Tratado de la Comunidad Económica Europea, después de la reforma del Tratado de Maastricht: *“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”*

26. Vid. G. Isaac; *op. cit.*, pág. 74: *“De manera que la puesta en práctica del principio de subsidiariedad plantea por lo menos tantos problemas como intenta resolver”*. En este mismo sentido P. Craig y G. de Búrca, *op. cit.*, pág. 100: *“The meaning of subsidiarity is, however, far from clear. We can at least be clear about the wording of Article 5 [el art. 5 se corresponde con el art. 3b del TCEE tras la numeración introducida por el Tratado de Ámsterdam]”*.

27. Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad.

28. Durante los trabajos de preparación de la Conferencia Intergubernamental del Tratado de Ámsterdam, que arrancaron en 1995, el principio de subsidiariedad ya estaba encima de la mesa como uno de los asuntos a tratar, en tanto que se percibía como necesario profundizar en su definición y posibilidades. Vid., por ejemplo, el Punto I. de *A Strategy for Europe*, Informe final del Presidente del Grupo reflexión sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996, que fue presentado en Bruselas el 5 de diciembre de 1995: *“The Union will be closer to the citizen if it focuses on what should be its tasks. This means that it must respect the principle of subsidiarity. This principle must therefore not be construed as justifying the inexorable growth of European powers nor as a pretext for undermining solidarity or the Union’s achievements. We believe it necessary to reinforce its proper application in practice”*.

29. Aunque el Protocolo tratara conjuntamente el principio de proporcionalidad y el de subsidiariedad, se aprecia claramente, que el principal fin de dicho protocolo era regular el principio de subsidiariedad.

dos la encargada del ejercicio de una determinada competencia compartida.³⁰

En el momento actual del proceso de integración y con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el principio de subsidiariedad parece haber sido significativamente fortalecido, en tanto que respecto al control de su cumplimiento se ha hecho pivotar una de las más novedades más destacadas de todas aquellas que se han introducido, el sistema de alerta temprana –que veremos en detalle en el siguiente apartado–.³¹ Este sistema conlleva, a juicio de ciertos autores, un significativo refuerzo de la centralidad del principio de subsidiariedad en el proyecto de integración, operado no por ser una redefinición o rearticulación del propio principio, sino por una constituir una “aparente” garantía procedimental de su cumplimiento.³² Sin embargo, a nuestro juicio sí se han añadido ciertas precisiones relevantes a la formulación normativa del principio, que ya se configurara en sus líneas maestras por el Tratado de Maastricht. Entre estas precisiones destaca muy significativamente la expresa mención de los distintos niveles de ordenación territoriales que pueden constituirse en el seno del Estado: el central, el regional y el local. En este punto, llama poderosamente la atención que en la enumeración de los distintos niveles que se con-

30. El *test de subsidiariedad* implícitamente contenido en el Protocolo consta de tres premisas a examinar en cada caso concreto: en primer lugar, que se trate de un asunto transnacional; en segundo lugar, que las actuaciones de los Estados miembros únicamente o la ausencia de actuación comunitaria entren 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 perjudiquen considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; y, en tercer lugar, que la actuación comunitaria proporcione claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros. (Apartado 5 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). *Vid.* en detalle sobre el “*calculus*” de la subsidiariedad, P. Craig y G. de Búrca, *op. cit.*, pág. 103.

31. C. Ferrer Martín De Vidales, *Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, de Maastricht a Lisboa*, Madrid, Ed. Dilex, 2008, pág. 96. Téngase en cuenta también que el principio de subsidiariedad fue uno de los asuntos más debatidos e importantes en el marco de los trabajos de la Convención Europea, que se encargara de elaborar el anteproyecto de Tratado Constitucional, que, como se sabe, sirve de base al actual Tratado de Lisboa. *Vid.* Documento CONV 286/02 WG I 15, de 23 de septiembre de 2002, que contiene las conclusiones del Grupo I sobre el principio de subsidiariedad.

32. *Vid.* en este sentido, A. D’Atena, *op. cit.*, págs. 209 y 210: “*Dicho reforzamiento no se plasma en la nueva formulación del art. 3b (ahora 5 TCE). (...) Éste ha de buscarse sobre el terreno de los procedimientos. El tratado, de hecho, robustece considerablemente las garantías procedimentales con las que se ha provisto en principio (...)*”.

tiene en el Derecho originario se haya optado por un criterio inverso al que lógicamente impondría el principio de subsidiariedad, en tanto que en vez de decir "... *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 (...)*"; debiera decir, por propia coherencia interna, "ni a nivel local, ni a nivel regional, ni nivel central", en tanto que ésta sería la formulación lógica y funcional al principio de subsidiariedad, tal y como el propio Tratado lo enuncia.³³

2.2. Sobre el sistema de alerta temprana de control del principio de subsidiariedad

Antes de profundizar en la concreta participación de los Parlamentos Autonómicos en el procedimiento de alerta temprana, es preciso ofrecer, si quiera –al objeto de completar este capítulo introductorio y contextualizador– un breve bosquejo de dicho procedimiento tal y como ha quedado definitivamente configurado por el Tratado de Lisboa.³⁴

El sistema de alerta temprana se ha incorporado normativamente en el Derecho originario en virtud del Tratado de Lisboa como un Protocolo anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.³⁵ En esencia el mecanismo

33. Art. 5.3 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Téngase en cuenta, por otra parte, en este punto que la Unión debe respetar el principio de autonomía institucional de cada Estado. Art. 4.2 del TUE "*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*".

34. *Vid. in extenso* sobre este procedimiento, su evolución y establecimiento en J.A. Camisión Yagüe, *La participación directa e indirecta de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea*. Madrid, Ed. Senado, 2010. *Vid.* también L.M. Hinojosa Martínez, "La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004.

35. Protocolo (nº 2) Anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, publicado en el DOUE C115 de 9 de mayo de 2008, págs. 206 y siguientes. Este protocolo tiene su origen en los trabajos desarrollados en el seno la Convención Europea encargada de redactar el anteproyecto de Constitución para Europa, que a instancia de la Declaración nº 23 aneja al Tratado de Niza, y de la posterior Declaración de Laeken, exploró las posibles vías que podría articularse una mayor participación de los Parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea, y en concreto en el control del principio de subsidiariedad. Un Protocolo de similares caracte-

de participación de los Parlamentos nacionales en el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad se articula como un control previo sobre los proyectos de actos legislativos europeos.³⁶ Este procedimiento ha permitido otorgar nuevas atribuciones a los Parlamentos nacionales,³⁷ sin que haya sido preciso crear una nueva Institución y sin que el procedimiento legislativo comunitario se alambique, aparentemente, en exceso.³⁸

Así, estableciendo un símil futbolístico se habla de que se han puesto en manos de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, en tanto que "árbitros" de la subsidiariedad, dos tipos de tarjetas.³⁹

rísticas se anexaba al Tratado por el cual se "establecía" una Constitución para Europa. Finalmente, la CIG 2004, siguiendo los mandatos del Consejo Europeo inserta de nuevo este mecanismo en un protocolo anejo al Tratado de Lisboa, *vid.* Punto IV. 21 del Anexo a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007.

36. La idea original de este mecanismo corresponde a I. Fernández De Vigo, quien fue Presidente del Grupo I de la Convención. *Vid.* M. Delgado-Iribarren, "La participación en la Unión Europea de los Parlamentos nacionales en la Constitución Europea", E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pág. 779.

37. Cualquier transferencia competencial en favor de la Unión Europea supone una pérdida de competencias en el ámbito nacional. Este trasvase ha venido afectando a todas las instituciones nacionales y, muy especialmente, a los Parlamentos nacionales. Definir "quién hace qué" y cómo se supervisa que ese "quién" y ese "qué" cumplan con el principio de subsidiariedad es una cuestión a la que no pueden ser ajenos los Parlamentos nacionales. A lo largo de la historia del proceso de integración se ha hecho referencia en numerosas ocasiones a que el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad es una de las funciones que deberían desempeñar los Parlamentos nacionales. *Vid.* Punto 93 de *A Strategy for Europe*, Informe final del Presidente del Grupo reflexión sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996, que fue presentado en Bruselas el 5 de diciembre de 1995. *Vid.* G. Berthu, "Documento de trabajo sobre la subsidiariedad", en COMISIÓN DE ASUNTOS INSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental – Realización y desarrollo de la Unión*, de 4 de mayo de 1995 (A4-0102/95/PARTE III), conocido también como Informe Bourlanges, Martin; S. Smismans, "The role of the National Parliaments in the European Decision-Making Process: Addressing the Problem at the European Level", en ELSA ESPEL 1998, Volume IX, Issue 1, pág. 69.

38. M.G. Prieto Gutiérrez, "Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales", en E. Álvarez Conde, M. Garrido Mayol, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 818.

39. Ninth bi-annual report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny, elaborado por la XXXIX COSAC, en su reunión celebrada los días 7 y 8 de mayo de 2008 en Bled. Puede encontrarse una copia del mismo en lengua inglesa las siguiente sección de la página web oficial de la COSAC: www.cosac.eu/en/documents/biannual/

En primer lugar, una “tarjeta amarilla”, para referirse a la obligación de la Comisión de reexaminar su propuesta de un acto legislativo, en caso de que un tercio de los Parlamentos nacionales (un cuarto en los asuntos de justicia y seguridad) consideren que dicha propuesta pudiera ser incompatible con el principio de subsidiariedad.⁴⁰ En segundo lugar, se habla también de una “tarjeta naranja”, para referirse a una específica variante de la tarjeta amarilla, que se activa cuando la mayoría simple de los votos emitidos por los Parlamentos se manifieste contraria a la propuesta normativa presentada por considerarla no conforme a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Si esto sucede, la propuesta deberá ser reexaminada por la Comisión, y en caso de que ésta opte por mantenerla, dicha propuesta será objeto de un tratamiento especial durante el procedimiento legislativo, en tanto que antes de que concluya la primera lectura, el Parlamento y el Consejo estarán obligados a estudiar en concreto si la misma es o no compatible con el principio de subsidiariedad, pudiendo llegar a ser totalmente desestimada si así lo decidiera el Consejo por el cincuenta y cinco por ciento de sus votos, o el Parlamento por mayoría de los votos emitidos.⁴¹

Los Parlamentos nacionales, a través del mecanismo de alerta temprana, sólo ejercen su control sobre el proyecto de acto legislativo. Dicho proyecto está sujeto a las modificaciones y cambios que pueden producirse durante el transcurso del proceso legislativo al que dicho proyecto será sometido.⁴² Por tanto, este control previo tiene una trascendencia cuanto menos limitada, pues los Parlamentos se pronuncian en una etapa excesivamente temprana y no sobre el texto final del acto, que sólo queda definitivamente perfilado una vez que ha pasado por todos los trámites legislativos.⁴³ Además, los Par-

40. Art. 7.2 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.

41. Art. 7.3 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.

42. Art. 3 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.: “...se entenderá por “proyecto de acto legislativo” las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo”.

43. Se discutió durante la Convención sobre la posibilidad de que los Parlamentos nacionales efectuaran el control respecto del cumplimiento del principio de subsidiariedad en

lamentos nacionales siguen sin tener a su disposición un instrumento de veto completo, pues no existe una "tarjeta roja", de modo que no pueden impedir que las Instituciones comunitarias aprueben definitivamente su propuesta. Sin embargo, sí se ha reconocido en este sentido a los Parlamentos nacionales una nueva posibilidad, la vía jurisdiccional de control; en tanto que, a través de sus Gobiernos, podrán presentar ante el Tribunal de Justicia un recurso contra la norma europea que hubiera sido finalmente aprobada y se considere contraria al principio de subsidiariedad o al de proporcionalidad.⁴⁴ A la vista de lo anterior, la doctrina ha indicado que el fortalecimiento a los Parlamentos nacionales favorece significativamente a aquellas concepciones intergubernamentales de la Unión Europea.⁴⁵

otro momento del procedimiento legislativo comunitario. Sin embargo, debido a las dificultades técnicas que esto podría plantear, y sobre la base de que el control sobre la subsidiariedad únicamente se pronuncia sobre si la materia objeto de la propuesta es o no conforme a dicho principio, y esto puede conocerse ya con la propuesta del acto, se optó porque la participación se produjera en el momento inicial. *Vid.* M. Delgado-Iribarren, "La participación en la Unión Europea de los Parlamentos nacionales en la Constitución Europea", en E. Álvarez Conde, V. Garrigo Mayol, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pág. 783.

44. Art. 8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al TUE, al TFUE y al TCEEA.

45. A. von Bogdandy, "Notas sobre la ciencia del Derecho Europeo (contexto, debates, perspectivas de desarrollo de la Teoría General del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)" en *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 5, 1er semestre 2000, pág., 225. También otros autores como J. M. Martínez Sierra; *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Madrid, UCM, 2003, ya avisaron del giro intergubernamental que la Unión venía padeciendo. *Vid.* un análisis *in extenso* en A. Mangas, "El escoramiento intergubernamental de la Unión" en J. Martín y Pérez de Nanclores, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, op. cit., pág. 54: "Las reformas que introduce el Tratado de Lisboa confirma el notable escoramiento intergubernamental que ya tenía la nave constitucional encallada. Siempre me causó perplejidad que un proyecto denominado Constitución europea incluyera más elementos internacionales que "comunitarios". El recorte más importante, la eliminación de la parafernalia constitucionalista, deja al desnudo lo que realmente era aquella reforma: máximo control por parte de los Estados y el reforzamiento de éstos en el sistema institucional". Este avance de lo intergubernamental supone también, como advierte Balaguer, un triunfo de aquellos que se oponen a profundizar en la estatalidad de la Unión Europea, para lo cual, no han dudado en desestructurar y ocultar en el Tratado de Lisboa, lo que de derecho constitucional tenía Tratado Constitucional que lo precedió. el *vid.* F. Balaguer, "El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto, 2008, pág. 89: "El Tratado de Lisboa ha expresado, quizás en mayor medida que ningún otro texto fundamental de la Unión Europea, el temor de los euroescépticos al reforzamiento de la estatalidad de la Unión Europea".

3. Sobre la participación de los Parlamentos regionales en el sistema de alerta temprana

Tal y como anticipamos en la introducción, los Parlamentos regionales han venido haciendo patente su deseo de que les sea reconocido expresamente en los Tratados cierto ámbito de participación en los asuntos de la Unión Europea. Así, toda vez que la solución alcanzada por el Tratado de Lisboa para articular las demandas de participación de los Parlamentos nacionales en la arquitectura institucional de la Unión ha sido la de imbricarlos en el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad mediante el mecanismo de alerta temprana;⁴⁶ se ha dado también por bueno, de forma acrítica, que esta misma solución pueda satisfacer las demandas de los Parlamentos regionales.⁴⁷ Sin embargo, aún queda por demostrar si esta participación –que en cierta forma aumenta el grado de participación de las regiones en el proceso de integración europeo– es o no efectiva para reducir el déficit democrático, algo a lo que pretendemos contribuir con este trabajo.

