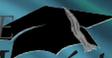


SERIE   
Magíster  
VOLUMEN 123

*El principio  
de  
subsidiariedad*

*clave jurídica  
de la integración*

---

*Daniel Achá*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

*20 años*

  
CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

El principio de subsidiariedad  
*Clave jurídica de la integración*

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 123

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

Daniel Achá

**El principio de subsidiariedad**  
*Clave jurídica de la integración*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

*20 años*



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2013

**El principio de subsidiariedad**  
*Clave jurídica de la integración*

Daniel Achá



Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, enero de 2013

Coordinación editorial:

*Quinche Ortiz Crespo*

Armado:

*Martha Vinueza M.*

Impresión:

*Taller Gráfico La Huella*  
*La Isla N27-96 y Cuba, Quito*

ISBN: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
978-9978-19-513-0

ISBN: Corporación Editora Nacional  
978-9978-84-656-8

Derechos de autor:

Inscripción: 040553

Depósito legal: 004893

---

Título original: *Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea y su posible proyección en el ámbito de la atribución de competencias de la Comunidad Andina*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,  
con mención en Derecho Internacional Económico

Programa de Maestría en Derecho, 2008

Autor: *Daniel Achá Lemaitre* (correo e.: [daniel\\_acha007@hotmail.com](mailto:daniel_acha007@hotmail.com))

Tutor: *César Montaña*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0616

---

# Contenido

## **Introducción / 13**

### *Capítulo I*

#### **Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Una aproximación teórica desde la perspectiva de la Unión Europea / 15**

Aspectos generales del principio de subsidiariedad / 15

Concepto de subsidiariedad / 16

Naturaleza del principio de subsidiariedad / 21

Ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad / 23

Doble lectura del principio de subsidiariedad / 27

Orígenes del principio de subsidiariedad / 29

Principio de proporcionalidad / 36

Regulación de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea a través del Protocolo No. 30 / 43

### *Capítulo II*

#### **Atribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad / 49**

Principio de atribución de competencias / 49

Distintos tipos de competencia / 52

Competencias comunitarias en relación con las competencias nacionales. Base jurídica / 59

Aplicación del principio de subsidiariedad en las áreas de competencia compartida. Prueba de eficiencia / 61

Control de aplicación del principio de subsidiariedad / 65

### *Capítulo III*

#### **Proyección del principio de subsidiariedad hacia la Comunidad Andina / 83**

Génesis de la Comunidad Andina / 83

La Comunidad Andina como organización supranacional / **85**

Sistema Andino de Integración (SAI) / **87**

Las competencias en la Comunidad Andina / **98**

**Propuesta / 113**

**Conclusiones / 117**

**Bibliografía / 123**

**Anexo / 129**

*A Dios con la devoción de siempre.  
A mis papás, Rolando y Coca, con profundo cariño.*



Expreso mi sincero agradecimiento a las personas que colaboraron en la realización de este libro.



*Bolívar nos enseñó a todos –hombres y naciones– que el destino está en nuestras manos, en el poder realizador de nuestra voluntad, que poco alcanzará sola, mucho concertada con el esfuerzo de las restantes voluntades nacionales.*

Fernando Díez de Medina



# Introducción

La Comunidad Andina (CAN) y la Unión Europea (UE) como organizaciones supranacionales están capacitadas para ejercer aquellas competencias que les han sido atribuidas por sus Estados miembros, a través de sus respectivos tratados constitutivos. Sin embargo, dichos instrumentos jurídicos no establecen un sistema de reparto de competencias plasmado en la enumeración exhaustiva de las que corresponden exclusivamente a la Comunidad, a los Estados o a ambas instancias de decisión. Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario un criterio claro que permita delimitar los ámbitos de competencia solo comunitaria y los ámbitos en los que esta puede coexistir con la estatal.

La ausencia de un catálogo en el que conste el reparto de competencias entre las Comunidades y sus países miembros puede generar una multiplicación descontrolada e inadecuada de competencias a cargo de la Comunidad y por ende la ampliación de los planos de intervención de la misma, lo que finalmente ocasiona que el ciudadano comunitario –para quien se crean derechos y obligaciones– no acepte que se evolucione a sus espaldas y se le prive de conocer cómo y quién decide políticas que le afectan directa o indirectamente. Para evitar esta susceptibilidad, en el caso particular de la Comunidad Europea, se buscaron fórmulas para articular el ejercicio de competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros. El principio de subsidiariedad, según el cual la Comunidad Europea intervendrá en aquellas materias sobre las que comparte competencias con los Estados, cuando la acción de estos sea insuficiente para alcanzar los objetivos de la acción pretendida y, en consecuencia, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, en el ámbito comunitario, fue una de ellas.

Pese a la importancia del principio de subsidiariedad, en el caso de la Comunidad Andina no se prevé una regla como esta, ni siquiera se ha suscitado un debate sobre su significado y alcance. De manera que a través del presente trabajo se pretende desentrañar el principio de subsidiariedad a partir del modelo utilizado en la Comunidad Europea para comprender las reglas de su funcionamiento y sobre esta base elaborar un mecanismo que garantice que las decisiones en el marco de las competencias compartidas entre la Comunidad

Andina y sus países miembros se tomen por los propios individuos o los grupos más próximos a ellos y únicamente en supuesto que su acción sea insuficiente para alcanzar sus objetivos, intervenga el nivel más alto –el supranacional– sea aportando su ayuda, sea coordinando las actividades de los niveles inferiores, sea contribuyendo con auxilio material o actuando en sustitución de los grupos menores. De esta forma contribuiremos al derecho comunitario andino con una regla de organización mediante la cual se diseñará el reparto de ámbitos de competencias entre los distintos peldaños del poder, en función a criterios como la necesidad, la proximidad, la eficacia, el equilibrio, procurando asignar al más cercano, al ciudadano, todo lo que pueda realizar y dejando para el superior solo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad.

Así se pueden evitar decisiones inadecuadas y a espaldas de los individuos, por el contrario se asegura su desarrollo y el respeto de su dignidad, lo que sin duda se traduce en la legitimación y posterior fortalecimiento de la Comunidad Andina.

## CAPÍTULO I

# Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Una aproximación teórica desde la perspectiva de la Unión Europea

Aclarar lo que se entiende por principio de subsidiariedad puede resultar un objetivo que encuentre dificultades, fundamentalmente, si consideramos los debates que se produjeron luego de su introducción en el texto del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. A pesar de ello, nuestro propósito es analizar este principio de manera objetiva y sobre todo entendiendo que en el marco comunitario europeo es un concepto que ha alcanzado un desarrollo significativo y se constituye en una verdadera referencia, mientras que en la Comunidad Andina la discusión sobre el mismo no se ha suscitado todavía porque sencillamente la regla del principio de subsidiariedad no forma parte del derecho comunitario andino.

### ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En una concepción general, Alicia Chicharro sintetiza adecuadamente el alcance, la función y la aplicación del principio de subsidiariedad.<sup>1</sup> Dice que la subsidiariedad ha sido calificada como una regla de buen sentido que obliga a la instancia más extensa a no suplir a otra de menor ámbito hasta que no se demuestre la incapacidad de esta última para llevar a cabo una determinada acción u obtener el efecto pretendido, pero que también obliga a actuar a la primera cuando se constate esa incapacidad.

La función que cumple el principio de subsidiariedad se resume tradicionalmente en la regulación de las relaciones entre la esfera pública y la privada y, dentro de estas, las de los distintos grupos o niveles de poder que las integran. Establece además, de forma general, que lo que en una sociedad puede ser realizado adecuadamente por los responsables del escalón más próximo al ciudadano no debe transferirse a otro más alejado, salvo que la acción del

1. Alicia Chicharro Lázaro, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 33.

primero no sea suficiente para lograr los fines pretendidos y la intervención del segundo aporte mayor eficacia.

Esta regla aplicada en el plano político-administrativo, según Chicharro, da lugar a un principio organizativo por el que cada instancia pueda desarrollar con libertad sus fines según su capacidad, pero la ayuda de las instancias políticas superiores vendrá a suplir la incapacidad de las autoridades de los niveles inferiores en la medida de sus necesidades.<sup>2</sup>

## CONCEPTO DE SUBSIDIARIEDAD

Etimológicamente el término subsidiariedad proviene del latín *subsidiūm*, del que deriva el adjetivo *subsidiario*. *Subsidiūm* hacía referencia a las tropas de reserva de las que solo se dispone en última instancia y que sirven como ayuda o sostén de las levas regulares. De este contexto etimológico la doctrina de Chicharro Lázaro señala que se pueden extraer del término tres líneas de significación.

En primer lugar, subsidiariedad hace alusión a algo que está en reserva, en cierto modo secundario respecto de algo principal.<sup>3</sup> Una segunda idea es el refuerzo: los romanos lo utilizaban para designar el contingente que se sumaba a las milicias ya desplegadas. Por último, la citada autora concluye que el sentido que se impone es el de ayuda, socorro o asistencia.

En nuestros tiempos la interpretación de la subsidiariedad ha dado lugar a tres ideas relacionadas entre sí: lo secundario, lo supletorio y lo complementario.

Lo secundario ha sido empleado desde el punto de vista jurídico, para hacer referencia a algo que es accidental respecto de algo principal.