Así, en el Protocolo sobre el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad, aprobado junto con el Tratado de Lisboa, se ha incluido expresamente una previsión específica referida a la participación de los Parlamentos infraestatales en el mecanismo de alerta temprana. Sin embargo, dicha participación no se “impone”, como sí ocurre con la participación de los Parlamentos nacionales,⁴⁸ sino que se deja a la decisión del Parlamento nacional de cada Estado miembro

46. La idea original de las líneas fundamentales de este mecanismo, tal y como está configurado por el Tratado de Lisboa, corresponde a Iñigo Fernández de Vigo, quien fue Presidente del Grupo I de la Convención, encargado de los trabajos relativos al principio de subsidiariedad. *Vid.* M. Delgado-Iribarren, *op. cit.*, pág. 779.

47. C. Ares Castro-Conde, *op. cit.*, págs. 236-239 y 241 y ss.; esta autora sostiene, por ejemplo, que dicha participación de los Parlamentos nacionales fortalecerá las credenciales políticas del proyecto europeo.

48. Existe un sector de la Doctrina que indica que la creación por el Tratado que establece una Constitución para Europa del mecanismo de alerta temprana y de la posibilidad de que un Parlamento nacional pueda solicitar a su Gobierno la presentación de un recurso contra una norma comunitaria que incumpla con el principio de subsidiariedad constituyen una quiebra del principio de autonomía institucional, pues desde la norma comunitaria se “irrumpe” en el Derecho parlamentario de los Estados, en tanto que desde la Unión que se regulan para éstos nuevas formas de intervención. En este sentido *vid.* C. Storini, *Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch-Instituto de Derecho Público Comparado, 2005, pág. 72.

o de sus cámaras proceder o no a consultar a los Parlamentos regionales. La única condición, contenida expresamente en el Protocolo, es que sólo van a poder ser consultados a aquellos Parlamentos regionales que posean competencias legislativas.⁴⁹

En este punto es también preciso mencionar que el Tratado de Lisboa ha fijado el plazo de que disponen los Parlamentos nacionales para realizar su examen de la propuesta normativa de la Unión en ocho semanas, ampliando así en dos semanas el plazo de seis que originalmente se fijara en el malogrado Tratado por el que se “establecía” una Constitución para Europa.⁵⁰ Con la ampliación del plazo se persigue, por un lado, que los Parlamentos puedan realizar un examen más detallado y profuso de la propuesta y, por otro, que exista tiempo suficiente para que pueda articularse la participación en el procedimiento de control de la subsidiariedad de los Parlamentos de los entes infraestatales dotados de autonomía política y competencia legislativa de aquellos Estados miembros descentralizados o compuestos, si es que así lo estiman procedente dichos Estados; en tanto que recordamos que dicha participación regional no es obligatoria.⁵¹

49. Art. 6 Párrafo 1 *in fine* del Protocolo sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y 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”. Según lo que indica este artículo sólo aquellas Asambleas que tengan competencias legislativas reconocidas pueden ser consultadas por su respectivo Parlamento nacional o alguna de sus Cámaras, esto parece excluir de la posible consulta a aquellos Parlamentos que tuvieran reconocida capacidad normativa de rango infralegislativo o que carecieran de ella. En principio, tal limitación parece lógica en tanto que el mecanismo de alerta temprana tiene como objeto concreto de análisis proyectos legislativos de la Unión, y forma parte de la propia esencia de un Parlamento, digno de ese nombre, estar dotado de competencias legislativas. Sin embargo, sí parece ignorarse deliberadamente que dichos proyectos legislativos pueden afectar a otras competencias, diferentes de las legislativas, que pudieran tener las Asambleas o Parlamentos de los entes políticos infraestatales que pudieran existir en el seno de los Estados miembros y que, como hemos indicado, pudieran carecer de competencias legislativas.

50. J. Martín y Pérez de Nanclares, *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional*. Madrid, Ed. Lustel, 2008.

51. Art. 6 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad “(...) Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas”. Debe entenderse está facultad discrecional como una manifestación del principio de autonomía institucional que debe ser observado por la Unión. Este principio indica que “cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la

En España, a fin de articular un mecanismo que posibilitara la participación de las Cortes Generales y, también, de los Parlamentos Autonómicos en el procedimiento de alerta temprana, se ha procedido a reformar la Ley 8/1994 por la que se regula la Comisión Mixta para asuntos de la Unión Europea,⁵² órgano parlamentario que ha venido encargándose, desde que empezara a funcionar en 1986, de los asuntos de las Comunidades Europeas y, posteriormente también, de los de la Unión Europea.⁵³

En virtud de dicha reforma –y atendiendo a las indicaciones del Protocolo sobre el control del principio de subsidiariedad– se ha establecido un mecanismo de consulta a los Parlamentos regionales, que se inserta dentro del procedimiento de alerta temprana que se sustancia en el seno de las Cortes Generales, fundamentalmente a través de la Comisión Mixta para la Unión Europea.⁵⁴ Esta comisión es, en

*adopción de las medidas necesarias para su aplicación, esas medidas internas se toman por las autoridades nacionales en el respeto de las formas y procedimientos del Derecho nacional”, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 39/70, de 11 de febrero de 1971, conocida como Sentencia *Nordeutsches Vieh*, y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 122/73, de 11 de diciembre de 1973, conocida como Sentencia *Nordsee*. A. Mangas, D.J. Liñan Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002, págs. 421 y 422.*

52. Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, publicada en el BOE núm. 308 de 23 de septiembre de 2009. La última reforma de esta Ley ha sido operada mediante la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta (publicada en el BOE n.º. 309 de 21 de diciembre de 2010. El objeto fundamental de esta reforma es regular las comparecencias de los miembros del Gobierno de España y también de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas ante la Comisión.

53. *Vid. in extenso* sobre la participación de las Cortes Generales en los asuntos de la Unión Europea, y en concreto sobre la actividad de la Comisión Mixta, J.M. Bueno y Vicente, *La contribución de las Cortes Generales a la integración europea, 1986-2004*, Madrid, Ed. Congreso de los Diputados, 2006.

54. Téngase en cuenta que desde marzo de 2009, antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa, ya se pusieron en marcha por parte de la Comisión Mixta de la Unión Europea varios ensayos del procedimiento de control del principio de subsidiariedad en los cuales pudieron tomar parte aquellos Parlamentos autonómicos que así lo desearon. *Vid.* “Acuerdo de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 24 de marzo de 2009, de aprobación de los criterios para la realización de ensayos piloto relativos al control del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas”, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 127, de 16 de abril de 2009, págs. 2 y 3.

principio,⁵⁵ el órgano de las Cortes Generales que va a estar encargado de discutir y en su caso de aprobar los dictámenes sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad respecto a las propuestas normativas que sean remitidas al Parlamento español.⁵⁶

La participación de las Asambleas autonómicas en el procedimiento de alerta temprana comienza en el momento en que se remite a éstas desde las Cortes Generales la concreta iniciativa legislativa de la Unión. En este punto hay que recordar que tanto el Congreso de los Diputados como el Senado están obligados a dar traslado a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas de todas las iniciativas legislativas de la Unión, tan pronto como las reciban. Se especifica claramente que se deben remitir "todas" las iniciativas, sin posibilidad de que las Cámaras de las Cortes puedan actuar como filtros de las iniciativas recibidas, pues expresamente se indica en la Ley que toda propuesta debe remitirse, sin prejuzgar si ésta puede o no afectar a competencias propias de las Comunidades Autónomas.⁵⁷ En la práctica la transmisión de las iniciativas se produce a través de la mesa de la Comisión Mixta, donde las propuestas se reciben desde los foros comunitarios por vía telemática siendo remitidas de la misma manera

55. Art. 5.2. de la Ley 8/1994, tal y como queda después de la reforma operada por la Ley 24/2009. También cabe que los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan llegar a avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea en los términos previstos en los respectivos Reglamentos de las Cámaras. En todo caso, la Ley prevé que si sólo uno de los Plenos de las Cámaras avocase su competencia para la aprobación del dictamen motivado, la Comisión Mixta para la Unión Europea deberá someter su propuesta de dictamen motivado a los Plenos de ambas Cámaras. Esta vía de toma de decisiones relativas a la subsidiariedad en el Pleno de las Cámaras parece haberse configurado, tanto a la vista de la Ley como de la práctica hasta la fecha, como algo muy excepcional.

56. Art. 5.1 de la Ley 8/1994, tal y como queda después de la reforma operada por la Ley 24/2009: "*La potestad de aprobar en nombre de las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea, de conformidad con lo establecido en su normativa, corresponderá con carácter general a la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales*". Este dictamen se tramita en la Comisión conforme al procedimiento que se sigue con las proposiciones no de Ley.

57. Art. 6.1 de la Ley 8/1994, tal y como queda después de la reforma operada por la Ley 24/2009: "*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*".

a los Parlamentos Autonómicos, quienes a su vez también envían a la Comisión Mixta sus dictámenes también mediante esta fórmula.⁵⁸

Desde el momento de la remisión de la propuesta a los Parlamentos Autonómicos, éstos disponen de un plazo de cuatro semanas para elevar, si lo estiman oportuno, un dictamen motivado bien al Congreso bien al Senado en el que manifiesten si, a su juicio, la iniciativa consultada es o no conforme con el principio de subsidiariedad. El dictamen del Parlamento Autonómico será tenido en consideración por las Cortes; pero, según dispone la Ley, sólo en caso de que la Comisión Mixta Congreso-Senado para la UE emitiera un dictamen por vulneración del principio de subsidiariedad se adjuntarán al mismo una relación de los dictámenes emitidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, y los datos necesarios para su consulta.⁵⁹

Desde la puesta en marcha oficial del mecanismo de alerta temprana en abril de 2010 hasta mayo de 2011 se ha consultado a los Parlamentos Autonómicos ciento quince iniciativas legislativas europeas,⁶⁰ respecto de las cuales han sido finalmente emitidos por la

58. Información facilitada por I. Carbajal, Letrado de la Comisión Mixta en el marco de su intervención en la Jornada "El Fortalecimiento de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea. Un nuevo papel para las Cortes Generales tras el Tratado de Lisboa", celebrada el 22 de octubre de 2010 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Por otra parte, cabe señalar que ya en durante la realización de los proyectos pilotos del control de la subsidiariedad a través del mecanismo de alerta temprana se estableció expresamente que se utilizaría el correo electrónico para el traslado de la propuesta por parte de la Comisión Mixta a los Parlamentos Autonómicos. *Vid.* punto 1 del Acuerdo de la Comisión Mixta para la UE por el que se aprueban los criterios para la realización de ensayos piloto sobre el control de la subsidiariedad de las iniciativas legislativas europeas, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, Serie A, núm. 127, de 16 de marzo de 2009.

59. Art. 6.2 de la Ley 8/1994, tal y como queda después de la reforma operada por la Ley 24/2009.

60. Hasta julio de 2010 se habían consultado a los Parlamentos Autonómicos sesenta y cinco iniciativas legislativas europeas, por su parte éstos habían emitido remitido a las Cortes un total de doscientos diecinueve dictámenes. Información facilitada por I. Carbajal, Letrado de la Comisión Mixta en el marco de su intervención en la Jornada "El Fortalecimiento de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea. Un nuevo papel para las Cortes Generales tras el Tratado de Lisboa", celebrada el 22 de octubre de 2010 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Esta información ha sido completada para el periodo octubre 2010 a mayo de 2011 a partir del examen de los distintos Informes de la Comisión Mixta emitidos durante dicho periodo.

Comisión Mixta un total de veintiocho dictámenes.⁶¹ En todos los casos –salvo en tres– el dictamen de la Comisión Mixta ha sido favorable a la conformidad de la propuesta examinada con el principio de subsidiariedad. Por su parte, en ninguno de los dictámenes remitidos a la Comisión Mixta desde de los Parlamentos Autonómicos –referidos a los veintiocho dictámenes emitidos por la Comisión Mixta– se ha denunciado hasta ahora quiebra del principio de la subsidiariedad, aunque en algunos casos las Asambleas Autonómicas han incluido en sus dictámenes ciertas recomendaciones respecto a la propuesta consultada. No obstante lo anterior, debemos hacer hincapié en el hecho de que la Comisión Mixta sí ha procedido ya a informar por su parte negativamente varias propuestas de actos de la Unión Europea por quiebra del principio de subsidiariedad, curiosamente en todos estos casos existían informes favorables al cumplimiento del principio de subsidiariedad remitidos por las Asambleas de las Comunidades Autónomas respecto de la normativa consultada.⁶²

En la práctica la Comisión suele incluir en el texto de sus respectivos dictámenes, en concreto en la parte dedicada a los antecedentes, una breve referencia a los parlamentos autonómicos que han remitido dictámenes al respecto y cuál ha sido su sentido.⁶³ En todos los

61. Los pareceres emitidos por la Comisión Mixta para la Unión Europea son denominados oficialmente como “dictamen” cuando son negativos.

62. *Vid.* Dictamen 1/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad [COM (2011) 169 final] [2011/0092 (CNS)] [SEC (2011) 409 final] [SEC (2011) 410 final]. *Acuerdo de la Comisión Mixta para la Unión Europea* y *vid.* también Dictamen 2/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria [COM (2011) 215 final] [2011/0093 (COD)] [SEC (2011) 482 final] [SEC (2011) 483 final] y por la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción [COM (2011) 216 final] [2011/0094 (CNS)] [COM (2011) 215 final] [SEC (2011) 482 final] [SEC (2011) 483 final]. *Acuerdo de la Comisión Mixta para la Unión Europea*; publicados ambos en el Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie A nº. 446 de 22 de junio de 2011. En ambos dictámenes la Comisión manifiesta que las tres propuestas consultadas son, por distintos motivos, contrarias al principio de subsidiariedad. En ambos Dictámenes consta que los Parlamentos Autonómicos consultados manifiestan que las propuestas consultadas sean contrarias al principio de subsidiariedad.

63. *Vid.* por ejemplo Punto D. de los Antecedentes del Dictamen 1/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la

informes emitidos por la Comisión Mixta desde la puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana hasta julio de 2011, un total de veintiocho,⁶⁴ consta así expresamente que no existe oposición de los Parlamentos Autonómicos que han evacuado su posición respecto de las distintas propuestas consultadas. Durante este periodo los Parlamentos Autonómicos más activos, a la vista de lo indicado en los dictámenes de la Comisión Mixta han sido las Cortes de Aragón y el Parlamento Vasco, seguidos a cierta distancia por los parlamentos de Castilla-León, Cataluña, Castilla-La Mancha, Canarias, Murcia, La Rioja, Cantabria, y Extremadura. En cualquier caso, se observa como el número de dictámenes remitidos por los Parlamentos Autonómicos respecto a las propuestas consultadas ha ido descendiendo paulatinamente. Si bien durante los primeros meses de funcionamiento del mecanismo de alerta temprana la media era de unos cinco informes de Asambleas Autonómicas por cada propuesta consultada finalmente informada por la Comisión Mixta; durante los seis primeros meses de 2011, la media ha descendido a dos.⁶⁵

propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad [COM (2011) 169 final] [2011/0092 (CNS)] [SEC (2011) 409 final] [SEC (2011) 410 final]. *Acuerdo de la Comisión Mixta para la Unión Europea* (publicados ambos en el Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie A nº. 446 de 22 de junio de 2011) pág. 2 "D. Se ha recibido informe elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda y remitido a través de la Secretaría de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios, así como escrito del Parlamento Vasco y del Parlamento de Canarias. En los informes de los Parlamentos autonómicos no se cuestiona el respeto del principio de subsidiariedad por la iniciativa legislativa europea examinada".

64. Se puede consultar el listado de las ciento quince iniciativas legislativas informadas por la Comisión Mixta Congreso Senado para la Unión Europea en la siguiente web oficial de la Comisión dentro de apartado iniciativas. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/servidorCGI&orilC=S&CMD=VERLST&BASE=IW19&FMT=INITXLGF.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&NUM1=&QUERY=%281%29.ACIN1.+%26+318.NCOM.

65. Respecto de los veintiocho dictámenes finalmente emitidos por la Comisión Mixta para la UE y según consta en cada uno de ellos, las Cortes de Aragón han presentado un total veinticuatro dictámenes; el Parlamento Vasco, quince; el Parlamento Catalán, ocho; las Cortes de Castilla y León, siete; el Parlamento de Canarias, seis; la Asamblea Regional de Murcia, seis; el Parlamento de la Rioja, cinco; el Parlamento de La Rioja, cinco; y la Asamblea de Extremadura, dos dictámenes. Téngase en cuenta también que en algunas ocasiones los Parlamentos autonómicos simplemente transmiten a la Comisión que no van a pronunciarse sobre la propuesta; estas comunicaciones de no pronunciamiento también han sido incluidas expresamente en los dictámenes de la Comisión Mixta. A la vista de esos veintiocho dictámenes de la Comisión Mixta no consta que hayan participado en ninguno de ellos los Parlamentos de las siguientes siete Comunidades Autónomas: Baleares, Madrid, Andalucía, Valencia, Navarra, Galicia y Asturias. (Estos datos son de elaboración propia,

De lo regulado sobre este procedimiento, y la vista de la práctica desarrollada hasta julio de 2011, llaman poderosamente la atención varias cosas. La primera de ellas es que el reenvío de la propuesta normativa a los Parlamentos Autonómicos se pueda producir tanto desde el Congreso de los Diputados como desde el Senado;⁶⁶ cuando siguiendo la lógica constitucional y dada la vocación de representación de cámara territorial que tiene el Senado, sería lo propio que fuera esta Cámara encargada de relacionarse con los Parlamentos Autonómicos.⁶⁷

La segunda, es que en la práctica el tiempo del que disponen los Parlamentos Autonómicos para pronunciarse sobre la propuesta remitida es la mitad del que tienen la Cortes Generales, de forma que a éstos se les exige recibir la propuesta, estudiarla, analizar sus implicaciones y, finalmente, pronunciarse en un plazo de tiempo parlamentario relativamente breve, como son cuatro semanas (frente a las ocho que disponen las Cortes). Por otra parte, también puede suponer un problema para la Asamblea de la Comunidad Autónoma tener que procesar todas y cada una de las propuestas remitidas, en atención no solo al gran número de ellas sino también a la complejidad que en ocasiones presenta la normativa comunitaria, en tanto que los Parlamentos Autonómicos -o al menos no la totalidad de ellos- disponen de los efectivos personales necesarios para desarrollar esta labor de forma completa y eficaz.⁶⁸ En cualquier caso, a la vista de lo practica-

para su obtención han revisado todos y cada uno de los veintiocho informes emitidos por la Comisión Mixta para la Unión Europea hasta julio de 2011, observando las indicaciones que constan en cada uno de ellos al respecto de la remisión por parte de las Asambleas de la Comunidades Autónomas de sus informes relativos a las propuestas consultadas en cada caso).

66. Aunque en la práctica el órgano parlamentario encargado de dirigir las consultas a los Parlamentos Autonómicos está siendo la Comisión Mixta, tal y como ya indicamos antes, *vid. supra*.

67. Esta apreciación ya se realizó en el seno del Grupo de Trabajo de estudio de la aplicación por las Cortes Generales del sistema de Alerta temprana, constituido en el seno de la Comisión Mixta para la UE en 2005. Un resumen de los debatido en dicho Grupo de trabajo se encuentra en C. Ares Castro-Conde, *op. cit.*, págs. 233 y ss.

68. Por ejemplo, la *European Scrutiny Committee* de la una de las Comisiones especializadas en asuntos de la UE de la Cámara de los Comunes llega a examinar anualmente entre novecientos y mil documentos de la Unión Europea, la gran parte de ellos propuestas de normativa comunitaria A. CYGAN; "EU Affairs before the United Kingdom Parliament", en Tans, O. (Ed.); *National Parliaments and European Democracy*, *op. cit.*, pág. 86.

do hasta julio de 2011 en referencia a los dictámenes finalmente emitidos por la Comisión Mixta, podemos decir que la gran mayoría de los parlamentos no ha manifestado un especial entusiasmo en remitir informes respecto de todas las propuestas normativas que les son consultadas.

En tercer lugar, se observa claramente que, si bien el Congreso y el Senado no pueden actuar como filtro respecto de la remisión de las propuestas a los Parlamentos Autonómicos, sí disfrutan implícitamente de capacidad para “cribar” a través de la Comisión Mixta los dictámenes emitidos por estos Parlamentos de los que finalmente se da cuenta a las instituciones de la Unión. Esto es así puesto que sólo se obliga a la Comisión Mixta a acompañar junto con su dictamen una relación de los dictámenes provenientes los Parlamentos Autonómicos –con las referencias necesarias para su consulta– cuando dicho dictamen sea de “vulneración” del principio de subsidiariedad (también llamado dictamen negativo). Lo que se podría traducir *ad sensu contrario* en que cuando las Cortes –normalmente a través de la Comisión Mixta– juzguen que la propuesta normativa de la Unión es conforme con el principio de subsidiariedad, nunca se tendrá noticia en las instituciones comunitarias de los dictámenes de vulneración emitidos por las Asambleas de las Comunidades o, al menos, no se tendrá noticia de ellos por vía de la Comisión Mixta.

Además debe significarse que, en el caso de dictamen negativo por parte de la Comisión Mixta, sólo se remitirá junto a éste una enumeración de los dictámenes de los Parlamentos de las Comunidades autónomas, pero no los propios dictámenes negativos autonómicos, que no serán efectivamente enviados a los foros europeos junto con el dictamen de las Cortes. Tampoco se prevé en la Ley, por otra parte, que dicho dictamen de las Cortes deba en su necesaria motivación hacerse algún tipo de eco de las motivaciones aducidas por los Parlamentos Autonómicos para emitir un dictamen negativo, en tanto que también los dictámenes de las Asambleas autonómicas deben estar fundamentados; de modo que el dictamen negativo de la Comisión Mixta podría llegar a tener una motivación totalmente diferente a la de los Parlamentos Autonómicos. O mucho peor aún que lo anterior, podría suceder, incluso, que en caso de que la Comisión Mixta no llegara a tomar en consideración una determinada propuesta legislativa de la Unión como susceptible de examen en su seno –algo que ocurre en multitud de ocasiones a la vista de la práctica realizada

hasta ahora— y ésta sí fuera examinada por los Parlamentos Autonómicos, y todos o alguno de ellos emitieran el correspondiente informe negativo éste no sería, si quiera, visto en la Comisión Mixta; en tanto que se trataría de un dictamen relativo a una propuesta que no habrá de ser discutida en el seno de dicha Comisión.⁶⁹

En la práctica desarrollada hasta la actualidad, la Comisión Mixta siempre ha introducido en los antecedentes de sus dictámenes sobre subsidiariedad, quienes han sido los Parlamentos Autonómicos que han remitido su informe a la Comisión y cuál ha sido su sentido. Sin embargo, no ha indicado en ninguno de ellos las referencias para su consulta; ni siquiera en los dictámenes de vulneración del principio de subsidiariedad donde dicha referencia viene obligada por Ley, independientemente del sentido de los dictámenes autonómicos.⁷⁰ Además, debe tenerse en cuenta que en el caso de los dictámenes negativos emitidos por la Comisión hasta ahora, han existido dictámenes remitidos por los Parlamentos Autonómicos, todos ellos de naturaleza favorable a la propuesta.

69. Durante la tramitación en el Congreso de la Ley 24/2009 de reforma de la Ley 8/1994 se presentaron dos enmiendas orientadas a que la participación de los Parlamentos autonómicos en el procedimiento de control del principio de subsidiariedad tuviera un mayor peso específico. Por un lado, se pretendía que junto con el dictamen negativo de la Comisión Mixta se incorporara la obligación no sólo de remitir una relación de los dictámenes de las Comunidades Autónomas, sino que también se adjuntara una copia completa de los mismos. Por otro lado, se intentó añadir un nuevo apartado en el art. 6 mediante el cual se estableciera la obligación de que las Cortes remitieran directamente a los foros comunitarios los dictámenes de los Parlamentos autonómicos—independientemente de su sentido y de si la Comisión Mixta emitiera o no su informe y fuera cual fuera su orientación—, cuando éstos trataran sobre propuestas legislativas de la Unión Europea que tuvieran incidencia en competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Ambas medidas, u otras similares, habrían contribuido a dar mayor intensidad a la participación de los Parlamentos Autonómicos para que ésta pudiera ser más efectiva. La justificación y el texto de las enmiendas presentadas, que no fueron finalmente aceptadas, puede consultarse en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, núm. 203-4, de 10 de diciembre de 2009, págs. 1 y 2. Asimismo los interesantes debates a propósito del debate de las enmiendas presentadas también pueden ser consultados en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 130, de la sesión plenaria núm. 122 celebrada el jueves 3 de diciembre de 2009, págs. 34 y ss.

70. Art. 6.3 de la Ley 8/1994: *“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 de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta”*. Vid nota supra sobre el Dictamen 1/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea.

Y en cuarto lugar y directamente relacionado con lo anterior, al no existir una distribución de los asuntos en función de las competencias afectadas, ya que la Comisión Mixta debe remitir a las Asambleas autonómicas todas las propuestas legislativas de la UE, tanto el Parlamento nacional como los Parlamentos Autonómicos pueden pronunciarse sobre cualquiera de dichas propuestas. Por lo que, en ocasiones, los Legislativos de las Comunidades se pronunciaron –y se pronunciaran– sobre propuestas que no afectan a materia de competencia autonómica;⁷¹ e igualmente, la Comisión Mixta (o el Congreso o el Senado, si fuera el caso), podrían emitir dictamen sobre propuestas normativas de la UE que no tengan incidencia directa sobre competencias propias de las Comunidades Autónomas, ni tan siquiera sobre las del propio Estado.⁷²

71. *Vid.* por ejemplo el dictamen de las Cortes de Aragón al que se hace referencia en la letra D) de los Antecedentes del Informe 21/2010 Informe 21/2010 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) nº 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima [COM (2010) 611 final] [SEC (2010) 1263] [SEC (2010) 1264] [2010/0303 (COD)].

72. Hasta julio de 2011 se habían consultado a la Comisión Mixta para la UE más de cien iniciativas legislativas de la UE, según los datos que constan en la página web oficial del Congreso de los Diputados. Esas consultas versaron sobre las siguientes materias, que como se puede comprobar sólo en ocasiones inciden sobre competencias del Estado central y en otras sobre competencias autonómicas: déficit excesivo, ejecución presupuestaria, desequilibrios macroeconómicos, supervisión presupuestaria, circulación de mercancías, Eurodoc (base de huellas dactilares), sistema de posicionamiento Galileo, ayudas a la agricultura y fondos FAEDER, Agencia Europea de Seguridad de las redes de información, coberturas por impago, ataques a los sistemas de información, protección de redes, derivados OCT, homologación de vehículos, política marítima, precursores de explosivos, zumos de fruta, identificación de lotes de productos alimenticios, agricultura en regiones ultraperiféricas, espacio ferroviario, ayuda alimentaria a los más necesitados, espectro radioeléctrico, año europeo del envejecimiento, transporte profesional transfronterizo, homologación de vehículos agrícolas, supervisión de entidades financieras, derecho a la información en procesos penales, sistema común del IVA, indemnización a inversores, exhorto europeo de investigación en materia penal, condiciones de entrada y salida de extranjeros, sistemas de garantía de depósitos, especies exóticas, residencia de extranjeros, cultivo de OMG, comercialización de materiales multiplicadores vegetativos de la vid, motores, patente de la UE, pesca del rodaballo en el mar báltico, recuperación económica en el ámbito de la energía, ayudas al monopolio alemán del alcohol, agencias de calificación crediticia, visados, ayudas a Moldavia, estadísticas de cultivo, libre circulación de trabajadores, prestación de servicios audiovisuales, política pesquera común, reglas de la sociedad de la información, divorcio y separación, moluscos bivalvos y gasterópodos, Agencia Europea de gestión de sistemas informáticos de gran magnitud, financiación de la cooperación al desarrollo, estadísticas sobre turismo, lucha contra la explotación sexual infantil, cuentas económicas del medio ambiente, y prevención y lucha contra la trata de seres humanos, Tractores, compuestos de fósforo

De todo esto se colige que, si bien el procedimiento de consulta a los Parlamentos Autonómicos a propósito del control del principio de subsidiariedad garantiza la participación de éstos en la toma de decisiones relativas al control de la subsidiariedad, dicha participación tiene en realidad una naturaleza meramente informativa y en ningún caso vinculante –recuérdese, por ejemplo, que cuando la Comisión ha emitido dictámenes negativos, los Parlamentos Autonómicos que habían remitido informes al respecto lo había hecho en sentido favorable a la propuesta.