Lo supletorio y lo complementario cobran mayor importancia porque de acuerdo con lo expresado por Chicharro Lázaro, cuando hablamos de subsidiariedad partimos de la existencia de al menos dos niveles entre los cuales tiene lugar un reparto de tareas cuyos límites, en muchos casos, no pueden ser percibidos con nitidez. Si a la hora de llevar a cabo esas tareas, una instancia inferior no puede alcanzar el resultado pretendido, la superior puede o bien sustituir a la inferior o bien complementar con su intervención las medidas ya adoptadas por aquélla pero que no son suficientes para alcanzar el resultado pre-

2. La terminología empleada por la autora –instancias, escalones o niveles superiores e inferiores– responde a una intención de graficar el poder que cada uno tiene en el orden institucional, pero no hace referencia a su importancia o valor.
3. Se puede interpretar que lo principal es la acción de la instancia inferior, mientras que lo secundario tiene que ver con la acción de la instancia superior. Dicho de otro modo, la acción comunitaria es subsidiaria a la acción estatal.

visto.<sup>4</sup> En el primer caso, la comunidad inferior cede sus prerrogativas a favor de una instancia más idónea que la asuma de manera eficaz. Así, por ejemplo, de cara a la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea, previsto en el Tratado de Ámsterdam, la Comisión ha propuesto acciones legislativas especialmente importantes en este ámbito. En las principales iniciativas se busca definir un marco jurídico común relativo a la creación de un sistema europeo común de asilo. La consecución de los objetivos establecidos en el Tratado en materia de asilo y otras políticas relativas a la circulación de las personas justifica la intervención comunitaria en la medida en que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera satisfactoria los objetivos de la intervención contemplada que, debido a sus dimensiones o efectos, pueden alcanzarse mejor a nivel comunitario. Se justifica, pues, la propuesta destinada a establecer normas mínimas sobre la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros. En efecto, el solicitante de asilo considerará más justo que un solo Estado miembro sea responsable de una solicitud de asilo si todos los Estados miembros aplican idénticas normas mínimas de acogida.<sup>5</sup>

La segunda posibilidad tiene que ver con el auxilio o asistencia que prestará la comunidad superior al nivel inferior. En materia de salud pública la Comisión aprobó una propuesta relativa al apoyo de una cooperación a largo plazo entre Europa y los países en desarrollo para luchar contra el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis. Esta iniciativa, original desde el punto de vista de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, está destinada a permitir que la Comunidad pueda actuar junto con los Estados miembros, complementando su actuación, en los programas de investigación que aplican algunos de ellos. Siguiendo esa línea, la Comisión consideró que no era necesario que la Comunidad llevara a cabo su propia acción, sustituyendo a los Estados miembros, sino que sería más eficaz y acorde con lo dispuesto en el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea, apoyar las acciones de los Estados miembros.<sup>6</sup>

En mi opinión, luego de analizar las tres ideas sobre la subsidiariedad, creo que se trata de una ayuda, pues la subsidiariedad constituye un mecanismo de reforzamiento de la comunidad inferior, ya que la instancia superior complementa y apoya una acción de un grupo social que no es capaz por sí solo de ejercer con eficacia sus competencias. No obstante, esta ayuda aunque necesaria no deja de ser algo accesorio y complementario, por lo que no intervinirá más que en aquellos casos en los que sea requerida.

4. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 35.

5. Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2001) 181, de 3 de abril de 2001, Bruselas, 2001.

6. Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2002) 149, de 20 de marzo de 2002, Bruselas, 2002.

Pienso que el principio de subsidiariedad aplicado a la sociedad indica la intervención compensativa y auxiliar de los organismos sociales más grandes –como el Estado o las Comunidades– a favor de los individuos y de los grupos intermedios.

En el ámbito comunitario, Altiero Spinelli<sup>7</sup> es quien define por primera vez desde la perspectiva institucional el principio de subsidiariedad, declarando que: «la Unión solo actúa para alcanzar objetivos que pueden ser realizados en común de una forma más eficiente que si los Estados miembros actuasen separadamente».<sup>8</sup> Spinelli entendía que la acción comunitaria es la subsidiaria con respecto a la de los Estados, y no al contrario.

Sobre la base de la definición anterior considero que la subsidiariedad descansa en una relación dialéctica: el derecho de actuar de la unidad más pequeña es operativo en la medida, y solo en la medida en la que únicamente él puede actuar mejor que una unidad mayor a la hora de alcanzar los resultados perseguidos. Dicho de otro modo, lo que los hombres o una comunidad menor puedan hacer mejor por sí mismos no debe ser asumido por una sociedad mayor.

Por su parte la Comisión Institucional del Parlamento Europeo autoriza un informe sobre el principio de subsidiariedad designando a Giscard D'Estaing como ponente del mismo. Ese informe es presentado en junio de 1990 y en él se define la subsidiariedad como aquel principio: «según el cual la Unión deberá ocuparse de aquellas funciones que por su envergadura, o sus repercusiones, o por motivos vinculados a una mejor aplicación, pueden ser llevados a cabo de manera más eficaz por las instituciones de la Unión que por cada uno de los Estados miembros». Además distingue dos tipos de subsidiariedad, la vertical (entre Comunidad, Estados y Regiones) y la horizontal (entre poderes públicos y fuerzas sociales).

Hasta 1990 nunca se había hablado claramente sobre el principio de subsidiariedad, además, sería aquella la primera vez que se da una definición oficial del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, la definición del principio de subsidiariedad que corresponde a los instrumentos jurídicos constitutivos de la Unión Europea, desde la en-

7. Altiero Spinelli fue uno de los más firmes defensores del federalismo como sistema hacia el que debía evolucionar la Comunidad Europea. Con la caída del régimen fascista, Spinelli prosiguió su lucha por la redacción de una Constitución Europea que creara la ansiada federación. Este ideal se plasmó en el proyecto de 1984 que, aunque no se trataba de una Constitución revolucionaria, sino de una reforma de los tratados constitutivos, no creaba una Federación Europea, sino una entidad algo más modesta, la Unión Europea. Proyecto Spinelli, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984.
8. Esta definición la pronunció Spinelli durante un discurso en 1983 con ocasión de la Sexta Conferencia Jean Monnet en el Instituto Universitario de Florencia.

trada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>9</sup> –1 de diciembre de 2009–, se encuentra en el art. 3-ter del Tratado de la Unión Europea:<sup>10</sup>

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida 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.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

De acuerdo con Pablo Corral Anuarbe,<sup>11</sup> de la norma transcrita se desprenden dos definiciones principales de subsidiariedad: en la primera se define en términos de efectividad, quiere decir que la Comunidad actuará en los casos concretos en los que determinada acción pueda lograrse mejor o con mayor efectividad en el ámbito comunitario. La otra definición se basa en la necesidad de intervención de la Comunidad. Para José Manuel Peláez el criterio de necesidad significa que la acción de la Comunidad se considera la adecuada porque el objetivo de la misma no podría lograrse de manera satisfactoria en el ámbito nacional; en tanto el criterio de eficacia es el hecho de alcanzar más eficazmente aquel objetivo lo que hace indicada la intervención comunitaria (aunque el mismo pudiese lograrse en el ámbito nacional, si bien menos eficazmente).<sup>12</sup>

En esta misma línea, José Luis de Castro Ruano estima que el ejercicio de una competencia corresponderá a aquel nivel político-administrativo me-

9. Para realizar plenamente su potencial, la Unión Europea (UE), en posición oficial, manifestó que el proceso de integración requiere de modernización y reformas. Con sus mejoras, el Tratado de Lisboa busca dotar a la UE de los medios necesarios para enfrentar los desafíos del mundo de hoy. En definitiva, las razones fundamentales del Tratado son tres: eficacia en la toma de decisiones, más democracia gracias al mayor protagonismo del Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales y más coherencia en la actuación exterior. El Tratado de Lisboa modifica los Tratados de la Unión Europea y la Comunidad Europea, pero no los sustituye. El nuevo texto proporcionará a la UE el marco jurídico y los instrumentos necesarios para hacer frente a los retos del futuro y dar respuesta a las exigencias de los ciudadanos.
10. Antes que rija el Tratado de Lisboa esta norma se encontraba recogida bajo el mismo tenor en los art.: 3-b) del Tratado de Masstricht; 2 del Tratado de la Unión Europea, y 5 del Tratado de la Comunidad Europea.
11. Pablo Corral Anuarbe, «El principio de subsidiariedad y la Unión Económica y Monetaria», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, No. 5, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 1995, p. 448-449.
12. José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 59.

por capacitado para su materialización óptima –la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para una aplicación más eficiente–, primando el nivel político más cercano al ciudadano. Quiere decir que una institución de nivel superior solo intervendrá en un ámbito competencial dado, si el nivel inferior no tuviese capacidad para materializar de forma satisfactoria el ejercicio de tal competencia. Según el principio de subsidiariedad, toda colectividad superior que interviene en competencias de una colectividad de base, lo hace de forma subsidiaria, es decir para remediar una insuficiencia de medios o incapacidad de resultados de tal colectividad de base.<sup>13</sup>

Desde el punto de vista de Jacques Delors, la subsidiariedad comprende dos aspectos infranqueables. En un plano, el derecho que tiene cada quien de ejercer sus responsabilidades allí donde pueda actuar de la mejor manera y, en otro plano, la obligación que tienen las autoridades públicas de suministrarle a cada quien los medios para desarrollar o alcanzar todas sus capacidades.<sup>14</sup>

Personalmente, luego de estudiar estas nociones, considero que la subsidiariedad ofrece a los niveles inferiores la garantía contra reivindicaciones desmedidas de competencias por parte de los niveles superiores de poder. En sentido contrario, permite a los niveles superiores la asunción efectiva de todas aquellas competencias cuyo ejercicio es juzgado como más eficaz en el ámbito comunitario, esto es, puede ser utilizado tanto para ampliar los poderes de determinado nivel político-administrativo como para disminuirlo.

A mí modo de ver, el principio de subsidiariedad no tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos solo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria.<sup>15</sup> En todo caso, me refiero a «fundamento constitucional», no en sentido de hacer referencia a determina-

13. José Luis de Castro Ruano, *El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional*, Madrid, EINSIA Ediciones Informatizadas, 1999, p. 219.
14. Jacques Delors, *The Principle of Subsidiarity: Contribution to the debate*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1991, p. 18.
15. La seguridad vial es un claro ejemplo de cuándo y por qué la UE considera que la subsidiariedad ya no puede justificar la falta de actuación a nivel comunitario. Las serias consecuencias transnacionales de algunos accidentes graves ponen de manifiesto la necesidad de una protección uniforme, constante y de alto nivel en los túneles de la red de carreteras transeuropea. La naturaleza de estos accidentes y los problemas que plantearon a las autoridades nacionales demuestran también que las medidas de los Estados miembros eran claramente insuficientes. La Comisión estimó, por lo tanto, que debían establecerse condiciones de seguridad mínimas en los túneles a nivel comunitario. Sobre la base de un análisis de impacto en profundidad, la Comisión llegó a la conclusión de que era necesaria una directiva sobre los túneles más problemáticos (los que tienen una longitud superior a 500 metros), para prevenir accidentes que ponen en peligro la vida humana, el medio ambiente, y las infraestructuras de los túneles, y garantizar un nivel mínimo de seguridad. COM (2002) 769, de 30 de diciembre de 2002.

da Constitución Política sino que dentro del Derecho Comunitario se habla de normas de rango constitucional cuando estas se encuentran en los tratados constitutivos o son de derecho originario tal como sucede con el principio de subsidiariedad.<sup>16</sup> La subsidiariedad permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, se restrinja cuando deje de estar justificada.<sup>17</sup>

## NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Varios autores –como Aracely Mangas Martín y Alicia Chicharro– califican al principio de subsidiariedad como un concepto «poliédrico» en razón de que se proyecta sobre tres planos diferentes: el social, el político y el jurídico.

Para Chicharro, como principio general de organización social, el primer objetivo de la subsidiariedad es hacer que las decisiones sean tomadas por los propios individuos o por los grupos más próximos a estos. Los poderes públicos solo están llamados a intervenir cuando la acción de los individuos o grupos privados no es suficiente para atender los objetivos pretendidos. Chicharro, continúa señalando que conforme al principio de subsidiariedad la sociedad debe estructurarse escalonadamente desde abajo hacia arriba. Bajo este lineamiento, los niveles de poder que deben decidir son los más cercanos al ciudadano, los que están en contacto directo con los problemas y, en definitiva, saben mejor cómo resolverlos. Si no fuesen capaces será el siguiente escalón el llamado a intervenir, y así sucesivamente.<sup>18</sup>

Paz Sáenz de Santa María sostiene que desde el plano jurídico se concibe al principio de subsidiariedad como una regla, por muy genérica que sea su formulación, de articulación del ejercicio de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros. Si bien se trata de una norma técnica de división de funciones, es a su vez un principio fundado en el valor superior de la justicia,

16. Aquellos tratados internacionales que contienen el derecho comunitario originario de una Comunidad son instrumentos marco, programáticos, que establecen las líneas principales de actuación de los órganos comunitarios en función a los objetivos que en los mismos se señala. César Montaña Galarza, *Manual de derecho tributario internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007, p. 344.

17. La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el *uso obligatorio de cinturones de seguridad* fue objeto de varios debates en el Consejo durante el primer semestre de 2002. En el debate, la mayoría indicó que la directiva era demasiado descriptiva y no respetaba el principio de subsidiariedad, y que la legislación en este ámbito debía ser competencia de los Estados miembros, limitándose la Comunidad a adoptar una legislación marco que estableciera los principios generales. COM (2000) 815 final, de 29 de octubre de 2000, Bruselas, 2000.

18. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 36.

se apoya en una serie de criterios abiertos que orientan el reparto de funciones pero no distribuye exactamente los campos de intervención.<sup>19</sup>

Como concepto político, representa una regla de organización a través de la cual se determinará el reparto de competencias entre los distintos peldaños de una determinada comunidad, procurando otorgar al más cercano al ciudadano con todo lo que pueda realizar y dejando para el superior solo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad.

En este sentido, se hace hincapié en la necesidad de democratizar el proceso de toma de decisiones, aproximándolo lo más posible a los ciudadanos y postulando la consiguiente restricción de las intervenciones públicas, cualquiera que sea su nivel organizativo, para propiciar las de la denominada sociedad civil o la de los escalones inferiores del cuerpo político.

Por regla general, cuando el principio de subsidiariedad desarrolla su función con respecto al ejercicio de las competencias, se aplica en el campo de las competencias compartidas, es decir, aquellas en las que dos o más niveles de autoridad gozan de poderes para actuar, dejando de lado el de las competencias exclusivas donde por definición todos los poderes pertenecen al mismo centro de decisión.<sup>20</sup>

Comparto el razonamiento de Chicharro sobre la naturaleza social del principio de subsidiariedad, al entender que las decisiones deben ser asumidas por los propios individuos o por los grupos más cercanos a estos, de manera que la sociedad se vaya fortaleciendo de abajo hacia arriba. Al respecto, Fraga Iribarne sostiene que el principio de subsidiariedad postula que, en principio, la ordenación política administrativa y los correspondientes ordenamientos jurídicos se construyan de abajo hacia arriba, resolviendo en cada nivel cuanto sea posible, lo más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes. Lo íntimo en el ámbito familiar, lo inmediato en el ámbito parroquial, lo local en el ámbito municipal... y, así sucesivamente a los niveles comarcal, provincial y regional.<sup>21</sup>

Encuentro, también, en las ideas anteriores una conexión con el denominado *principio democrático* que, como señala César Montaña, está sembrado en la Norma Fundamental Nacional, y tiene sus connotaciones especiales, sirve en todos los casos en los cuales la actuación de la Comunidad –por medio de sus órganos e instituciones– se plasme en normas de derecho comunitario derivado, en virtud de aquél, estas no pueden ir en contra ni más allá de lo establecido en

19. Paz Sáenz de Santa María *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 140.

20. Ver la definición de competencias exclusivas en las p. 53 y 54.

21. Marcelo Fraga Iribarne, *Conferencia de la Universidad Carlos III de Madrid sobre la Administración*, Madrid, Única, 1992, p. 22.

las normas de cada uno de los Estados miembros.<sup>22</sup> Este principio cuida que las acciones comunitarias cuenten con la aprobación del pueblo soberano, por eso se puede decir que existe la necesidad de forjar la construcción comunitaria de cara a los ciudadanos, y, más allá de eso, con su participación democrática directa cada vez que sea necesario. ¿Cómo lograrlo? pienso que a partir de amplias consultas antes de encarar determinadas acciones y, apelando a la actuación de un parlamento comunitario, integrado por los representantes elegidos directa y democráticamente por los pueblos de los Estados miembros. Así se obtendrá la legitimación a la hora de la emanación de normas desde la órbita supranacional, que luego serán implementadas por disposiciones de derecho derivado.<sup>23</sup>

Por su triple naturaleza, el principio de subsidiariedad fue calificado como concepto *poliédrico* hecho que dio origen a un debate acerca de si este debía tener un carácter exclusivamente político o, por el contrario, debía quedar configurado como un principio plenamente jurídico. La consecuencia más importante de dicha controversia radica en que si al principio se le atribuye naturaleza jurídica, a partir de dicha atribución el principio es perfectamente justificable ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad, es decir podrá ser objeto de control jurídico. Efectivamente existen varios elementos que permiten y justifican el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad, análisis que lo desarrollaremos más adelante cuando veamos los tipos de control que se ejercen a tiempo de velar por el cumplimiento de la aplicación del principio de subsidiariedad.

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Sobre este tema poco es lo que se ha escrito, a pesar de ello existen un par de autores que desarrollan el contenido de una manera muy objetiva, por ejemplo, Delcamp parte de la idea de que la subsidiariedad es mucho más que un simple principio de organización institucional, pues considera que se aplica

22. C. Montaña Galarza, *Manual de...*, p. 346.

23. Considero que el cumplimiento del principio de subsidiariedad exige que se respeten simultáneamente el derecho comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas. La propuesta relativa a la sensible cuestión de la investigación con células madre de embriones humanos es un ejemplo de cómo aplica la Comisión este requisito. La UE ha tenido que tomar en consideración la gran diferencia entre los Estados miembros por lo que respecta a la aceptación de ética de esta investigación, pues algunas legislaciones la prohibían totalmente. En este sentido, la propuesta de la Comisión indica que no se concederá financiación comunitaria para ninguna investigación de ningún tipo que implique el uso de embriones humanos o de células madre de embriones humanos a las entidades jurídicas establecidas en un país en el que tal investigación esté prohibida. Los participantes en proyectos de investigación deberán cumplir la legislación y las normas éticas en vigor en los países en los que se lleve a cabo la investigación. COM (2003) 390, de 9 de julio de 2003.

primero a las relaciones entre el individuo y la sociedad, luego a las relaciones entre sociedad y las instituciones y, finalmente, en el seno de una estructura institucional, inspirando el reparto de competencias entre la base y el vértice.<sup>24</sup>

Para desarrollar cada una de estas relaciones en las que interviene el principio de subsidiariedad nos apoyaremos en la doctrina de Alicia Chicharro Lázaro, pues dentro de la bibliografía consultada es quien más ha estudiado y aportado sobre el tema.