Por otra parte, también cabe destacar la cada vez menor participación que los Parlamentos Autonómicos despliegan en este ámbito, a la vista de la práctica realizada hasta ahora. Es por todo ello por lo que consideramos, anticipándonos a las conclusiones que formularemos al final, que esta participación de los Parlamentos regionales lejos de contribuir a una mayor democratización real del funciona-

en detergentes, Agencia de Seguridad Marítima, documentos en los que se puede estampar un visado, verificación del Acervo de Schengen, relaciones contractuales del sector de la leche, marco de actuación plurianual de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, integridad y transparencia del mercado de la energía, requisitos técnicos para transferencias y adeudos domiciliados en euros, sector agrícola de las islas menores del mar Egeo, operaciones de financiación del Fondo Europeo Agrícola, producción y etiquetado de productos ecológicos, productos objeto de una exención o reducción del arbitrio insular, financiación de la política agrícola común, regímenes de calidad de los productos agrícolas, normas de comercialización, coordinación de sistemas de seguridad social, modulación facultativa de los pagos directos de la PAC, Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales, organización común de mercados agrícolas, régimen fiscal de sociedades matrices y filiales, control de riesgos de accidentes graves, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ayuda macrofinanciera a Georgia, tractores de vía estrecha, combustible nuclear gastado y residuos radiactivos, Autoridad Europea de seguros y pensiones, Autoridad Europea de Valores y Mercados, prevención, detención e investigación a delitos terroristas y delitos graves, fiebre catarral ovina, registros centrales de sociedades mercantiles, Código comunitario del cruce de fronteras, Reglamento de Investigaciones de la OLAF, Base imponible consolidada común del impuesto de sociedades (BICIS), acceso a documentos del Parlamento Europeo, contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, imposición a los productos energéticos y electricidad, patente unitaria, lengua y traducción de la patente unitaria, exportación de productos químicos peligrosos, derechos y apoyos a víctimas de delitos, reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, Oficina de Armonización del mercado interior, estadísticas de delincuencia, visados para fronteras exteriores, Fondos de Adaptación a la Globalización, usos de obras huérfanas, normalización europea, alimentos para lactantes y alimentos para usos médicos, derecho a abogado en los procesos penales, ayuda macrofinanciera a terceros países.

miento de la Unión Europea, constituye, en el caso español un mero detalle “cosmético democrático” pues por esta vía lo único que realmente se ha conseguido es que los Parlamentos Autonómicos puedan conocer que propuestas normativas se comienzan a ser discutidas en la UE, algo que ya podían conseguir por otras vías. Baste para sustentar esta afirmación el hecho, ya indicado, de que en los tres dictámenes negativos emitidos hasta ahora por la Comisión, los dictámenes respectivamente remitidos por los Parlamentos Autonómicos al efecto eran favorables al cumplimiento del principio de subsidiariedad por la normativa; aún cuando en uno de ellos la propia Comisión Mixta consideraba que era imposible conocer tal cosa en tanto que faltaba la ficha de subsidiariedad –que debe obligatoriamente acompañar a toda propuesta normativa de la UE–; y en los otros casos la Unión Europea estaba impulsado su normativa por una vía totalmente distinta a la prevista por el Tratado.

De esta forma podemos afirmar que en la práctica el Parlamento nacional reclama para sí y ocupa todo el espacio de decisión respecto al control de la subsidiariedad, cosa que en principio podría ser más favorable a la agilidad del procedimiento –viniendo incluso así tolerado por el Protocolo sobre el control de la subsidiariedad (recordemos que no existe obligación de que las Asambleas regionales participen en el control de la subsidiariedad)–,⁷³ pero que deja a los Parlamentos Autonómicos en un mero papel secundario poco menos que de carácter testimonial y de escasa repercusión en la práctica.⁷⁴

73. *Vid. supra.*

74. Téngase en cuenta, por otra parte, que el nuevo artículo 10 de la Ley 8/1994 introducido por la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta (BOE de 21 de diciembre de 2010), ha previsto que *los miembros de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla – Presidente o miembros del Consejo ejecutivo competente– podrán solicitar su comparecencia ante la Comisión Mixta para la Unión Europea para informar sobre el impacto de la normativa de las instituciones de la Unión sobre las materias a las que ostenten algún tipo de competencia. Vid. “Proposición de Ley de Modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta”, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie III B, núm. 9(a), de 6 de octubre de 2010, pág. 2 (nuevo artículo 10 de la Ley 8/1994). El Grupo Parlamentario Popular presentó en el Senado una enmienda al respecto de las comparecencias de los Ejecutivos autonómicos ante la Comisión Mixta, al objeto de que se introdujera expresamente en el texto del nuevo artículo 10 una referencia a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, cuya participación no se contemplaba en el proyecto de reforma, a fin de que sus respectivos ejecutivos también puedan solicitar su comparecencia ante la Comisión.*

4. Control de la subsidiariedad en la Asamblea de Extremadura

Visto lo anterior, procede ahora explicar el concreto procedimiento por el cual el Parlamento Autonómico de la Comunidad Autónoma extremeña, la Asamblea de Extremadura, elabora su dictamen motivado sobre el principio de subsidiariedad.⁷⁵ El extremeño, es al respecto de la normativa que regula su participación en asuntos europeos, un Parlamento autonómico prototípico, toda vez que dada la reciente reforma de su Reglamento Interno⁷⁶ se ha procedido a realizar una suerte de “europeización” de la Cámara, proveyendo la

Vid. el texto y la justificación de la enmienda en, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie III B, núm. 9(b), de 21 de octubre de 2010, págs. 3 y 4. Estas modificaciones legislativas podrán contribuir a paliar en cierta forma los problemas expuestos en la interrelación entre los Parlamentos autonómicos y la Comisión Mixta, a propósito de su colaboración en el mecanismo de alerta temprana; sin embargo, debemos señalar que estas comparecencias de los ejecutivos autonómicos no suplen las deficiencias legislativas indicadas, en tanto que la participación de las Comunidades en el mecanismo de control del principio de subsidiariedad debe sustanciarse a través de las Asambleas autonómicas y no de sus Ejecutivos, tal y como se establece tanto en la normativa europea como en la nacional (*vid. supra*). Por otra parte, la comparecencia de miembros de los Ejecutivos autonómicos en el seno de la Comisión Mixta, a petición de la propia Comisión o de los integrantes de los Gobiernos autonómicos, puede contribuir a la generación de tensiones entre las Cámaras Autonómicas y las Cortes Generales. Pudiera reproducirse así las tensiones surgidas entre Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales a propósito de las comparecencias que tanto los Comisarios Europeos como otros altos cargos de las instituciones y órganos de la Unión Europea vienen realizando en el seno de las comisiones especializadas en asuntos de la UE de los Parlamentos nacionales; en tanto que el Parlamento Europeo considera que el “locus” idóneo para las comparecencias de los Comisarios y altos cargos de la UE no puede ser otro que la Eurocámara y sus comisiones, y que puede ser peligroso para la funcionalidad del sistema institucional europeo que los Parlamentos nacionales traten de sustituir al Parlamento Europeo. En este sentido, la conferencia “Parlamentos nacionales y U.E. (la visión desde el Parlamento Europeo)” pronunciada por M.A. Martínez Martínez, Vicepresidente del Parlamento Europeo, en la Jornada “El Fortalecimiento de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea. Un nuevo papel para las Cortes Generales tras el Tratado de Lisboa”, celebrada el 22 de octubre de 2010 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

75. Arts. 16 y ss. del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

76. El Reglamento interno de la Asamblea de Extremadura vigente en la actualidad fue Aprobado por el Pleno de la Cámara en sesión celebrada el día 19 de junio de 2008, y se publicó en el Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura, nº 115, de 20 de junio de 2008. Sobre el procedimiento y el calado de Reforma *vid. in extenso* E. Pérez Zamora y M.E. Romero Vazquiáñez, “Comentarios sobre la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura” en *Revista de Derecho de Extremadura* núm. 3 Septiembre/Diciembre 2008, págs. 181 a 199; *vid.* también, M. Criado, “Extremadura” en J. Tornos (Dir.), en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, Barcelona, IDP, págs. 446 a 448.

creación de una comisión permanente⁷⁷ específicamente encargada de los asuntos de la Unión Europea,⁷⁸ en la que, entre otras facultades, se residencia y delega la competencia de control ordinaria del cumplimiento del principio de subsidiariedad en el marco del mecanismo de alerta temprana que corresponde a la Asamblea de Extremadura.⁷⁹ Debemos si quiera al menos apuntar aquí que esta "europeización" de la cámara autonómica y su reglamento está directamente en consonancia con el nuevo Estatuto de Extremadura, en el cual también se contienen diversas y significativas referencias a la participación de la Comunidad Autónoma Extremeña en los asuntos de la Unión Europea.⁸⁰

77. Vid. Art. 95 y ss. del Reglamento de la Asamblea de Extremadura sobre las Comisiones permanentes.

78. Art. 102.1 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura: *"La Comisión de Asuntos Europeos conocerá de los aspectos políticos, financieros, institucionales y normativos de las relaciones de Extremadura con la Unión Europea, de la aplicación en la región de sus políticas y de las actividades de las instituciones extremeñas en instituciones o entidades de ese ámbito"*.

79. Art. 102.2.a) del Reglamento de la Asamblea de Extremadura: *"En concreto, serán competencias de esta comisión: a) Las consultas formuladas a la Asamblea en el marco de los procedimientos de control del principio de subsidiariedad en los términos de la legislación europea y nacional (...)"*.

80. En este sentido, es preciso también destacar que en el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE nº 25, de 29 de enero de 2011 y DOE nº 1 Extr., 29 de enero de 2011) también se refleja claramente una vocación europea, en tanto que se incluyen en el mismo diversos artículos específicamente referidos a las relaciones entre la Unión Europea y la Comunidad Autónoma de Extremadura, entre los que destaca el artículo. 70: *"Representación y participación en la Unión Europea: En el marco de la regulación estatal y europea, la Comunidad Autónoma de Extremadura estará representada y participará en las decisiones y políticas de la Unión Europea de acuerdo con los siguientes procedimientos, entre otros: a) El Estado informará a la Comunidad Autónoma de las iniciativas, propuestas, proyectos normativos y demás decisiones en tramitación en la Unión Europea cuando afecten a intereses o competencias de la Comunidad Autónoma. b) La Comunidad Autónoma de Extremadura participará en la formación de las decisiones del Estado relativas a la Unión Europea, en el marco de los procedimientos multilaterales internos existentes. c) De acuerdo con las normas del Estado, la Comunidad Autónoma de Extremadura podrá formar parte de las delegaciones españolas en las instituciones de la Unión Europea que negocien asuntos de interés regional. d) La Junta de Extremadura, en defensa del interés regional, instará de los órganos legitimados para ello el ejercicio de las acciones pertinentes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y podrá intervenir en los procedimientos que ante él se sustancien, de conformidad con el ordenamiento comunitario y español. e) La Comunidad Autónoma mantendrá cauces de relación directa con las instituciones de la Unión Europea y tendrá una oficina permanente encargada de las relaciones con las instituciones y órganos comunitarios en aquellas materias que afecten a los intereses de Extremadura"*. Vid. para más información

4.1. Procedimiento de control de la subsidiariedad en la Asamblea de Extremadura

En cuanto al concreto procedimiento parlamentario de control del principio de subsidiariedad en el seno de la Asamblea de Extremadura, éste se articula de la según las disposiciones contenidas al efecto en el Reglamento de la Cámara y en la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.⁸¹ Señalaremos que la Resolución de 13 de octubre de 2010 recoge en la normativa parlamentaria la práctica que venía realizándose en el seno de la Comisión de Asuntos Europeos en lo que respecta al dictamen de subsidiariedad desde que este procedimiento se pusiera en marcha. Dicha resolución se justifica sobre lo escaso de las previsiones contenidas en el Reglamento de la Asamblea.⁸²

En este punto se hace necesario precisar que, como veremos a continuación, existen distintas posibilidades en la tramitación y elaboración del dictamen sobre la subsidiariedad en el seno de la Asamblea, en tanto que éste puede ser aprobado por bien la Comisión de

sobre el reciente proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura M. CRIADO, "Extremadura" *op. cit.*, págs. 444 a 446.

81. Publicada en Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura, núm. 431 de 15 de octubre de 2010, págs. 10 y ss.

82. *Vid.* Exposición de motivos de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos: "(...) en aras a dotar de mayor claridad y agilidad al procedimiento parlamentario a seguir en el control del principio de subsidiariedad de los actos legislativos europeos en el seno de la Asamblea de Extremadura, el presidente de la Asamblea, con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces, y en los términos previstos en el artículo 270 del Reglamento de la Cámara, dicta la siguiente resolución supletoria del Reglamento". *Vid.* también en este sentido extracto de la Intervención del Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea de Extremadura, Sr. Sánchez Amor pronunciada en la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010 "La regulación del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, sobre el proceso de subsidiariedad, obviamente era una regulación muy sintética. Está en un solo artículo. Y hacía falta o era conveniente un desarrollo del mismo, que se ha producido mediante la Resolución del Presidente de 13 de octubre que tienen ustedes en la carpeta. Esa resolución lo que pretende es llevar a la normativa interna de la Cámara lo que ha sido la práctica habitual en la confección de los dictámenes de subsidiariedad" (contenida en el Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura VII Legislatura nº 410-C, pág. 70008).

Asuntos Europeos, o bien directamente por una ponencia que se constituya en el seno de dicha Comisión (procedimiento abreviado), o bien por el Pleno.

A la vista del Reglamento de la Asamblea y de la Resolución de la Presidencia que regulan el procedimiento de control del mecanismo de la subsidiariedad, parece configurarse a la Comisión de Asuntos Europeos como la sede ordinaria de aprobación de los dictámenes sobre el control de la subsidiariedad. Sin embargo, en la práctica efectivamente lleva a cabo hasta ahora la sede habitual de discusión y acuerdo de estos dictámenes han sido las ponencias constituidas en el seno de la Comisión, ya que nunca se ha convocado ni reunido la Comisión de Asuntos Europeo para acordar y dar el visto bueno a ningún dictamen sobre subsidiariedad.⁸³

En cualquier caso se ha previsto, a fin de poder dar cumplimiento al plazo de cuatro semanas establecido,⁸⁴ que la tramitación de estos dictámenes goce de preferencia frente a otros trabajos de este órgano parlamentario. Además de lo anterior, también cabe destacar que se ha establecido que la Comisión de Asuntos Europeos pueda reunirse también en sesión extraordinaria fuera de los periodos de ordinarios sesiones, siempre y cuando así lo solicitase el Presidente de la Comisión y lo aprobara el Presidente de la Asamblea, y se considerara necesario para la aprobación de los dictámenes de control de la subsidiariedad.⁸⁵

El procedimiento comienza una vez que se recibe en la Asamblea de Extremadura la consulta relativa a una propuesta legislativa de la Unión procedente de las Cortes Generales. Así, la Mesa de la Asam-

83. Vid. en este sentido el extracto de la Intervención del Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea de Extremadura, Sr. Sánchez Amor pronunciada en la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010 "*nunca hemos convocado una comisión para dar el visto bueno a un dictamen de subsidiariedad*" (contenida en el Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura VII Legislatura nº 410-C, pág. 70008).

84. Art. 6.2. de la Ley 8/1994, tal y como queda después de la reforma operada por la Ley 24/2009: "*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 el Congreso de los Diputados o en el Senado en el plazo de cuatro semanas desde la remisión de la iniciativa legislativa europea por las Cortes Generales*".

85. Arts. 10 y 8 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

blea⁸⁶ o el Presidente de la Cámara, por delegación de ésta,⁸⁷ procederá a dar traslado de la misma vía correo electrónico tanto a los Grupos parlamentarios⁸⁸ y a los portavoces de éstos en la Comisión de Asuntos Europeos, como a la Mesa de la propia Comisión, indicándoles los plazos existentes para formular alegaciones al respecto de la propuesta.⁸⁹ También se remitirá la propuesta consultada al Ejecutivo autonómico, a fin de que éste pueda pronunciarse sobre la misma, si así lo estima conveniente.⁹⁰

A continuación se procederá a constituir una ponencia en el seno de la Comisión que estará integrada por un único diputado de cada uno de los Grupos parlamentarios. Dicha ponencia tendrá por misión la redacción de una propuesta de dictamen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del proyecto de acto legislativo europeo consultado, que será después elevada a la Comisión para su aprobación.⁹¹ Además, en el marco de la elaboración del proyecto de dictamen, la ponencia está expresamente facultada para solicitar las

86. *Vid.* Art. 47 y ss. del Reglamento de la Asamblea de Extremadura sobre la Mesa de la Asamblea, composición y funciones.