### Subsidiariedad e individuo

Es muy pertinente indagar sobre el fundamento del principio de subsidiariedad, es decir debemos tratar de identificar el sustento del principio que venimos investigando. Para ello partiremos de una idea central que tiene que ver con el *derecho de toda persona a gobernarse a sí misma*, que como se verá tiene argumentos para conectarse con el principio de subsidiariedad.

José María Gil-Robles sostiene que el principio de subsidiariedad puede fundamentarse en una razón meramente experimental o práctica, a saber, el hecho de que pueda ser más eficaz, más funcional, asignar una competencia –siempre que sea posible– al organismo que se halla más próximo, más inmediato al ciudadano, que confiársela al que, por tener un ámbito de actuación más amplio no tiene esa inmediatez.<sup>25</sup>

Son varios los autores que fundamentan el principio de subsidiariedad desde donde la venimos planteando. Es el caso concreto de James Bryce que dentro de su obra *The American Commonwealth*<sup>26</sup> resume los argumentos habitualmente esgrimidos en la doctrina anglosajona en factor del autogobierno de la siguiente manera:

1. El autogobierno estimula el interés del pueblo en los asuntos de su comunidad (léase de su vecindad) mantiene la vida política local, educa al ciudadano en la realización diaria del deber cívico, y le enseña que la constante vigilancia y el sacrificio de su tiempo y trabajo propios son el precio que hay que pagar por la libertad individual y la prosperidad colectiva [...].
5. El autogobierno garantiza la buena administración de los asuntos locales, al dar a los habitantes de cada localidad los medios adecuados para controlar cómo se llevan esos asuntos.

24. A. Delcamp, citado por Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998, p. 61.

25. José María Gil-Robles, «El principio de subsidiariedad en la construcción europea», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 2, Valencia, Universitat de València, 1993, p. 3.

26. James Bryce, *The American Commonwealth*, Londres, MacMillan and Co., 1888, p. 466.

Si bien la posición de Bryce no hace alusión directa a la subsidiariedad, la consecuencia de esos razonamientos es que hay que procurar la mayor dosis de autogobierno posible y al nivel más próximo al ciudadano que sea posible. Esta es una forma de enunciar el principio de subsidiariedad.

El que una decisión se tome dentro del nivel más cercano al ciudadano no significa que esta no sea efectiva. De hecho, cuando se determina –a la luz del principio de subsidiariedad– que sea el nivel local el que intervenga es porque aquél nivel tiene la capacidad de lograr el objetivo pretendido y puede, en consecuencia, desarrollar efectivamente determinada acción.

Conviene tener en cuenta que Bryce expresa esos razonamientos en defensa del federalismo, destacando su connotación democrática frente a los abusos de un poder centralizado. A favor de esa distribución territorial del poder esgrime otros tres argumentos igualmente válidos para fundamentar el principio de subsidiariedad, que conviene destacar:

6. El federalismo permite a un pueblo realizar experiencias legislativas y administrativas que no podrían realizarse sin riesgo en un gran país centralizado. Una república relativamente pequeña, como es un estado americano puede hacer y deshacer leyes fácilmente; los errores no son serios porque se corrigen pronto; otros estados aprovechan la experiencia de una ley o un método que han resultado bien en otro Estado que la ha probado.
7. El federalismo si bien disminuye la fuerza colectiva de una nación disminuye también los riesgos a los que la exponen su tamaño y la diversidad de sus partes.  
Del mismo modo, si la discordia social o una legislación imprudente se presentan en un miembro de la federación, el problema puede detenerse en la frontera del Estado, en lugar de extenderse y afectar a toda la nación.
8. El federalismo al crear muchos parlamentos locales descarga al parlamento nacional de una parte de esa gran masa de tareas que de otro modo podría resultar demasiado pesada. Así los asuntos se pueden despachar más prontamente y la gran asamblea central de la nación tiene tiempo para deliberar sobre las cuestiones que afectan más directamente a la totalidad de esta.

Existe otra corriente que enlaza el principio de subsidiariedad con el *concepto de persona y el derecho de esta a gobernarse a sí misma*. Enrique Gil-Robles citado por José María Gil-Robles, expone sobre el *self-government* explicando que este se entiende como el derecho al propio gobierno que tiene toda sociedad –en virtud de su personalidad o independencia– y mediante el cual atiende a sus fines y necesidades usando los medios y recursos propios.<sup>1</sup>

1. Enrique Gil-Robles, *Tratado de derecho político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*, Madrid, Ed. Libreros, 1961, citado por J. M. Gil-Robles y Gil-Delgado, *op. cit.*, p. 357.

De allí, Enrique Gil-Robles, deduce que el auxilio social que una sociedad superior presta a otra inferior es solo complementario en razón de la insuficiencia, defecto de su capacidad gubernativa o falta y escasez de recursos. Sostiene que de no existir estos fundamentos y motivos, el auxilio no solo es inútil y carece de título, sino que puede ser, además nocivo y, en todo caso, supone una intervención desordenada de la esfera gubernativa.

Teniendo en cuenta que nuestro objetivo es tratar de identificar el fundamento del principio de subsidiariedad, sobre la base de los criterios anteriores considero que el pedestal político-ideológico del principio de subsidiariedad está formado por dos elementos: primero, el valor de la libertad personal y, segundo, la autonomía individual. Esto significa que cuando una persona puede realizar una determinada función es lógico que actúe por sí misma; claro que la sociedad y el poder político pueden socorrer al individuo cuando este sea incapaz de desenvolverse por sí solo. De manera, que la noción original y primaria de este principio deriva del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho al desarrollo de la propia personalidad, de modo que los poderes públicos deben respetar la esfera de acción de los individuos o grupos intermedios, mismos que constituyen el límite inferior de la aplicación del principio de subsidiariedad.

### **Subsidiariedad y colectividades**

Para comprender cabalmente esta relación Chicharro Lázaro parte de un principio antropológico según el cual se entiende que el individuo no es suficiente por sí mismo, en consecuencia el ser humano busca de acuerdo con su naturaleza, la alianza con los demás para lograr sobrepasar el límite de su propia capacidad y de esta manera conseguir objetivos más ambiciosos. Así, forma parte de la comunidad de residentes de un cantón, un concejo, una provincia, etc., que pertenecerá a una región integrada en un Estado. Este último puede negociar tratados con otros países de su entorno con el fin de transferir competencias a una organización internacional y/o supranacional que, junto a otras organizaciones del mismo tipo y diversos Estados, conforman la comunidad internacional.<sup>2</sup>

Según Sánchez Agesta, los miembros de estos grupos menores que representan la sociedad tienen una estructura, un conjunto de normas es-

2. Cabe destacar las diferencias que hoy distinguen a la Comunidad Andina o la Unión Europea –como procesos de integración– del resto de las organizaciones internacionales. En efecto, dados los rasgos singulares que presenta tanto en su naturaleza jurídica como en su estructura orgánica y en su dinámica funcional, se habla de la CAN o la UE como organizaciones de integración supranacional en contraposición al resto de las organizaciones internacionales, que serían de mera cooperación interestatal. J. M. Peláez Marón, *op. cit.*, p. 37.

pecíficas, y un cuadro de funciones propias del grupo.<sup>3</sup> Justamente en esta situación cumple su papel el principio de subsidiariedad, puesto que para desarrollar esas funciones propias a las que se hace referencia, cada grupo reclama una esfera de autonomía adecuada, en la que actuará por sí mismo, obligando a cualquier otra entidad superior a respetar su capacidad de acción y, si las circunstancias lo exigen, a limitar su intervención a lo estrictamente necesario.

## DOBLE LECTURA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad ha sido calificado por varios autores y en muchas oportunidades como un concepto *ambiguo*.<sup>4</sup> En primer lugar, porque existe otra subsidiariedad, la que viene del campo de la ciencia política, donde no es reciente. En segundo lugar, porque el concepto está presente en muchos ordenamientos nacionales con un matiz de menor importancia, de carácter accesorio.<sup>5</sup>

Reputada la subsidiariedad como un concepto ambivalente que puede usarse tanto para justificar como para limitar la acción del nivel superior, han surgido dos interpretaciones diferentes: una positiva o ascendente y otra negativa o descendente.

Tradicionalmente el principio de subsidiariedad se ha interpretado de forma negativa, como un principio de organización social que parte desde abajo abogando por la máxima autonomía de las entidades inferiores y limitando

3. Luis Sánchez Agesta, «El principio de la función subsidiaria, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1962, p. 8.
4. Ver por ejemplo Gérard Lyon citado por José María Miranda, «El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 47, Oviedo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 111. Para este autor el principio de subsidiariedad carece tanto «de elegancia como de exactitud». Para Aracely Mangas M. la noción de subsidiariedad está cargada de un «contradictorio magnetismo», «El Tratado de la Unión Europea», en Araceli Mangas y Diego Liñán, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 46-47.
5. El hecho de que el principio de subsidiariedad fuese bien conocido por los países fundadores de las Comunidades Europeas y se hallase, en mayor o menor medida, incorporado en sus respectivos ámbitos internos, como elemento armonizador del ejercicio y ejecución de las competencias del propio Estado y las de sus respectivas estructuras políticas y administrativas, evidencia que lo que estos países venían considerando, a nivel interno, como un principio útil, lo valorasen igual o en mayor medida, a nivel comunitario. J. M. Peláez Marón, *op. cit.*, p. 57. Existe, por ejemplo, un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España, o un sistema de distribución de competencias entre el Estado Federal (EUA, Alemania) y los Estados federados en los que se maneja el principio de subsidiariedad como criterio de la distribución de las competencias compartidas.

la acción ordenadora de las superiores, primando criterios como la necesidad, la proximidad, la dignidad humana.<sup>6</sup>

Desde la perspectiva negativa el principio de subsidiariedad se presenta como la garantía del respeto de la autonomía y responsabilidad propia de los miembros de la comunidad, así como de la ayuda suplementaria de los poderes públicos para alcanzar el bien superior. Como anota Chicharro Lázaro, el principio de subsidiariedad interpretado negativamente tenderá a contener la acción del mayor en la medida de lo posible, para salvaguardar la autonomía del inferior.

En mi opinión la subsidiariedad negativa debería entenderse como aquella que se manifiesta como límite o freno a la intervención de un poder superior cuando otro nivel más cercano a los particulares y/o grupos pueda desempeñar una competencia. Tendría, en este caso, un efecto descentralizador.

Sin embargo, existe una interpretación positiva, según la cual siempre que la autoridad superior sea más eficaz para alcanzar un determinado objetivo, será esta la que intervenga en lugar de las instancias más próximas al ciudadano, primando criterios relativos a la eficacia y al interés general.<sup>7</sup> De este modo, la instancia superior o el poder central irán adquiriendo cada vez más prerrogativas, a la vez que los grupos intermedios perderán en manos de los Estados la mayor parte de sus competencias. Dada la mayor capacidad de las instancias superiores que poseen más medios, la instancia central irá succionando tantas competencias como sea posible.<sup>8</sup>

Desde mi punto de vista la subsidiariedad positiva entraña para los poderes superiores un deber de obrar, cuando la dimensión del asunto a tratar o la incompetencia de los niveles inferiores de poder así lo exijan. Se puede entender que esta genera un efecto contrario al que deriva de la subsidiariedad

6. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 42.

7. De acuerdo con el art. 174 de la CE, la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental aplica el principio de quien contamina paga. Esta propuesta establece un marco para la prevención y la reparación de los daños medioambientales. Ante los problemas que plantean la contaminación de parajes y de las aguas, la destrucción de la biodiversidad y la ausencia en algunos Estados miembros de un régimen de responsabilidad para paliar los daños medioambientales, se consideró necesario adoptar una acción a nivel de la Comunidad. Su objetivo es garantizar que, en el futuro, el que contamine realice las tareas de limpieza o asuma su coste, porque de no aplicarse el principio del que contamina paga se puede correr el riesgo de que se perpetúen los comportamientos censurables que han causado la contaminación. Además, en ausencia de un marco legislativo común, los agentes económicos podrían aprovechar las diferencias entre los Estados miembros para eludir sus responsabilidades. La propuesta legislativa contiene un fundamento común mínimo en el que puedan basarse los Estados miembros para aplicar eficazmente el régimen propuesto. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, COM (2002) 17, de 23 de enero de 2002, Bruselas, 2002.

8. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 44.

negativa, ayudando a acrecentar el número de competencias comunitarias. Yo diría que se trata, por una parte, de un principio flexible que puede ser interpretado de dos formas opuestas entre sí, pero que, en todo caso, busca un equilibrio entre injerencia y no injerencia, autoridad y libertad atendiendo a las circunstancias concretas. La subsidiariedad sitúa a cada uno en el lugar que le corresponde, llevando a cabo las tareas que por definición le son propias,<sup>9</sup> es decir, distribuye las tareas teniendo en cuenta la pluralidad de sujetos y la naturaleza de la función a realizar. Por otro lado, considero que es un principio dinámico ya que la capacidad de las autoridades nacionales de controlar cuestiones transnacionales varía en el tiempo. Esta capacidad ha disminuido en las últimas décadas y resulta insuficiente en varios ámbitos. Inversamente, algunas de las medidas comunitarias adoptadas hace muchos años no conservan necesariamente el mismo valor añadido en 2010.

## ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

### Orígenes remotos

Al rastrear las fuentes del principio de subsidiariedad, los autores que lo han estudiado recurren a pensadores como Aristóteles, Santo Tomas de Aquino o Althusius. Sin embargo, es necesario advertir que aunque se trata de un principio de funcionamiento administrativo-político bastante general, resulta difícil localizar su origen con precisión.

El primero de los filósofos clásicos en tratar el tema de la subsidiariedad fue Aristóteles en su obra *La Política*,<sup>10</sup> al afirmar la primacía del individuo frente a una *polis* omnipotente, debiendo estar siempre esta al servicio de aquel.

Esta idea fue tomada por Santo Tomas de Aquino en el siglo XIII, dando un fundamento teológico a la relación Estado-individuo. Se refiere al principio de subsidiariedad cuando afirma que: «la perfección, para toda autoridad, consiste en el proveer a los propios súbditos en el respeto de su naturaleza; por lo tanto así como sería no conforme a un gobierno humano que la autoridad impidiese a los súbditos el desarrollo de sus propios deberes, sino temporalmente, por motivo de alguna excepcional necesidad, de la misma manera sería no conforme al gobierno divino que las creaturas fueran privadas de la facultad de actuar según los modos propios de su naturaleza. Luego que, entonces, es la

9. Ver el concepto de competencias de atribución exclusiva y de atribución compartida en las p. 53-56.

10. Aristóteles, *La política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.

acción autónoma la que cobra valor, el poder político no intervendrá sistemáticamente sino solo en la medida en la cual sea necesario» (Conf. S. Tomás de Aquino. *Contra Gentiles*, III, 71).<sup>11</sup>

El filósofo Althusius (siglo XVII), también trató el tema de la subsidiariedad al tomarla como principio fundamental del reparto de poderes entre las comunidades que engloban sucesivamente al individuo, la familia, los gremios, la ciudad, la provincia, y el Estado. Entre todas estas comunidades el aglutinante es el *foedus* (traducción laica del término bíblico alianza), mediante el *subsidium* del superior al inferior quede garantizado.

### Corriente liberal

Entre los autores de la tradición liberal que han hecho referencia a algunos de estos aspectos, la doctrina menciona por ejemplo a John Locke y a Alexis de Tocqueville. Dada la importancia para el individualismo liberal y el énfasis que la interpretación descendente del principio de subsidiariedad pone en la capacidad decisoria del individuo o de entidades sociales próximas al ciudadano, no es de extrañar que se recurra a autores de esta tradición de pensamiento político que terminaron de sentar bases teóricas claras respecto al principio en cuestión.<sup>12</sup>

John Locke aportó al concepto con la noción del contrato propuesto por el Estado al individuo, de acuerdo con el cual este aliena una parte de su libertad a cambio de la garantía del respeto a su autonomía en la esfera privada y de beneficiarse de los servicios que solo el Estado le puede prestar.

Por su parte, Alexis de Tocqueville partiendo de los principios filosóficos de Locke, inspiró el fundamento del reparto de competencias y del establecimiento del sistema constitucional de *checks and balances* típico del federalismo norteamericano. Tocqueville en su obra *La democracia en América*, al mismo tiempo de apreciar las ventajas del sistema federativo se niega a creer que los pueblos confederados puedan luchar largo tiempo, en igualdad de fuerzas, contra una nación en la que el poder gubernamental se halle centralizado. Para ilustrar su pensamiento relata el siguiente ejemplo: «la Constitución da al Congreso el derecho de llamar a la milicia de los diferentes Estados al servicio activo cuando se trata de sofocar una insurrección o de rechazar una invasión»; otro artículo dice que en dicho caso el Presidente de los EUA es el comandante en jefe de la milicia. Cuando la guerra de 1812, el Presidente dio orden a las milicias de norte de trasladarse a las fronteras; sin embargo Connecticut y

11. Giovanna Razzano, «Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale», en *Diritto e Società*, Padua, CEDAM, 1997, p. 523 y s.
12. Roberto Breña, *El principio de subsidiariedad y la construcción de una Europa social*, Bruselas, Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, 1998, p. 471.

Massachusetts se negaron a enviar su contingente porque si bien reconocieron que la Constitución autoriza al Estado federal a servirse de las milicias, dijeron que no existía ni insurrección ni invasión alguna por lo que la medida perjudicaba sus intereses, en consecuencia el gobierno federal tuvo que buscar en otra parte las tropas que necesitaba.<sup>13</sup>

## **El principio de subsidiariedad en la Doctrina Social de la Iglesia católica**

Las raíces directas del principio de subsidiariedad moderno están en una corriente de pensamiento que, en muchos sentidos, se sitúa en las antípodas del liberalismo individual: se trata de la Doctrina Social de la Iglesia católica.<sup>14</sup>

Los Sumos Pontífices de la Iglesia católica han venido defendiendo constantemente el principio de subsidiariedad. Así por ejemplo, León XIII (1891), sin emplear el término como tal, aludía a su fundamento en la encíclica «*Rerum Novarum*» al recordar: «no es justo, según hemos dicho que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie».<sup>15</sup>

No obstante, no será sino cuarenta años después con la encíclica «*Quadragesimo Anno*» (Pío XI, 1931) cuando el tema de la subsidiariedad reciba un tratamiento más detenido. En esta última se puede leer:

[s]igue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos [...]. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvando este principio de función «subsidiaria», el orden jurídico entre las diversas asociaciones, más firme será no solo la autoridad, sino la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.<sup>16</sup>

13. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1993, p.158.