87. Téngase en cuenta de que en caso de que la transmisión se produjera por parte del Presidente de la Asamblea en virtud de delegación este deberá dar cuenta de tal remisión a la Mesa.

88. *Vid.* Art. 34 y ss. del Reglamento de la Asamblea de Extremadura sobre los Grupos parlamentarios, requisitos para su constitución, naturaleza, composición y funciones.

89. Art. 1.1 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

90. Art. 1.2 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos. Se reproduce así a escala autonómica lo que ya se hubiera previsto a escala nacional, donde también las propuestas legislativas de la UE son consultadas por parte de la Comisión Mixta al Gobierno de quien se solicita la remisión de un informe urgente, que éste habrá de remitir a la Comisión en un plazo de dos semanas. *Vid.* Punto 3 del "Acuerdo de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 24 de marzo de 2009, de aprobación de los criterios para la realización de ensayos piloto relativos al control del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas", publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 127, de 16 de abril de 2009, págs. 2 y 3. *Vid.* también letra j) del art. 3 de la Ley 8/1994. Téngase en cuenta también, en este sentido, la reforma aprobada por Ley 38/2010 a fin de permitir a los Ejecutivos autonómicos comparecer ante la Comisión Mixta, *vid supra*. en nota núm. 57 el comentario sobre sus posibles efectos.

91. Art. 2 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

comparecencias e informes que estimen necesarios.⁹² Por otra parte, hay que destacar en este punto que se ha previsto que si la ponencia no emitiera el proyecto de dictamen, esta ausencia podría fin al procedimiento.⁹³

Seguidamente, la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea, a la vista de la propuesta normativa consultada, del proyecto de dictamen elaborado por la ponencia, de las alegaciones recibidas por parte de los Grupos parlamentarios –si las hubiera– y de las indicaciones que hubiera podido emitir al respecto la Junta de Extremadura⁹⁴ procederá a debatir y,⁹⁵ finalmente en su caso, a aprobar un dictamen motivado en el que se indicará si la propuesta normativa de la Unión se considera conforme o no con el principio de subsidiariedad.⁹⁶ Se hace especial mención en la normativa que regula el procedimiento a que los dictámenes deben ser aprobados dentro del plazo fijado para ello por la Cortes Generales, dicha apreciación no es baladí, pues constituye en la práctica un deber de diligencia en la tramitación y adopción de la decisión.⁹⁷

92. Art. 9 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

93. Art. 3.2 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

94. Art. 7 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos: *"Si la Junta de Extremadura expresa su criterio sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, se dará traslado del mismo a los grupos parlamentarios y a los miembros de la Mesa de la Comisión de Asuntos Europeos"*.

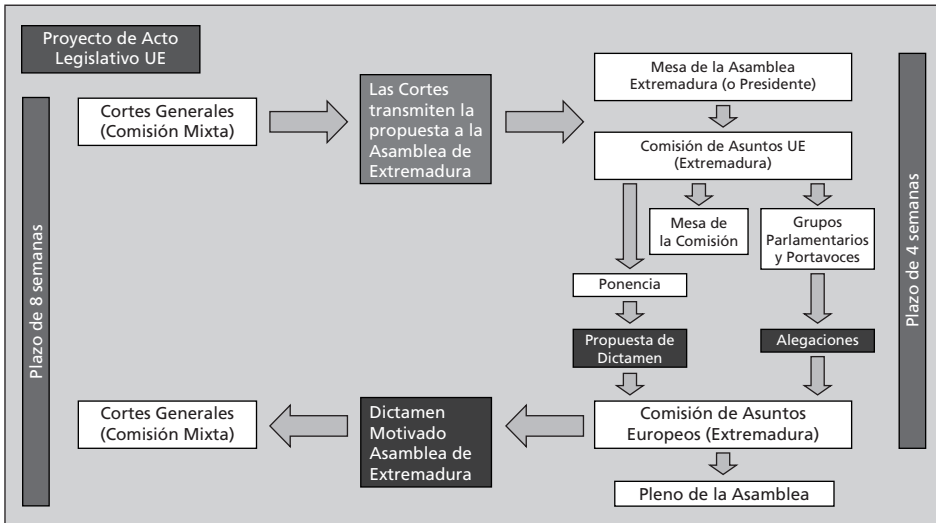
95. Cabe la posibilidad de que la Comisión solicite comparecencias o dictámenes de expertos antes de aprobar su dictamen. Art. 9 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

96. Téngase en cuenta que la Comisiones adoptan sus decisiones por mayoría simple de sus miembros, en caso de empate se recurrirá al sistema de voto ponderado en el que se tiene en cuenta el número de diputados que tiene el grupo parlamentario. Art. 89 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, en relación con el art. 65.

97. Art. 4 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

Este dictamen será después elevado al Presidente de la Asamblea para que lo traslade a la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales. Y tanto de la aprobación como de la remisión del dictamen se dará cuenta al Pleno de la Asamblea, en la primera reunión del mismo que tenga lugar tras la aprobación y remisión el dictamen a las Cortes.⁹⁸

Incluimos a continuación un esquema referente al procedimiento de control que se substancia en la Comisión de Asuntos Europeos del Parlamento extremeño, que consideramos, puede ser de interés para el lector, a fin de facilitar la visualización del proceso parlamentario en cuestión.



Además del procedimiento en comisión se ha previsto también un procedimiento abreviado de emisión del dictamen de la subsidiariedad por parte la Asamblea de Extremadura, que en la práctica se ha convertido en cierta manera en el procedimiento ordinario de adopción de estos dictámenes –dado que, como ya hemos advertido,

98. Art. 102.2.a) del Reglamento de la Asamblea de Extremadura: "(...) Recibida la consulta, la Mesa la comunicará a los grupos y a la Mesa de la comisión, con indicación de los plazos para que éstos formulen alegaciones. La comisión, a la vista de la propuesta normativa, de los términos de la consulta y de las observaciones recibidas, elaborará y aprobará un dictamen que comunicará al presidente de la Cámara para su remisión a la institución de que proceda. De la aprobación y remisión de estos dictámenes se dará cuenta en el Pleno subsiguiente (...)".

nunca se ha reunido hasta ahora a la Comisión para aprobar ningún dictamen sobre subsidiariedad—. Se trata así, por un lado, de descargar de trabajo a la Comisión y, por otro lado, de dotar a la Asamblea de un mecanismo extremadamente ágil como para poder tramitar la consulta de las propuestas legislativas de forma rápida, sencilla y dentro del breve plazo de cuatro semanas. De esta forma se faculta a la Comisión de Asuntos Europeos para poder atribuir, incluso con carácter general, a las ponencias que en su seno se constituyan (al efecto de elaborar el proyecto de dictamen sobre la subsidiariedad), la facultad para aprobar en nombre de la Comisión los correspondientes dictámenes motivados al respecto de los proyectos normativos que en dicha ponencia se consultan.⁹⁹ A la hora de adoptar la decisión se tendrá en cuenta el voto ponderado de cada uno de los miembros de la ponencia, que recordemos será de uno por cada Grupo parlamentario,¹⁰⁰ algo que no ha sido necesario en práctica en tanto que siempre ha existido consenso en el seno de la ponencia.¹⁰¹

Mediante este procedimiento abreviado es posible multiplicar el trabajo de la Comisión de Asuntos Europeos por tantas ponencias como se constituyan en su seno, a las que, recordemos, con carácter general se les puede atribuir conocer de determinadas propuestas. Esto, sin duda, conforma un mecanismo ágil para poder dar respuesta a la ingente cantidad de consultas sobre propuestas normativas de la UE; sin embargo, podría en la práctica restar visibilidad y repercusión

99. En la reunión de 24 de noviembre de 2010 se adoptó el acuerdo de atribuir a los dos diputados que nombran cada uno de los grupos (uno por cada grupo parlamentario de los dos existentes) la capacidad para acordar el texto del dictamen de subsidiariedad, comunicarlo a sus respectivos portavoces y, con el acuerdo de estos dos portavoces y, sin necesidad de volver a reunir a esta comisión de Asuntos Europeos, la presidencia de la comisión procede a trasladarlo a la Presidencia de la Cámara para su traslado a las Cortes Generales. *Vid.* en este sentido el extracto de la Intervención del Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea de Extremadura, Sr. Sánchez Amor pronunciada en la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010. (contenida en el Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura VII Legislatura nº 410-C, pág. 70008).

100. Art. 5 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos.

101. *Vid.* en este sentido el extracto de la Intervención del Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea de Extremadura, Sr. Sánchez Amor pronunciada en la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010 "*Si no se pusieran de acuerdo, aunque no se ha producido ningún caso, sería el funcionamiento de voto ponderado*" (contenida en el Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura VII Legislatura nº 410-C, pág. 70008).

a los debates y dictámenes sobre asuntos ciertamente relevantes, al reducirlos al breve espacio de una ponencia.

Como ya anticipamos antes, también cabe la posibilidad de que sea el Pleno de la Asamblea de Extremadura el que finalmente apruebe el dictamen motivado. No ocurre, sin embargo, como en caso de las Cortes y la Comisión Mixta, donde el Pleno de cualquiera de las Cámaras del Parlamento nacional puede reclamar para sí la decisión respecto al dictamen cuando lo estime pertinente; sino que, en principio, sólo corresponderá adoptar dicha decisión al Pleno de la Cámara autonómica extremeña cuando la Mesa de la Comisión de Asuntos Europeos así lo haya estimado conveniente, y siempre y cuando un grupo parlamentario lo hubiera solicitado previamente.¹⁰²

4.2. Propuestas legislativas de la Unión Europea consultadas a la Asamblea de Extremadura y dictámenes emitidos finalmente tenidos en cuenta por la Comisión Mixta

Hasta el pasado julio de 2011 y según la información que ofrecen las Cortes Generales, se han consultado en el Parlamento Autonómico en el marco del proceso de alerta temprana aproximadamente ciento quince iniciativas legislativas de la Unión Europea. Aunque tal y como se puede comprobar bastantes de las propuestas normativas consultadas poco o nada tienen que ver con las competencias o los intereses fundamentales de la Comunidad Autónoma Extremeña –como, por ejemplo, aquellas que tienen que ver con la ayuda macrofinanciera al Estado de Georgia o el marco plurianual de la Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea– algunas de ellas sí tenían cierto interés, bien directo bien indirecto, para Extremadura, fundamentalmente las referidas a la política agrícola común.¹⁰³

No obstante lo anterior, de todas las propuestas consultadas hasta julio de 2011, únicamente dos de los distintos dictámenes emitidos por la Asamblea de Extremadura –que han sido siempre favorables– han sido finalmente tenidos en cuenta por la Comisión Mixta

102. Art. 102.2.a) *in fine* del Reglamento de la Asamblea de Extremadura: "(...) No obstante, la Mesa de la comisión, a petición de un grupo, podrá acordar que la aprobación del dictamen corresponda al Pleno."

103. *Vid. Anexo I sobre el listado de propuestas normativas consultadas hasta julio de 2011.*

Congreso-Senado para asuntos de la Unión Europea. Esto es así porque la Comisión Mixta solo ha emitido finalmente dictamen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad respecto de dos de todas las propuestas que han sido efectivamente informadas por la Asamblea Extremeña.

En primer lugar, se ha tenido en cuenta por la Comisión Mixta el dictamen remitido por la Asamblea de Extremadura concerniente a la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.¹⁰⁴ En este punto debe indicarse que la Comunidad Autónoma de Extremadura conserva un régimen económico matrimonial específico para ciertos de sus territorios, conocido como "fuero del Baylío", sobre el cual tiene además competencia exclusiva.¹⁰⁵ Es por este motivo, el interés de la Asamblea en participar en la consulta de la normativa comunitaria. El informe emitido por la Asamblea de Extremadura en este caso fue favorable al cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de la propuesta normativa presentada,¹⁰⁶ como también lo fue el definitivo informe adoptado por la Comisión Mixta.

Y, en segundo lugar, también se ha tenido en cuenta por la Comisión Mixta el informe presentado por la Asamblea de Extremadura concerniente a la propuesta propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las

104. Informe 3/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, publicado en publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 433, de 1 de junio de 2011, págs.6 y ss.

105. Art. 9.1.4 del Estatuto Extremadura: "*La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario*". Vid. para más información sobre este régimen económico matrimonial extremeño en M. Villalba Lava, *El Fuero del Baylío como derecho foral de Extremadura*, Mérida, Ed.: Asamblea de Extremadura, 2009, y vid. también M. Peralta Carrasco, "Fuero del Baylio: instituição jurídica espanhola de origem portuguesa" en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 84 (2008), págs. 537-558.

106. También emitieron informe favorable en este caso el Parlamento Vasco y las Cortes de Aragón.

uniones registradas.¹⁰⁷ En este caso el interés de la Comunidad Autónoma radica en la existencia de normativa autonómica respecto de las uniones de hecho y su registro.¹⁰⁸ También en esta ocasión, el informe emitido por la Asamblea fue favorable a la propuesta, como así también lo fue el definitivo informe aprobado por la Comisión Mixta.

4.3. Valoración de la participación de la Asamblea de Extremadura en el mecanismo de alerta temprana

A la vista tanto del procedimiento explicado, como de las propuestas concretas consultadas, procede realizar ciertas aquí realizar ciertas valoraciones respecto a la concreta participación de la Asamblea de Extremadura en el procedimiento de alerta temprana realizada hasta ahora.

En primer lugar, según lo estipulado en el Reglamento interno de la Asamblea, parece configurarse como obligatoria la emisión un dictamen sobre cada una de las propuestas consultadas; en tanto que el art. 102.2 a) establece expresamente que la Comisión “*elaborará y aprobará un dictamen*”, sin dejar aparentemente margen para no elaborarlo ni aprobarlo. No obstante, la Resolución de 13 de Octubre de 2010 ha venido a reconocer la posibilidad de que no se emita dictamen respecto a una propuesta; por un lado, al establecer la capacidad de la ponencia para no emitir propuesta de dictamen, poniendo así fin al procedimiento;¹⁰⁹ y por otro lado, dejándose abierta la puerta a la Comisión para que sólo emita dictamen “en su caso”; lo que en la práctica le reconoce implícitamente la posibilidad de no

107. Informe 4/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 433, de 1 de junio de 2011, págs. 4 y ss.

108. Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicada en el DOE núm. 43 de 8 de abril de 2003; Decreto 35/1997, de 18 de Marzo, de creación del Registro de Parejas de Hecho, publicado en DOE. núm. 36 de 25 de Marzo de 1997.