14. Las encíclicas fueron tomadas del *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, a cargo del Pontificio Consejo «Justicia y Paz», en <<http://www.vatican.va>>.

15. León XIII, encíclica «*Rerum Novarum*», No. 26.

16. Juan García Gutiérrez, *Subsidiariedad, ciudadanía y política educativa en la UE*, Madrid, Departamento de Teoría e Historia de la Educación, UCM, 2005, p. 5.

La encíclica «Quadragesimo Anno» fue redactada por un joven jesuita alemán de nombre B. Von Nell-Breuning; este consideraba que la función de la subsidiariedad se traduce en salvaguardar la autonomía y la responsabilidad propias del individuo humano frente a la sociedad. Pero, asimismo, se trata de salvaguardar la autonomía y la responsabilidad de los círculos de vida social más pequeños frente a los procesos de socialización más amplios y omniabarcantes y que se estatuyen, así, claramente en niveles ordenados y superpuestos.<sup>17</sup>

Juan XXIII no solo volvió a recordar la vigencia de ese principio en la encíclica «Mater et Magistra»,<sup>18</sup> sino que lo aplicó en la «Pacem in Terris»<sup>19</sup> a la ordenación de las relaciones mundiales, afirmando:

(140) Además, así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios se regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria, es justo que las relaciones en la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen y rijan por el mismo principio. Esto significa que la misión propia de esta autoridad mundial es examinar y resolver los problemas relacionados con el bien común universal en el orden económico, social, político o cultural, ya que estos problemas por su extrema gravedad, amplitud extraordinaria y urgencia inmediata presentan dificultades superiores a las que pueden resolver satisfactoriamente los gobernantes de cada nación.

(141) Es decir, no corresponde a esta autoridad mundial limitar la esfera de acción e invadir la competencia de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, la autoridad mundial debe procurar que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no solo los poderes públicos de cada nación sino también los individuos y los grupos intermedios puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos.

En el texto de las dos últimas encíclicas podríamos sustituir *autoridad pública mundial* por *instituciones comunitarias*, y *bien común universal* por *bien común comunitario*; y se tendrá como resultado una clara y completa aplicación del principio de subsidiariedad a las relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, sin forzar el espíritu ni el contenido del texto, puesto que las Comunidades no son sino una forma de unión supranacional para resolver problemas y realizar funciones que ya no pueden llevar a cabo satisfactoriamente por separado los Estados que conforman dichas comunidades.

17. B. von Nell-Breuning, citado por Carlos Eduardo Maldonado en *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Bogotá, Temis, 2000.

18. Juan XXIII, encíclica «Mater et Magistra», No. 52.

19. Juan XXIII, encíclica «Pacem in Terris», No. 140-141.

En lo posterior, el papa Juan Pablo II también se ha referido a este principio en la encíclica «Centesim Annus».<sup>20</sup> De acuerdo con el esquema de la encíclica comienza recordando:

[d]e la concepción cristiana de la persona se sigue necesariamente una justa visión de la sociedad. Según «Rerum Novarum» y la doctrina social de la Iglesia, la sociedad del hombre no se agota en el Estado sino que se realiza en diversos grupos económicos, sociales, políticos y culturales los cuales como provienen de la misma naturaleza humana tienen su propia autonomía sin salirse del bien común.

Más adelante contrapondría esta concepción pluralista frente a la concepción que inspira diversos totalitarismos:

El Estado totalitario tiende además a absorber en sí mismo la nación, la sociedad, la familia, las comunidades religiosas y las mismas personas. Defendiendo la propia libertad, la Iglesia defiende a la persona que debe ofrecer a Dios antes que a los hombres, defiende la familia, las diversas organizaciones sociales y las naciones, realidades todas que gozan de un propio ámbito de autonomía y de soberanía.<sup>21</sup>

En ocasión del examen del papel del Estado en el orden económico, el papa Juan Pablo II manifestó:

En este ámbito también debe ser respetado el principio de subsidiariedad. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales con miras al bien común.<sup>22</sup>

Benedicto XVI, el primer Sumo Pontífice del siglo XXI y actual jerarca de la Iglesia católica, también se refirió al principio de subsidiariedad en la primera encíclica de su pontificado intitulada «Deus caritas est». En ella declaró:

El Estado deberá actuar siguiendo el principio de subsidiariedad, es decir, no pretendiendo abarcar en sí mismo todas las iniciativas. El principio de subsidiariedad busca evitar que el Estado se convierta en una gran instancia burocrática que en lugar de servir a la sociedad, la paraliza, cuando no la parasita. Precisamente, está en la naturaleza del Estado apoyar y promover aquellas ins-

20. Juan Pablo II, encíclica «Centesimus Annus», No. 13.

21. *Ibid.*, No. 45.

22. *Ibid.*, No. 48.

tituciones que están más cerca de las problemáticas y que pueden dar respuestas más adecuadas.<sup>23</sup>

Como se puede apreciar, la historia de la subsidiariedad, a través de los diversos textos de la Iglesia católica, es la historia de una gradual extensión y profundización del concepto. En un comienzo se lo introduce como una referencia política y social, posteriormente –como se dio en las encíclicas de Juan XIII y Juan Pablo II– se va ampliando hacia terrenos más particulares como las competencias económicas a cargo de las autoridades públicas, al de las preocupaciones relativas a la ayuda regional por parte de los gobiernos centrales, y a la esfera de los asuntos internacionales abogando por una idea de *gobierno mundial*.

Por lo tanto, creo que la subsidiariedad fue introducida para crear un principio de acuerdo o de armonía entre los diferentes grupos sociales –que componen, todos, la sociedad civil– y, mediante este balance de fuerzas, controlar los abusos del poder por parte del Estado o de los principales ejes del poder, sea este político, militar o económico. Pareciese que la introducción del principio de subsidiariedad originalmente tiene una fuerte carga anti-estatal, en el sentido de expresar un rechazo o por lo menos un llamado crítico a fenómenos como la concentración del poder, los usos y abusos del poder y las relaciones entre Estado político y sociedad civil.

Asimismo –a partir del análisis de las encíclicas mencionadas– puedo concluir que la Doctrina Social de la Iglesia católica lucha contra dos concepciones extremas. Por una parte, la Iglesia se opone a la postura extrema del individualismo y rechaza dejar todo al individuo sin la intervención del Estado, la Iglesia considera al ser humano como un ser esencialmente social que necesita de los demás seres humanos. Por otra parte, la Doctrina católica toma posición contra la postura extrema del totalitarismo, pues considera un error que el Estado esté facultado para hacer todo, ya que los individuos, las sociedades intermedias y los diversos grupos sociales perderían así toda la eficacia de su iniciativa y de sus propios medios. Además, la Iglesia entiende que el ser humano, por ser persona, es un fin en sí mismo y no debe ser considerado como un simple medio. Un ser humano no debe ser absorbido como una pieza dentro de un todo estatal, pues perdería su ser, su iniciativa y sus propias fuerzas.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, el principio de subsidiariedad, tal como aparecía en las encíclicas mencionadas, fue adoptado y renovado por los partidos democristianos de Europa. Además, combinado con otros principios fundamentales que estos partidos han adoptado y defendido (como son el personalismo, la solidaridad y la justicia distributiva), contribuyó a construir

23. Benedicto XVI, carta encíclica «Deus Caritas est», de 25 de diciembre de 2005, en <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical)>.

la visión continental de la democracia cristiana sobre el Estado de bienestar. Dicha visión, si bien desconfía de la intervención estatal indiscriminada, no pone reparos a la misma cuando los principios señalados no podían cumplirse sin su intervención. Es decir, no existen límites infranqueables o estáticos a la intervención gubernamental.<sup>24</sup>

En cuanto a los antecedentes jurídicos, el principio de subsidiariedad parece estar inspirado en las constituciones de alguno de los Estados miembros. Varios autores coinciden que se trata de la Ley Fundamental de Bonn o Constitución alemana de 1949. En ella, al tratar las atribuciones del *Bund* (parlamento nacional) y de los *Länder* (unidades políticas que conforman la federación) el art. 30 señala que «el ejercicio de prerrogativas estatales y el cumplimiento de las tareas del Estado incumben a los *Länder*, salvo lo dispuesto en la Ley Fundamental».

Breña considera que en esta relación, entre federalismo y subsidiariedad, está el origen de la ambigüedad del principio. Sostiene aquello, por el hecho de que un sistema federal de gobierno incluye las dos tendencias contradictorias –la positiva o ascendente y la negativa o descendente– están contenidas en el principio de subsidiariedad. Por un lado, todo Estado federal pretende contar con una serie de competencias y prerrogativas que le permitan mantener la unidad del país a través de un conjunto de medidas de índole diversa (políticas, económicas, sociales o culturales); por otra parte, cada una de las unidades territoriales que conforman el Estado en cuestión pretenden mantener dichas medidas dentro unos límites que, desde su punto de vista, no infrinjan sus márgenes de acción política, sus posibilidades de desarrollo económico y sus especificidades culturales.