109. *Vid. supra.*

emitirlo.¹¹⁰ En la práctica realizada hasta julio de 2011, han sido bastantes las ocasiones en las que la Asamblea de Extremadura no ha emitido ningún dictamen y, en cualquier caso, únicamente dos de los emitidos han tenido finalmente eco en los informes de la Comisión Mixta.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que mediante el Reglamento parecen haberse “blindado” las competencias de la Comisión respecto a la emisión de dictámenes a propósito del principio de subsidiariedad, en tanto que sólo si la propia Comisión lo decide, en concreto su mesa, la decisión relativa al dictamen podrá ser tomada por el Pleno, previa solicitud, eso sí, de un Grupo parlamentario. De esta forma parece impedirse al Pleno recabar directamente para sí, cuando lo estime oportuno, la decisión respecto a una propuesta consultada concreta. Aunque en la práctica parlamentaria, puede resultar difícil que llegara a producirse un enfrentamiento entre la Comisión de Asuntos Europeos y el Pleno a este respecto.

Y, en tercer lugar, a la vista de las materias sobre las que versan las propuestas consultadas, se observa que gran cantidad de ellas no tienen ningún interés relevante ni para la Comunidad Autónoma de Extremadura ni para su Asamblea, por lo que tener que examinarlas todas sólo podría conllevar un gasto innecesario de tiempo y recursos parlamentarios, incluso cuando dicho examen se realice en su totalidad en el marco de una ponencia.¹¹¹

110. Art. 4 de la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos: “(...) la Comisión de Asuntos Europeos organizará la tramitación y adoptará las medidas que procedan para la deliberación y aprobación, en su caso, del correspondiente dictamen (...)”.

111. Ciertos autores demandan la necesidad de ampliar los medios de Parlamentos autonómicos en virtud de su participación en el procedimiento de alerta temprana, cuando lo lógico sería racionalizar previamente las propuestas sobre las que deberían pronunciarse. Vid. en este sentido la ponencia J.C. Aréizaga Hernández, “El papel de las regiones en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad tras el Tratado de Lisboa: el mecanismo de alerta temprana y el recurso por incumplimiento de dicho principio”; pronunciada en la *Jornada sobre el principio de subsidiariedad en la Unión Europea* celebrada en el Parlamento de Navarra en diciembre de 2008, que puede consultar en la siguiente web: www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2008/20081217_épp_aréizaga_j_c_es_o.pdf No obstante, lo anterior parece que los Parlamentos Autonómicos no confían en poder dotarse del personal especializado necesario para poder desempeñar de forma correcta y eficaz su tarea de control del principio de subsidiariedad ni a corto ni a medio plazo. Vid. en este sentido C. Ares Castro-Conde, *op. cit.*, págs. 234 y ss.

5. Conclusiones

Aunque ya hemos ido anticipando algunas de las conclusiones alcanzadas a lo largo de este artículo, procede ahora hacer una recapitulación de las más significativas, a las que añadiremos otras antes no mencionadas pero estrechamente relacionadas y que surgen en el marco del estudio realizado.

En primer lugar, a nadie escapa que, más allá de la retórica comunitaria, el sistema de alerta temprana del control de la subsidiariedad coloca a toda iniciativa legislativa proveniente de la Unión Europea en situación de “permanente sospecha”, en tanto que todas las propuestas deben ser sometidas a dicho procedimiento de control, incluso las que sólo tienen que ver con materias propias de la Unión Europea y sus Instituciones. Y esa desconfianza destila una sutil pero evidente percepción negativa del proyecto de integración europeo y de sus principales actores, las instituciones europeas. Además, es necesario tener un conocimiento muy extenso no solo del Derecho aplicable en cada caso sino también de las políticas y realidades de cada una de las materias referidas a las distintas propuestas normativas consultadas, para conocer si éstas realmente son o no conformes con el principio de subsidiariedad o si pueden llegar a conculcarlo, cosa que en ocasiones está fuera del alcance –y también del interés– de los Parlamentos Autonómicos.

En segundo lugar, fruto de esa “sospecha permanente” –que en algunos casos podría estar merecida pero en otros alcanza lo irracional– se ha embarcado a las Cortes Generales y a los Parlamentos Autonómicos de los Estados miembros en la compleja y costosa tarea de analizar todas las propuestas normativas de la Unión Europea, mediante un captidisminuido mecanismo de naturaleza “cuasiconsultiva”, en el que, en principio las Cámaras nacionales y autonómicas sólo pueden manifestar su motivada conformidad o disconformidad respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad y proporcionalidad por parte de la propuesta, sin que quepan cualesquiera otras consideraciones al respecto de la misma. A lo anterior se añade, además, que dicha tarea de control se opera solamente sobre el proyecto de disposición, y no sobre la norma finalmente aprobada. Respecto del control de la norma final se prevé la posibilidad de que los Parlamentos nacionales (y sólo los nacionales y no los regionales) puedan llegar a instar un recurso ante el Tribunal Justicia, a través de los go-

biernos de los Estados miembros. No obstante a este respecto debe tenerse en cuenta en el caso español la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, y en su caso las Asambleas de las Comunidades Autónomas puedan indirectamente instar al Gobierno de España a interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia, al amparo del Acuerdo entre la Administración general del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas relativo a la participación de las comunidades autónomas en los procedimientos ante el tribunal de justicia de las comunidades europeas.¹¹²

Parece que sería más funcional al sistema de control que éste se produjera en momento avanzado de la tramitación de la propuesta o, incluso, sobre la versión final de norma antes de ser aprobada; y que, en cualquier caso, la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –único mecanismo realmente eficaz de control del principio de subsidiariedad– se abriera a directamente los Parlamentos regionales, siempre y cuando un número mínimo de ellos coincidiera en la existencia de una quiebra del principio de subsidiariedad, algo que podría articularse a nivel nacional a través de la CALRE o del Senado, o a nivel europeo a través del Comité de las Regiones o de la Red Europea de Seguimiento de la Subsidiariedad.

En tercer lugar, es más que probable que en un futuro no muy lejano puedan llegar a producirse ciertos conflictos entre las Cortes y determinados Parlamentos Autonómicos, incluso de éstos entre sí, pues la articulación del Estado de partidos y de los distintos intereses políticos de las Comunidades, pueden llevar a reconducir al mecanismo de control de la subsidiariedad determinados conflictos políticos que poco o nada tienen que ver con el efectivo cumplimiento de este principio. De hecho y la vista de algunos de los dictámenes negativos efectivamente emitidos por la Comisión Mixta, parece que parte de la fundamentación de los mismos tiene un contenido de naturaleza política, en tanto que, por ejemplo, en uno de los casos los motivos que conduce a su emisión es la no inclusión del castellano como lengua en el modelo de patente europeo. Así, aunque los dictámenes de los Parlamentos Autonómicos sólo tienen naturaleza “consultiva” pudiera darse el caso de que éstos sirvieran de argumento para la confrontación política, en vez de para el fin que fueron concebidos, el control de la subsidiariedad.

112. Acuerdo publicado en BOE núm. 78, de 2 de abril de 1998.

En cuarto lugar, por lo que a la concreta participación de la Asamblea de Extremadura se refiere, se aprecia la necesidad de introducir ciertos ajustes en el Reglamento interno de este Parlamento, a fin de clarificar algunas cuestiones como, por ejemplo: la oportunidad del Pleno de reclamar para sí el debate y la decisión respecto a un concreto dictamen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, cuando se estime pertinente; o la posibilidad de la Comisión de Asuntos Europeos de exigir de la presentación de ponencia una propuesta de dictamen, a fin de que procedimiento de control pueda continuar, salvándose así, si se estimara pertinente, la conclusión del mismo que provoca la no emisión de dictamen por parte de la ponencia. Estos retoques se antojan necesarios, aunque estas situaciones “conflictivas” entre ponencia y comisión o comisión y pleno puedan no llegar a producirse nunca en la práctica en atención a la práctica del funcionamiento parlamentario. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la Resolución del Presidente de la Asamblea de Extremadura de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos ha venido a introducir claridad, precisión y agilidad en dicho procedimiento de control, paliando así ciertas indeterminaciones y deficiencias del Reglamento interno de la Cámara autonómica extremeña.

Y en quinto y último lugar, sostenemos que el establecimiento del sistema de alerta temprana y, concretamente, la participación de los Parlamentos regionales en el mismo –a la vista del caso español– no conduce necesariamente a un reforzamiento democrático de la Unión, en tanto que la naturaleza de participación que éstos realizan es meramente consultiva. Además, a la vista de los informes efectivamente remitidos a la Comisión Mixta, son muy pocos los Parlamentos Autonómicos que participan de forma real y permanente en el sistema de alerta temprana; y, por otra parte, los informes favorables emitidos por éstos no han impedido hasta ahora a la Comisión Mixta emitiera un dictamen negativo.

Sí que es innegable –y pudiera constituir la mayor aportación de este procedimiento– que los asuntos comunitarios adquieren con este procedimiento cierta visibilidad en las Cámaras Autonómicas; sin embargo el alto número de recursos que se exigen llevar a cabo una participación eficaz puede conducir a los Parlamentos Autonómicos (sino a todos sí a algunos de ellos) a desistir de dicha participación en

el procedimiento del control de la subsidiariedad o, quizás, a reducirla a su mínima expresión; como sucede en el caso de la Asamblea de Extremadura con la tramitación del procedimiento en el seno de una ponencia.

En conclusión, si lo que se quiere es democratizar la Unión Europea, debería empezarse por fortalecerse aún más al Parlamento Europeo y no generar vías de legitimación democrática alambicadas y complejas como supone la participación de los Parlamentos Autonómicos en el sistema de alerta temprana. A nuestro juicio, este sistema más que propiciar un acercamiento real y efectivo entre la Unión y sus ciudadanos, provoca si cabe cierto distanciamiento al interponer entre el ciudadano y la Unión una serie de complicados procedimientos –ininteligibles para el gran público– en los que intervienen un significativo número de instituciones –tanto autonómicas como nacionales y europeas– y que, en la práctica a la vista de estudiado, arrojan un resultado de dudoso valor democrático material.

Sin embargo, no debemos pecar de ingenuos, pues no bastaría con trasladar acríticamente al esquema institucional europeo el modelo parlamentario estatal; sino que, en la medida de lo posible, ese nuevo parlamentarismo europeo, por el que aquí se aboga, debiera tratar de abordar los evidentes déficits y vicios que se han manifestado en el parlamentario nacional a fin de no reproducirlos.

6. Anexo I: Listado de propuestas normativas consultadas en la Asamblea de Extremadura hasta julio de 2011

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las disposiciones generales de la ayuda macrofinanciera a terceros países; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la eficiencia energética y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de Comunicación en el momento de la detención; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad y los alimentos para usos médicos especiales; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la normalización europea y por el que se modifi-

can las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/105/CE y 2009/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el Reglamento (CE) número 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las estadísticas europeas sobre seguridad frente a la delincuencia; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) ciertas funciones conexas a la protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos; Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria; Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad; Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales; Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes in-

muebles de uso residencial; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1049/2001, sobre el acceso a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1073/1999 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (EURATOM) número 1074/1999; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/666/CEE, 2005/56/CE y 2009/101/CE en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2000/75/CE en lo que atañe a la vacunación contra la fiebre catarral ovina; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y de la Autoridad Europea de Valores y Mercados; Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la seguridad de la gestión del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2000/25/CE en lo que respecta a la aplicación de fases de emisiones a los tractores de vía estrecha; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se concede ayuda macrofinanciera a Georgia; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas; Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se esta-

blecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se derogan determinados actos del Consejo que han quedado obsoletos en el ámbito de la Política Agrícola Común; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 378/2007 del Consejo en lo que atañe a las normas para la aplicación de la modulación facultativa de los pagos directos en virtud de la Política Agrícola Común; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican el Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) número 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) número 883/2004; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 1234/2007 en lo que se refiere a las normas de comercialización; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1290/2005 del Consejo sobre la financiación de la política agrícola común y se derogan los Reglamentos (CE) número 165/94 y (CE) número 78/2008 del Consejo; Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión 2004/162/CE en lo relativo a los productos que pueden ser objeto de una exención o una reducción del arbitrio insular; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 485/2008 del Consejo, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las islas menores del mar Egeo; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen requisitos técnicos para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la integridad y la transparencia del mercado de la energía; Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión (2008/203/CE), de 28 de febrero de 2008, para la aplicación del Reglamento (CE) número 168/2007 por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Dere-

chos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las relaciones contractuales en el sector de la leche y de los productos lácteos; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de un mecanismo de evaluación para verificar la aplicación del acervo de Schengen; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lista de documentos de viaje que permiten el cruce de las fronteras exteriores y en los que puede estamparse un visado, y sobre la creación de un mecanismo para elaborar esta lista; Propuesta de Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 648/2004 en lo que se refiere al uso de fosfatos y otros compuestos de fósforo en detergentes domésticos para ropa; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2000/25/CE en lo que se refiere a las disposiciones relativas a los tractores comercializados con arreglo al sistema flexible ; Reglamento (UE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1467/97 del Consejo relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la relación estadística de los transportes de mercancías por carretera; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema "EURODAC" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las modalidades de

acceso al servicio público regulado ofrecido por el sistema mundial de radionavegación por satélite resultante del programa Galileo; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 73/2009 del Consejo, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores; Reglamento (CE) número 1698/2005 del Consejo, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER); Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por Impago; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los ataques contra los sistemas de información, por la que se deroga la Decisión marco 2005/222/JAIM; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 460/2004 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, en lo que respecta a su duración; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados OTC, las contrapartes centrales y los registros de operaciones; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la homologación y a la vigilancia del mercado de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Programa de apoyo para la consolidación de la Política Marítima Integrada; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comercialización y la utilización de precursores de explosivos; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2001/112/CE del Consejo relativa a los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las menciones o marcas que permitan identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica los Reglamentos (CE) número 1290/2005 y (CE) número 1234/2007 del Consejo, en lo que respecta a la distribución de alimentos a las personas más nece-

sitadas de la Unión; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un primer programa de política del espectro; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo; Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro; Propuesta de Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la homologación de vehículos agrícolas o forestales; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE y 2006/48/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales; Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo estacional; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 708/2007 sobre el uso de las especies exóticas y las especies localmente ausentes en la acuicultura; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de un traslado dentro de la misma empresa; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de OMG en su territorio; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo referente a la comercialización de los materiales de multiplicación vegetativa de la vid; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/68/CE en lo que se refiere a las disposiciones relativas a los motores comercializados con arreglo al sistema flexible; Reglamento (UE) del Consejo relativo a las disposiciones sobre traducción aplicables a la patente de la Unión Europea; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) número 2187/2005 del Consejo en lo que atañe a la prohibición de

selección cualitativa y a las restricciones en la pesca de platija europea y rodaballo en el Mar Báltico, los Belts y el Sund; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 663/2009 por el que se establece un programa de ayuda a la recuperación económica mediante la concesión de asistencia financiera comunitaria a proyectos del ámbito de la energía; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1234/2007 del Consejo (Reglamento único para las OCM) por lo que respecta a las ayudas concedidas en virtud del Monopolio Alemán del Alcohol; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea por el que se modifica el Reglamento (CE) número 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación; Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se concede una ayuda macrofinanciera a la República de Moldavia; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas europeas sobre cultivos permanentes; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de Comunicación audiovisuales; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 861/2006 del Consejo, de 22 de mayo de 2006, por el que se establecen medidas financieras comunitarias para la aplicación de la política pesquera común y el Derecho del Mar; Directiva CE del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información; Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Decisión del Consejo por la que se establecen normas para las importaciones en la Unión Europea de productos de la pesca, moluscos bivalvos vivos, equinodermos, tunicados gasterópodos marinos y sus subproductos procedentes de Groenlandia; Reglamento (UE), del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Agencia

para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 1905/2006 por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas europeas sobre el turismo; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, Comunicación de que la Comisión Europea ha informado que ha iniciado el plazo para emitir dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad respecto de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las cuentas económicas europeas del medio ambiente; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI.