En términos institucionales, son dos los documentos que constituyen antecedentes del principio de subsidiariedad: 1. El Informe Tindemans de 1975, y 2. La idea implícita que ya recogía el proyecto de Constitución Europea de Altiero Spinelli, en su art. 12, párr. 2. Sin embargo, no fue sino hasta 1992 que el principio de subsidiariedad quedó solemnemente consagrado en el ordenamiento jurídico comunitario por medio del Tratado de Masstricht, en un marco de grandes cambios y avances en la integración europea.

Más tarde se volvería sobre la cuestión durante el Consejo Europeo celebrado en Dublín durante el 13 y el 14 de diciembre de 1996. Allí fue perfilándose el futuro *Acuerdo de Ámsterdam*, y se vio claramente que la opción triunfadora sería la propuesta de un Protocolo del TCE. Este instrumento legal tiene por objetivo definir de forma precisa los criterios de aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad, haciéndolos jurídicamente vinculantes, con el objeto de garantizar su más estricto respeto y una aplicación coherente

24. R. Breña, *op. cit.*, p. 472.

por parte de las instituciones. Dicho Protocolo establece además obligaciones para las instituciones, y en primer lugar para la Comisión, que debe motivar sus propuestas legislativas en relación con el principio de subsidiariedad.<sup>25</sup> No obstante, dicho Protocolo no contiene novedades fundamentales sobre el principio en sí, simplemente es un elemento útil para su aplicación, como lo veremos más adelante cuando lo analicemos.

Conforme señalé, el 1 de diciembre de 2009 tras años de negociación sobre cuestiones institucionales, entró en vigor el Tratado de Lisboa. El mencionado Tratado que da lugar al nuevo Tratado de la Unión Europea consigna los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en su art. 3-ter bajo el mismo tenor de instrumentos anteriores.

## PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### Concepto

Con carácter previo a conceptualizar el principio de proporcionalidad conviene precisar que si bien los Estados no pueden alcanzar de manera suficiente los objetivos previstos y la acción en el ámbito comunitario alcanza mejor los objetivos pretendidos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la Comunidad no actuará automáticamente sino que habrá que revisar si los medios que dispone son apropiados para conseguir esos fines. De lo anterior se puede apreciar que existe una conexión entre el principio de subsidiariedad que justifica la intervención comunitaria y el principio de proporcionalidad que determinará cómo desarrollará su acción la Comunidad. Por esta razón es importante hacer un análisis breve del principio de proporcionalidad.

El art. 3-ter del Tratado de la Unión Europea que consagra el principio de proporcionalidad tiene el siguiente tenor literal: «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos del presente tratado».

Según el principio de proporcionalidad debe existir una adecuación y un equilibrio entre los medios que utiliza el nivel supranacional y los objetivos previstos en los Tratados que hacen a los procesos de integración, de modo que cuando pueda optarse entre diversas medidas apropiadas para lograr un determinado objetivo, habrá que recurrir a la menos restrictiva de todas ellas.

Al respecto, Alicia Chicharro sostiene que este principio supone que los medios deben adecuarse a los fines que se persiguen.<sup>26</sup> Es decir, en términos

25. Ramón Tamames y Mónica López, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza, 1999, p. 120.

26. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 150.

generales, el principio de proporcionalidad requiere que las autoridades públicas lleven a cabo acciones susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, no habiendo otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos, siempre que el coste absoluto sea equilibrado en relación con el beneficio a obtener.<sup>27</sup>

En el mismo sentido se pronuncian Araceli Mangas y Diego Liñán, ambos consideran que de conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, los medios que emplee la Comunidad deben ser proporcionales al objetivo que se persiga. Cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos, deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcionada con el objetivo que se desee alcanzar.<sup>28</sup>

El principio de proporcionalidad hasta el Tratado de Maastricht, era un aporte de la jurisprudencia comunitaria que lo fue construyendo conforme al modelo alemán. Por ejemplo, en la sentencia *Denkavit* establecía: «en virtud del principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no deben exceder de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido».<sup>29</sup>

A través de sus fallos el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fue depurando la configuración del principio de proporcionalidad y a su vez dictó una definición más precisa. Así, en la sentencia pronunciada en el caso *Fromançais* disponía: «En orden a establecer si una previsión de Derecho Comunitario es acorde con el principio de proporcionalidad es necesario verificar, en primer lugar, si los medios que se emplean para alcanzar el fin corresponden a la importancia de ese fin y, en segundo lugar, si son necesarios para su consecución».<sup>30</sup>

Por medio de una jurisprudencia más actual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado el concepto, añadiendo que en caso de que se den diversas alternativas, se escogerá la menos onerosa, si las desventajas que produce no son desproporcionadas con los fines perseguidos. Este cri-

27. La propuesta sobre sustancias químicas, presentada el 29 de octubre de 2003, por ejemplo, es un caso en el que, según la Comisión Europea, la única opción es la de un reglamento o, dicho de otro modo, ningún instrumento menos vinculante ha permitido alcanzar con eficiencia los objetivos establecidos en la materia. La conclusión final de la Comisión es que el registro, la evaluación, la autorización y la restricción de sustancias químicas debe fijarse en un reglamento y gestionarse a través de una agencia europea de sustancias y preparados químicos. La elaboración de un acto legislativo sobre esta cuestión se justifica por la complejidad técnica, más aún tratándose de productos potencialmente peligrosos. En consecuencia, no era posible recurrir a soluciones alternativas más flexibles, como la autorregulación.

28. A. Mangas y D. Liñán, *op. cit.*, p. 119.

29. Sentencia TJCE de 17 de mayo de 1984 (15/83).

30. Sentencia TJCE de 23 de febrero de 1990 (66/90).

terio es recogido, por ejemplo, en la sentencia Crispolonti en los términos siguientes:

El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario, exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a las menos onerosas, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.<sup>31</sup>

En mi opinión, el principio de proporcionalidad es un principio que busca alcanzar el equilibrio y la ponderación entre una serie de intereses en conflicto intentando evitar el exceso. Es decir obliga a comparar las medidas que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. Este último detalle es muy importante porque, precisamente, el principio de proporcionalidad se desenvuelve en el plano de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Con este mecanismo, a mi criterio, se pretende disminuir la intromisión dentro de la esfera de los derechos y las libertades del individuo, realizando, a través de consideraciones valorativas, una ponderación entre las distintas opciones o medidas aplicables.

Ana Carretero considera al principio de proporcionalidad como un principio comparativo, puesto que hay que buscar entre medidas alternativas idóneas y además rechazar aquéllas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas que aseguren igualmente la consecución del fin.<sup>32</sup>

Tal como ocurre con el principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se constituye en el ente contralor del cumplimiento del principio de proporcionalidad, exigiendo el respeto de este principio a los legisladores comunitarios.

### **Aplicación del principio de proporcionalidad**

Suponiendo que la eficiencia en la intervención de la Comunidad fue demostrada conforme con el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el principio de proporcionalidad esa intervención deberá ser sometida previamente a una evaluación de intensidad o lo que en la doctrina se denomina *test de la intensidad*.

31. Sentencia TJCE de 5 de octubre de 1994 (C-133/93 y C-362/93).

32. A. Carretero García, *op. cit.*, p. 98.

Según Emiliou, citado por Alicia Chicharro, la revisión de una determinada medida a la luz de la proporcionalidad se compone de dos elementos diferentes: *principio de adecuación* y *principio de necesidad*. Se trata de dos elementos relacionados entre sí y que constituyen condición *sine quanon* a ser superada por la medida adoptada por una autoridad pública para que su validez pueda sostenerse plenamente.

Para Emiliou la *adecuación* significa que los medios elegidos deben potenciar notablemente el fin deseado. La medida no será adecuada si aparenta ser incapaz de lograr completamente ese fin. De allí que si se busca declarar la nulidad de la intervención comunitaria es necesario que la no adecuación sea absoluta o manifiesta.<sup>33</sup>

Para que una medida sea necesaria debe ser pertinente, o sea, presentar una relación de causalidad con el objetivo perseguido, pero también ser indispensable, es decir, no poder ser reemplazada por otra medida que permita alcanzar el objetivo pretendido con la misma eficacia, pero probando un agravio menor a los ciudadanos. Este criterio constituye la piedra angular de la jurisprudencia comunitaria relativa a la proporcionalidad. Aunque el legislador dispone de una amplia esfera de libertad para la determinación de los medios o instrumentos que considere necesarios, el Tribunal declarará la nulidad de una actuación comunitaria cuando esta no se considere indispensable, porque exista un medio igualmente efectivo pero con menor incidencia sobre los derechos y libertades que el ordenamiento comunitario reconoce.

Una vez que el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado teóricamente y estudiado en cuanto a su aplicación, considero pertinente introducir un análisis, desde la perspectiva de la proporcionalidad, respecto a las razones por las que se legisla en el plano comunitario, al beneficio que supone una legislación adecuada en el ámbito regional y, por último, a los canales de participación ciudadana que constituyen una forma de encontrar alternativas a las medidas con las que cuenta y/o plantea el nivel comunitario.