7. Bibliografía

AJA, E.; "La consolidación definitiva del Estado Autonómico: tareas pendientes" en F. García de Cortazar (Coord.), *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida*, Madrid, Ed. Fundación para el análisis y los estudios sociales, 2001.

ALBERTI ROVIRA, E.; "Los Parlamentos Regionales en la Unión Europea" en GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Civitas, 2002.

ARÉIZAGA HERNÁNDEZ, J.C.; "El papel de las regiones en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad tras el Tratado de Lisboa: el mecanismo de alerta temprana y el recurso por incumplimiento de dicho principio"; pronunciada en la *Jornada sobre el principio de subsidiariedad en la Unión Europea* celebrada en el Parlamento de Navarra en diciembre de 2008

ARES CASTRO-CONDE, C.; "El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos autonómicos: diagnóstico y pronóstico" en *Revista de Estudios Políticos* nº 136, abril-julio 2007.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; "El Estado Autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español" en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 9, octubre de 2009.

BALAGUER CALLEJÓN, F.; "La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal" en GARCÍA HERRERA, M. A. (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco-Servicio de Publicaciones, 1997.

—; "El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto, 2008.

BERTHU, G.; "Documento de trabajo sobre la subsidiariedad", en COMISIÓN DE ASUNTOS INSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental – Realización y desarrollo de la Unión*, de 4 de mayo de 1995 (A4-0102/95/PARTE III), conocido también como Informe BOURLANGES / MARTIN.

BOGDANDY, A. Von; "Notas sobre la ciencia del Derecho Europeo en *Teoría y Realidad Constitucional*", núm. 5, 1er semestre 2000.

BOIXAREU CARRERA, A.; "El principio de subsidiariedad" en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, nº 3, 1994.

BUENO y VICENTE, J. M.; *La contribución de las Cortes Generales a la integración europea, 1986-2004*, Madrid, Ed. Congreso de los Diputados, 2006.

CRAIG, P. y de BÚRCA G.; *EU Law*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2008.

CRIADO, M.; "Extremadura" en J. TORNOS (Dir.), en *Informe de Comunidades Autónomas*, Barcelona, IDP, 2008.

CUODENHOVE-KALERGI, R. N.; *Pan-Europea*, Ginebra, Ed. Paneuropa, 1998.

D'ANTENA, A.; "Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de competencias normativas entre la Unión Europea y los Estados miembros" en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3 (2005).

DELGADO-IRIBARREN, M.; "La participación en la Unión Europea de los Parlamentos nacionales en la Constitución Europea", en ÁLVAREZ CONDE, E. / GARRIDO MAYOL, V.; *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, F.; *Las regiones con competencias legislativas*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

FERRER MARTÍN DE VIDALES, C.; *Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, de Maastricht a Lisboa*, Madrid, Ed. Dilex, 2008.

GARCÍA-PELAYO, M.; *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

GONZÁLEZ ENCINAR, J. J.; *El Estado Unitario-Federal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1985.

HAMILTON, A. y MADISON, J.; "The structure of the Government must furnish the proper checks and balance between the different departments" en A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *The Federalist*, Nueva York, Ed. G.P. Putnam's Sons, 1889.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.; "La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004.

IGLESIAS BUIGES, J. L.; "Federalismo y soberanía en la historia de la Unión Europea" en *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3, 1976.

ISAAC, G.; *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000.

KELSEN, H.; *Teoría del General del Derecho y del Estado*, México D.F., Ed. UNAM, 1995

MANGAS, A.; "El escoramiento intergubernamental de la Unión" en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Ed. Iustel, 2008.

MANGAS, A. / LIÑAN NOGUERAS, D. J.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.; *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional*, Madrid, Ed. Iustel, 2008.

MARTÍNEZ SIERRA, J. M.; *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Madrid, UCM, 2003.

—; "Estado Autonómico e Integración Supranacional" en J.M. VIDAL BELTRÁN y M.A. GARCÍA HERRERA (Coords.), *Estado Autonómico y Solidaridad: integración, solidaridad, diversidad*, Vol. 1, Madrid, Ed. COLEX-INAP, 2005.

—; *El procedimiento legislativo de la codecisión*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

MONTILLA MARTOS, J.A.; *Derecho de la Unión Europea y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PACE, A.; *Quale, dei tanti federalismi? atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza"*, Padova, Ed. Cedam, 1997.

PERALTA CARRASCO, M.; "Fuero del Baylio : instituição jurídica espanhola de origem portuguesa" en *Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra*, 84 (2008).

PÉREZ ZAMORA, E. y EUGENIA ROMERO VAZQUIÁNEZ, M.E.; "Comentarios sobre la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura" en *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 3 Septiembre/Diciembre 2008.

PÉREZ-BUSTAMANTE, R. / SAN MIGUEL PÉREZ, E.; *Los precursores de Europa*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998.

PRIETO GUTIERREZ, M.G.; "Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales", en E. ÁLVAREZ CONDE / M. GARRIDO MAYOL, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A.; "El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio" en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.; *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008.

SCHMITT, C.; *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Madrid, Tecnos, 2008.

SIDJANSKI, D.; *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad a la Unión Europea*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.

SMISMANS, S.; "The role of the National Parliaments in the European Decision-Making Process: Addressing the Problem at the European Level", en ELSA ESPEL 1998, Volume IX, Issue 1.

SMEND, R.; "La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional" (1919) en la obra del mismo autor, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STORINI, C.; *Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch-Instituto de Derecho Público Comparado, 2005.

VERGOTTINI, G.; *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Ed. Espasa, 1983.

VILLALBA LAVA, M.; *El Fuero del Baylío como derecho foral de Extremadura*, Mérida, Ed. Asamblea de Extremadura, 2009.

WILLEM HERING, A.; "Democracy in Europe: The Evolving Role of Parliaments. Is there a European Parliamentary Model?"; en C. FLIENTERMAN / A. WILLEM HERING/ L. WADDINGTON, *The Evolving Role of Parliaments in Europe*, Antwerpen, Ed. Maklu, 1994.

RESUMEN

Este artículo analiza la participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, en concreto el de la Asamblea de Extremadura, en el mecanismo de alerta temprana de control del principio de subsidiariedad, a fin de conocer si dicha participación contribuye a paliar los déficits democrático y de participación de las regiones en proceso de integración europeo. El mecanismo de alerta temprana permite a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros determinar si una propuesta normativa de derecho de la Unión Europea es o no conforme con el principio de subsidiariedad. En el caso español se ha previsto, además, que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas puedan contribuir a la formación de la decisión de las Cortes Generales relativa al control del principio de subsidiariedad. La participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en el control del principio de subsidiariedad es una de las principales novedades derivadas de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En el seno de la Asamblea de Extremadura se ha establecido una Comisión de Asuntos Europeos y unos procedimientos específicos para la realización de su participación en el mecanismo de alerta temprana.

Palabras clave: Extremadura; asamblea; parlamentos regionales; subsidiariedad; Unión Europea.

RESUM

Aquest article analitza la participació dels parlaments de les comunitats autònomes, en concret, el de l'Assemblea d'Extremadura, en el mecanisme d'alerta inicial de control del principi de subsidiarietat per tal de conèixer si aquesta participació contribueix a pal·liar els déficits democràtic i de participació de les regions en el procés d'integració europeu. El mecanisme d'alerta inicial permet als parlaments nacionals dels estats membres determinar si una proposta normativa de dret de la Unió Europea és conforme o no amb el principi de subsidiarietat. En el cas espanyol s'ha previst, a més a més, que els parlaments de les comunitats autònomes puguin contribuir a la formació de la decisió de les Corts Generals relativa al control del principi de subsidiarietat. La participació dels parlaments de les comunitats autònomes en el principi de subsidiarietat és una de les novetats principals derivades de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa. En el si de l'Assemblea d'Extremadura s'ha establert una Comissió d'Afers Europeus i uns procediments específics per implementar la seva participació en el mecanisme d'alerta inicial.

Paraules clau: Extremadura; assemblea; parlaments regionals; subsidiarietat; Unió Europea.

ABSTRACT

This paper analyzes the participation of the Spanish regional Parliaments, specially the Assembly of Extremadura, in the early warning system for monitoring the application of the principle of subsidiarity, in order to know if this participation helps to correct the democratic deficit and to improve the participation of the regions in the EU integration process. Through the early warning system, the Member States Parliaments can examine if the draft European legislative acts comply with the principle of subsidiarity. In the Spanish case, it has been regulated that regional Parliaments can contribute to the elaboration of the position of Spanish national Parliament –Cortes Generales– about the monitoring of the principle of subsidiarity related to drafts European legislative acts. The participation of the Regional Parliaments in the monitoring of the principle of subsidiarity is an important novelty resultant of the Lisbon Treaty. The Extremadurian regional Parliament –Asamblea de Extremadura– has established a European Affairs Committee and some specific processes in order to implement its participation on the early warning system.

Key words: Extremadura; assembly; regional parliaments; subsidiarity; European Union.

OBJECTIUS DE LA REAF, PROCEDIMENT DE SELECCIÓ D'ARTICLES I CRITERIS PER A LA PRESENTACIÓ D'ORIGINALS

1. Objectius i contingut de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònomicos i Federals* (REAF) publica treballs sobre autonomies polítiques territorials, de caire pluridisciplinari, però amb predomini del vessant juridicopolític.

2. Tramesa d'originals

Els treballs que es publicaran a la REAF seran originals inèdits, llevat d'acord en un altre sentit entre l'IEA i l'autor d'un treball determinat.

Els originals s'acceptaran escrits en català, espanyol, anglès, francès i italià, i es publicaran en l'idioma de recepció. Una vegada acceptats per publicar, tindran el *copyright* de l'Institut d'Estudis Autònomicos i no es podran reproduir sense la seva autorització.

Els articles s'enviaran, preferiblement, per correu electrònic a reaf@gencat.cat. També es poden enviar per correu postal, en paper i en suport informàtic, a la seu de l'IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selecció dels articles i avaluació

Els textos rebuts se sotmetran a avaluació anònima (sistema de doble cec) per part de dos especialistes en el tema tractat (i, si escau, un tercer en cas de divergència entre els anteriors sobre la publicabilitat de l'article), els quals seran externs a la revista o pertanyents als seus consells de redacció i científic. La REAF farà arribar a l'autor les avaluacions.

Els informes d'avaluació tindran en compte, entre altres factors:

- la solidesa i coherència metodològica
- l'originalitat i les novetats que aporti l'article en el seu camp
- la coherència i estructuració de l'article
- l'argumentació de les tesis que es defensin
- la correcció i completud de les fonts i la bibliografia utilitzades

Si les avaluacions aconsellen la introducció de canvis en l'original, l'acceptació definitiva de l'article restarà condicionada a l'acceptació per part de l'autor dels canvis que calgui introduir.

El formulari d'avaluació es pot consultar al web de la REAF, dintre del web de l'IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criteris generals de presentació d'originals

Un cop avaluat i acceptat, l'IEA es reserva el dret de modificar qualsevol element formal del treball per tal de donar coherència global a la revista, atesa la seva condició de publicació periòdica, adequant el text a aquestes normes de redacció d'originals.

Es pot demanar a l'autor/a una correcció (limitada a errors respecte de l'original acceptat) de proves d'impremta, les quals haurà de retornar a l'IEA en el termini de 72 hores.

a) Extensió i format

El treball haurà d'estar escrit en Word i tindrà un mínim de 20 i un màxim de 35 pàgines de 30 línies de 70 espais (uns 45.000-75.000 caràcters amb espais, aprox.), amb tipografia Arial (o similar) de cos 12 per al text principal (amb interlineat 1,5) i de cos 10 per a les notes (amb interlineat 1).

Juntament amb el treball, caldrà enviar:

- Un currículum breu (350-400 caràcters amb espais) i les dades personals següents: adreça professional, telèfon i e-mail.
- Un resum (1.000-1.300 caràcters amb espais) de l'article, en l'idioma original i en anglès. El resum haurà de contenir, en tot cas, el tema general i l'objecte concret de l'article; l'estructura del desenvolupament d'aquest objecte a l'article i les conclusions principals.
- Una relació d'entre quatre i vuit paraules clau.

b) Títol, apartats i sumari

El títol ha d'indicar de manera concisa el contingut del treball, el qual es pot completar amb un subtítol d'informació complementària. Si el treball es divideix en apartats i subapartats, aquests s'assenyalaran amb números aràbics, fins a un màxim de dos nivells (p. ex., 1.2).

L'article anirà precedit d'un sumari dels diferents apartats en què s'estructura.

c) Acrònims, sigles i citacions

Quan s'escrigui per primera vegada un acrònim o una sigla caldrà posar entre parèntesis el seu significat complet.

Les citacions literals inserides dins el text aniran entre cometes, i mai en cursiva

(encara que siguin en una llengua diferent de la del treball). En general, una citació de més de cinc línies caldrà fer-la en paràgraf a part, sagnat i sense cometes. Qualsevol canvi que s'introdueixi en una citació original s'indicarà entre claudàtors.

Els recursos per ressaltar paraules o expressions són la cursiva o les cometes, per tant, s'evitarà l'ús de les majúscules o de la negreta.

d) Notes

És convenient fer un ús limitat de les notes, totes les quals seran a peu de pàgina, numerades amb caràcters aràbics i en superíndex.

Les referències en nota a peu de pàgina tindran el format següent:

- Quan se citi una obra per primera vegada:
Nom, cognom/s de l'autor, "títol del capítol" o "títol de l'article", *títol del llibre* o *títol de la revista*, volum, núm, lloc d'edició, editorial, any de publicació, paginació.

Exemples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Quan se citi una obra prèviament citada:

Cognom/s de l'autor, títol breu, any de publicació i paginació.

Exemples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Llistes de referències

Al final de cada article de la REAF es publicarà la llista de referències (és a dir, exclusivament les fonts i les obres citades en el treball), ordenades alfabèticament pel cognom de l'autor. No es publicaran bibliografies generals.

La llista de referències tindrà el format que assenyallem en els exemples següents.

– Llibres

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2004.

– Articles de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislació i jurisprudència

Segons la citació oficial en cada cas: Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Publicació electrònica

CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línia]. *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

OBJETIVOS DE LA REAF, PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE ARTÍCULOS Y CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Objetivos y contenido de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* (REAF) publica trabajos sobre autonomías políticas territoriales, de carácter pluridisciplinar, pero con predominio del ámbito jurídico-político.

2. Entrega de originales

Los trabajos que se publicarán en la REAF serán originales inéditos, salvo acuerdo expreso en otro sentido del IEA con el autor de un trabajo determinado.

Se aceptarán originales escritos en catalán, español, inglés, francés e italiano, y se publicarán en el idioma de recepción. Una vez aceptados para su publicación, pasarán a tener el *copyright* del Instituto de Estudios Autonómicos y en ningún caso podrán ser reproducidos sin su autorización.

Los artículos se enviarán, preferiblemente, por correo electrónico a reaf@gencat.cat. También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selección y evaluación de los artículos

Los textos recibidos se someterán a evaluación anónima (sistema de doble ciego) por parte de dos especialistas en el tema tratado (y, si procede, un tercero en caso de divergencia entre los anteriores sobre la publicabilidad del artículo), los cuales serán externos a la revista o pertenecientes a sus consejos de redacción

y científico. La REAF remitirá las evaluaciones al autor.

Los informes de evaluación tendrán en cuenta, entre otros factores:

- la solidez y coherencia metodológica
- la originalidad y las novedades aportadas por el artículo en su campo
- la coherencia y estructuración del artículo
- la argumentación de las tesis defendidas
- la corrección y completud de las fuentes y la bibliografía utilizadas

Si las evaluaciones aconsejan la introducción de cambios en el original, la aceptación definitiva del artículo quedará condicionada a la aceptación por parte del autor de los cambios que se consideren oportunos.

El formulario de evaluación se puede consultar en el web de la REAF, dentro del web del IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criterios generales de presentación de originales

Una vez evaluado y aceptado, el IEA se reserva el derecho de modificar cualquier elemento formal del trabajo con el fin de dar coherencia global a la revista, dada su condición de publicación periódica, adecuando el texto a estas normas de redacción de originales.

Se puede pedir al/la autor/a una corrección (limitada a errores referentes al original aceptado) de pruebas de imprenta, las cuales deberán ser devueltas al IEA en el plazo de 72 horas.

a) Extensión y formato

El trabajo se realizará en Word y su extensión tendrá un mínimo de 20 y un máximo de 35 páginas de 30 líneas a 70 espacios (unos 45.000-75.000 caracteres con espacios, aprox.), con tipografía Arial (o similar) de tamaño 12 para el texto principal (con interlineado 1,5) y 10 para las notas (con interlineado 1).

Junto con el trabajo, deberá enviarse:

- Un currículum breve (350-400 caracteres con espacios) y los datos personales siguientes: dirección profesional, teléfono y e-mail.
- Un resumen (1.000-1.300 caracteres con espacios) del artículo, en el idioma original y en inglés. El resumen deberá incluir, en cualquier caso, el tema general y el objeto concreto del artículo; la estructura del desarrollo de este objeto en el artículo y las principales conclusiones.
- Una relación de entre cuatro y ocho palabras clave.

b) Título, apartados y sumario

El título debe indicar de modo conciso el contenido del trabajo, el cual puede completarse con un subtítulo de información complementaria. Si el trabajo se divide en apartados y subapartados, éstos deben indicarse mediante numeración arábiga, hasta un máximo de dos niveles (p. ej., 1.2).

Al artículo le precederá un sumario con los distintos apartados de su estructura.

c) Acrónimos, siglas y citas

Cuando se escriba por primera vez un acrónimo o una sigla debe consignarse entre paréntesis su significado completo.

Las citas literales introducidas en el texto deben entrecorillarse, y en ningún caso usar la cursiva (aunque se trate de una lengua diferente a la del trabajo). En general, una cita de más de cinco líneas deberá reproducirse en párrafo aparte, sangrado y sin comillas. Cualquier cambio que se introduzca en una cita original se indicará entre corchetes.

Los recursos para destacar palabras o expresiones son la cursiva o las comillas, por lo tanto, se evitará el uso de mayúsculas o negrita.

d) Notas

Es conveniente limitar el uso de las notas, todas ellas irán a pie de página, numeradas con caracteres arábigos y en superíndice.

Las referencias consignadas en notas a pie de página tendrán el formato siguiente:

- Cuando se cite una obra por primera vez:

Nombre, apellido/s del autor, "título del capítulo" o "título del artículo", título del libro o *título de la revista*, volumen, núm., lugar de edición, editorial, año de publicación, página/s.

Ejemplos:

Antoni Castells, *Les subvencions d' nivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Cuando se cite una obra anteriormente citada:

Apellido/s del autor, título breve, año de publicación y página/s.

Ejemplos:

Castells, Les subvencions..., 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Listas de referencias

Al final de cada artículo de la REAF se publicará la lista de referencias (es decir, exclusivamente las fuentes y las obras citadas en el trabajo), ordenadas alfabéticamente por el apellido del autor. No se publicarán bibliografías generales.

La lista de referencias tendrá el formato que se indica en los ejemplos siguientes.

– Libros

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

– Artículos de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislación y jurisprudencia

Según la cita oficial en cada caso:
Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

STC 33/2005, de 17 de febrero.

– Publicación electrónica

CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

REAF OBJECTIVES, PROCEDURE FOR THE SELECTION OF ARTICLES AND CRITERIA FOR THE PRESENTATION OF ORIGINALS

1. The objectives and content of the REAF

The *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* (REAF) publishes works on devolved regional political entities, from many disciplines but mainly from the legal and political fields.

2. Reception of originals

Works to be published in the REAF should be unpublished originals, other than as agreed between the IEA and the author of a particular work.

Originals are accepted in Catalan, Spanish, English, French and Italian and are published in the language they are received in. Once accepted for publication the Institut d'Estudis Autònoms shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to reaf@gencat.cat. They can also be sent by post, in hard copy and soft copy, to the head office of the IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selection of articles and review

The texts received shall be submitted to anonymous review (double blind system) by two specialists in the issue (and, if necessary, a third in the event that there is divergence on the part of the first two on the suitability of the article for publication), who shall be external from the journal or may belong to its editorial and scientific boards. The REAF shall inform the author of the reviews.

The reviewer's comments shall take into account among other factors:

- Methodological solidity and coherence
- Originality and novel ideas provided by the article in its field
- The coherence and structure of the article
- The argumentation of the thesis defended
- Correction and completeness of sources and bibliography used

If the reviewers suggest the introduction of changes to the original, final acceptance of the article will be conditional upon the acceptance of the author of the changes to be made.

The review form may be consulted on the web page of the REAF, on the IEA web site (www.gencat.cat/iea).

4. General criteria for the presentation of originals

Once reviewed and accepted the IEA reserves the right to modify any formal element of the work in order to give global coherence to the journal, given that it is a periodical, and adapted the text to these editorial rules on originals.

The author may be requested to provide a correction (limited to errors with regard to the original accepted) of the proofs, which should be returned to the IEA within 72 hours.

a) Extension and format

The work should be written in Word and have a minimum of 20 and a maximum of

35 pages of 30 lines of 70 spaces (45,000-75,000 characters with spaces, approx.), in Arial (or similar) size 12 for the main text (with line spacing of 1.5) and size 10 for footnotes (with single line spacing).

Along with the work the author should send:

- A brief curriculum vitae (350-400 characters with spaces) and the following personal details: professional address, telephone and e-mail.
- A summary (1,000-1,300 characters with spaces) of the article, in the original language and in English. In any event the summary should specify explicitly the general topic and the specific objective of the article; the structure of the development of this objective in the article and the main conclusions.
- A list of between four and twenty key words.

b) Title, sections and summary

The title should concisely indicate the content of the work, and may be completed with a complementary informative subtitle. If the work is divided into sections and subsections, these should be numbered with Arabic numerals, to a maximum of two levels (e.g., 1.2).

The article shall be preceded by a summary of the various sections into which it is divided.

c) Acronyms, initials and quotations

When an acronym or initials are written for the first time the complete meaning should be included in brackets.

Literal quotations inserted in the text shall be in inverted commas, and never in italics (even if they are in a language different to that of the work itself). In

general, a quotation of more than five lines should be a separate paragraph, indented and without inverted commas. Any change made in an original quotation shall be indicated in square brackets.

The resources to highlight words or expressions are italics or inverted commas, and therefore capitals and bold type should be avoided.

d) Footnotes

Footnotes should be kept to a minimum, all of which should come at the foot of the page, and be numbered with Arabic characters and in superscript.

References in footnotes shall have the following form:

- When a work is cited for the first time: Name, surname/s of the author, "chapter title" or "title of the article", *title of the book or title of the journal*, volume, number, place of publication, publisher, year of publication, pages.

Examples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'animament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- When a previously cited work is cited:

Surname/s of the author, short title, year of publication and pages.

Examples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Lists of references

At the end of each article in the REAF a list of references (that is only the sources and the works referred to in the text), ordered alphabetically by the author's surname. General bibliographies will not be published.

The list of references shall take the form below.

- Books
 - CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.
- Articles from journals
 - CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.
- Legislation and case law
 - According to the official citation in each case:
 - Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.
- Electronic publications
 - CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [online]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulted: 10-03-2008].

NÚMEROS ANTERIORS DE LA REAF

- Núm. 1 - Octubre 2005.** Articles de: Tania Groppi – Xavier Arbós Marín – José Luis Cascajo Castro – Jacques Ziller – Carles Viver Pi-Sunyer – José Antonio Montilla Martos – Jaume Magre Ferran.
- Núm. 2 - Abril 2006.** Articles de: Anna Gamper – Cesáreo R. Aguilera de Prat – Pedro Cruz Villalón – Miguel Ángel Aparicio Pérez – Paloma Requejo Rodríguez – Ricard Zapata-Barrero – Marc Vilalta Reixach.
- Núm. 3 - Octubre 2006.** Articles de: Richard Simeon / Luc Turgeon – Ramón Maiz – Núria Bosch Roca – Ramon Galindo Caldés – Eduard Roig Molés – Marta Espasa Queralt – Alejandra Betanzo de la Rosa – Anna M. Pla Boix – Carolina Gala Durán.
- Núm. 4 - Abril 2007.** Articles de: Antonio D’Atena – Ferran Requejo – David Ordóñez Solís – Iñaki Lasagabaster Herrarte – Pablo Santolaya Machetti – Eva Nieto Garrido – Susana Beltrán García – Santiago Farré Tous.
- Núm. 5 - Octubre 2007.** Articles de: Miquel Caminal Badia – Manuel Cienfuegos Mateo – Miguel Ángel Presno Linera – Enriqueta Expósito – Ignacio Villaverde Menéndez – Marcos Gómez Puente – Mercè Corretja i Torrens – Jordi Capo Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.
- Núm. 6 - Abril 2008.** Articles de: John Kincaid – Josep M^a Castellà Andreu – Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuña – Marcos Almeida Cerredá – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.
- Núm. 7 - Octubre 2008.** Articles de: Alain Noël – Luis Pomed Sánchez – Joaquín Tornos Mas – Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – Juli Ponce Solé – Vicenç Aguado i Cudolà – Miquel Salvador – Carlos Ruiz Miguel.
- Núm. 8 - Abril 2009.** Articles de: Hans-Peter Schneider – José Martín y Pérez de Nanclares / Mariola Urrea Corres – Lorena Elvira Ayuso – Luis Moreno – Eva Pons / Jaume Vernet – Tomàs Font i Llovet / Marc Vilalta Reixach – Cristina Ares Castro-Conde – Francisco Alemán Páez – Ramon J. Moles Plaza / Anna García Hom.
- Núm. 9 - Octubre 2009.** Articles de: Alain-G. Gagnon / Xavier Dionne – Thomas Fleiner – Antonio M. Hernández – Miguel Azpitarte Sánchez – Maribel González Pascual – Alberto López Basaguren – Amelia Pascual Medrano – Alfredo Galán Galán – Andrés García Martínez.
- Núm. 10 - Abril 2010.** Articles de: Peter Bußjäger – Antonio Arroyo Gil – Neus París i Domènech, Mercè Corretja Torrens – Antoni Milian i Massana – Anna M. Pla Boix – Joaquín Urías – José Luis Blasco Díaz – Mariano Bacigalupo Saggese – Javier Astudillo Ruiz.
- Núm. 11 - Octubre 2010.** Articles de: Guy Laforest – Montserrat Guibernau – Ricard Gracia Retortillo – Jorge P. Gordin – Ana Herrero Alcalde / Jesús Ruiz-Huerta Carbonell / Carmen Vizán Rodríguez – Javier Tajadura Tejada – Julio V. González García – Gerard Martín i Alonso – Eva Pons Parera.
- Núm. 12 - Març 2011.** Articles de: Miguel A. Aparicio Pérez – Joaquim Ferret Jacas – Mercè Barceló i Serramalera – Marc Carrillo – Eva Pons Parera – Lluís Jou – Joaquín Tornos Mas – José Antonio Montilla Martos – Alfredo Galán Galán / Ricard Gracia Retortillo – Manuel Gerpe Landín / Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – José M.^a Porras Ramirez – Carles Viver Pi-Sunyer – Mercè Corretja / Joan Vintró / Xavier Bernadí – Francisco Balaguer Callejón – Manuel Medina Guerrero.
- Núm. 13 - Abril 2011.** Articles de: Francisco Velasco Caballero – Franz Xavier Barrios Suvelza – José Martín y Pérez de Nanclares – Carles Viver Pi-Sunyer – Mireia Grau – Alfonso Utrilla de la Hoz – Lilo Piña Garrido – Roser Martí i Torres / Encarnació Grau i Corominas – María del Val Segarra Oña / Blanca de Miguel Molina / María de Miguel Molina.

SUMARI

FEDERALISM AND HEALTH CARE IN THE UNITED STATES

G. Alan Tarr

HOW "EUROPEAN" IS THE ITALIAN REGIONAL STATE NOW? A STUDY ON THE EUROPEANIZATION OF THE ITALIAN REGIONAL SYSTEM

Giuseppe Martinico

LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO FINANZIARIO IN ITALIA TRA AUTONOMIA E SOLIDARIETÀ

Sara Parolari, Alice Valdesalici

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO "SUPREMO INTÉRPRETE" DE LA LEY DE AGUAS. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y UN COMENTARIO A LA STC 30/2011

Francisco Balaguer Callejón

LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN INMIGRACIÓN TRAS LA STC 31/2010

José Antonio Montilla Martos

DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES I REFORMES ESTATUTÀRIES. UN ESTUDI COMPARAT DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN ELS ESTATUTS REFORMATS I ELS EFECTES DE LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNY

Hèctor López Bofill

RECENT DEVELOPMENTS IN COMMUNITY CASE-LAW CONCERNING THE STANDING OF EUROPEAN REGIONS BEFORE THE EUROPEAN COURTS

Bruno Martín Baumeister

LA ASAMBLEA DE EXTREMADURA Y EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A TRAVÉS DEL MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA

José Ángel Camisón Yagüe