La experiencia nos muestra que por lo general todo proceso de integración, de una u otra forma, busca disolver los obstáculos a la circulación de mercancías, servicios y personas. Esto, finalmente, se traduce en seguridad y bienestar para los ciudadanos. En este contexto, la legislación es un elemento clave para solventar estos retos, es un aspecto necesario y aceptado de la sociedad moderna. Sirve, entre otros muchos fines, para proteger la salud garantizando la seguridad alimentaria, proteger el medio ambiente estableciendo normas de calidad del aire y del agua, fijar normas para que las condiciones de competencia de las empresas en el mercado sean equitativas, etcétera.

33. P. Emiliou, citado por A. Chicharro, *op. cit.*, p. 153.

Tanto la Comunidad Andina como la Unión Europea tienen objetivos múltiples. Los Estados miembros deciden trabajar conjuntamente a través de políticas comunes para lograr tales objetivos. Es así, que se regula en el ámbito comunitario en ámbitos en que los Estados miembros han concertado políticas comunes como el comercio o las aduanas y en otros ámbitos en que determinadas circunstancias regular en el ámbito comunitario aporta valor añadido (medio ambiente, salud, defensa de la competencia, defensa de los consumidores, propiedad intelectual, etcétera).

Para los ciudadanos, estas políticas son fuente de libertad, seguridad, crean trabajo e impulsan el crecimiento y el desarrollo sostenible. No obstante, creo que una legislación mal concebida o mal planteada puede resultar excesiva y rebasar lo estrictamente necesario —quebrantando el principio de proporcionalidad—. Algunas leyes pueden ser injustificadamente costosas o contraproducentes y con el tiempo estas leyes pueden afectar a los poderes públicos, a la actividad empresarial e incluso a los derechos fundamentales de ciudadanos en general. Por esta razón una parte importante de la elaboración de mejores normas es tener una idea cabal de todas sus consecuencias. Las propuestas pueden así adoptarse a fin de obtener el máximo provecho y minimizar efectos secundarios negativos. Por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea se ha impuesto la realización de una evaluación de impacto de las propuestas políticas importantes. Con ello ha operado un cambio importante en el modo de forjar las políticas. Se trata de un planteamiento basado en el conocimiento y encaminado a asegurarse de que la decisión de presentar iniciativas y el modo de hacerlo se apoyan en pruebas sólidas y en un análisis de todas las opciones. La Comisión puede de esta manera tomar decisiones a partir de una serie de opciones, cada una con sus correspondientes ventajas y desventajas. Los análisis de impacto han llevado a un ajuste importante de intenciones durante la preparación de propuestas.<sup>34</sup>

Una forma de reducir las normas excesivas e innecesarias, consiste en mejorar el acceso a los procesos decisorios y ampliar el círculo de participación en el desarrollo de las políticas comunitarias. En mi opinión, el nivel supranacional tiene la obligación de comunicar y enseguida realizar una amplia consulta previa respecto a la propuesta de legislación que se pretender incorporar.

34. Así, a manera de ilustración, en el *Libro Verde* relativo a una estrategia sobre el medio ambiente urbano se propone la preparación de dos directivas marco: una sobre planes y sistemas de gestión medioambiental y otra sobre planes de transporte urbano sostenible. En el contexto de la evaluación de impacto y las consultas, estas dos acciones fueron rechazadas por los Estados miembros y la mayor parte de los entes locales por motivos de subsidiariedad (esto es, necesidad absoluta de tener en cuenta la situación local, así como la imposibilidad de imponer un contenido específico de los planes en toda la UE). Finalmente, en la estrategia temática sobre el medio ambiente urbano se adoptó la opción de un enfoque no vinculante.

Tener en cuenta la opinión de actores como los poderes públicos, organizaciones productoras y, desde luego la sociedad civil, constituye una forma de encontrar alternativas adicionales a las planteadas por la Comunidad y, en su caso, probar si aquellas políticas propuestas por la Comunidad son realizables en la práctica. Estas consultas pueden formularse a través de distintos canales: foros, talleres, grupos consultivos o mediante una herramienta masiva como Internet.

Como se puede apreciar, una intervención proveniente del nivel supranacional que se enmarca en el criterio de la proporcionalidad, que no interfiere negativamente en los derechos y libertades de los ciudadanos y, que además, involucra la participación de diferentes actores en la toma de decisiones, representa una suma de beneficios para los Estados miembros del proceso de integración y evita excesivas cargas o regular más allá de lo estrictamente necesario.

### **Principio de proporcionalidad y su independencia respecto del principio de subsidiariedad**

La subsidiariedad y la proporcionalidad figuran entre los principios fundamentales sobre los que se asienta la Unión Europea.<sup>35</sup> Es importante subrayar que el papel al que están llamados a desempeñar el uno y el otro es diferente. Veamos algunas diferencias.

Mientras la subsidiariedad implica que una acción determinada debe ser adoptada en el nivel más idóneo (quien debe, por tanto, actuar), por su parte, la proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre medios y fines (es decir, cómo debe producirse esa actuación una vez resuelta la primera cuestión).

Complementando el criterio anterior, Alonso García sostiene que mientras la subsidiariedad se refiere a la posibilidad misma de la intervención de la comunidad, la proporcionalidad se sitúa, admitida tal posibilidad, en el estadio siguiente relativo a la naturaleza de la intervención.<sup>36</sup> En otras palabras, mientras que la subsidiariedad es un criterio de necesidad (responde a la pregunta, ¿debe actuar la Comunidad?), la proporcionalidad lo es de intensidad (responde a la pregunta, ¿cuál debe ser la naturaleza o la intensidad de la acción de la Comunidad?).

Para Emiliou ambos principios son diferentes partes de un mismo test. Afirma que una vez determinada la necesidad de una acción llevada a cabo por la Comunidad, entra en juego la proporcionalidad indicando la clase de acción a entablar.<sup>37</sup> En opinión de Strozzi, aunque se trata de principios diversos,

35. Así lo ha manifestado la Comisión de las Comunidades Europeas en su informe «Legislar mejor, 2003», 2003, Bruselas, p. 17.

36. Alonso García, *Derecho comunitario*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces, 1994, p. 112.

37. Nicholas. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, La Haya, 1996, p. 142.

[e]n ocasiones se integran recíprocamente pues el ejercicio de una competencia compartida que no respete el principio de subsidiariedad es calificado *ipso facto* de no proporcional –independientemente de la adecuación entre fines y medios– si el objetivo puede ser realizado por los Estados miembros con eficacia suficiente, dejando intactas su libertad y sus exigencias específicas.<sup>38</sup>

Considero que en el proceso comunitario de toma de decisiones los dos principios deben operar sucesivamente. La subsidiariedad se encarga de justificar la acción a causa de su dimensión y a sus efectos. En tanto que la proporcionalidad asegura que la medida que se pretende tomar es apropiada y necesaria para alcanzar los objetivos previstos.<sup>39</sup>

De acuerdo a lo establecido en art. 3-ter del Tratado de la Unión Europea, a lo anterior hay que añadir que la subsidiariedad se aplica únicamente a las competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros, en cambio la proporcionalidad tiene un alcance superior, abarcando tanto el campo de las competencias compartidas como el de las exclusivas.

38. Girolamo Strozzi, «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne. Une énigme et beaucoup d'attente» en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 30, No. 3, Bruselas, 1994, p. 72.
39. Llevemos esa posición teórica a un hecho concreto en el que se pueda apreciar cómo operan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En el marco de la política de seguridad, tras los atentados perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, se consideró necesario reforzar aún más la seguridad de los ciudadanos, especialmente en los transportes aéreos. En este ámbito, la Comisión ha detectado un riesgo importante debido a la deficiente acción de los Estados miembros respecto a los transportistas de terceros países. En efecto, no todos los Estados miembros someten a estos transportistas a los mismos controles, lo cual supone un riesgo para la seguridad de los pasajeros y una distorsión de la competencia, puesto que dichos transportistas pueden decidir transitar por aeropuertos que apliquen normas menos estrictas. Tras el dictamen del *grupo de alto nivel de expertos en seguridad aérea*, la Comisión propuso una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad, en particular, para aplicar en todo el territorio comunitario las inspecciones en tierra que realizan algunos Estados miembros a las aeronaves no comunitarias. (Nótese que debido a la deficiente acción de los Estados, la competencia de la Comunidad a la luz del principio de subsidiariedad queda justificada pues aportará mayor efectividad). Ahora bien, para cumplir de la mejor manera posible el objetivo de la propuesta, la Comisión ha tenido que elegir el instrumento legislativo adecuado teniendo en cuenta las recomendaciones del Protocolo. La propuesta de la Comisión, a la vez que fija los objetivos generales y los procedimientos que garantizan la armonización, deja a los Estados miembros la responsabilidad de transponer los principios y las estructuras de control de acuerdo con normas comunes detalladas. En consecuencia, la Comisión ha descartado la elección de la directiva marco a favor de una directiva justificando, en el memorando explicativo, la imposibilidad de recurrir a dicha fórmula. (Véase cómo la Comisión en función al principio de proporcionalidad elige entre las medidas comunitarias que permiten ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos pretendidos, de esta manera se cumple con la exigencia de que ninguna acción de la Comunidad exceda lo necesario para lograr sus objetivos).

## REGULACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL PROTOCOLO No. 30

El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 incorporó como anexo al Tratado de la Comunidad Europea, un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que recoge la práctica acumulada desde 1992 en la materia.<sup>40</sup> Así, el Protocolo No. 30 (en adelante el Protocolo) funde y constitucionaliza en un solo texto todos los documentos relativos a la materia, estableciendo, por una parte, la fuerza vinculante de los criterios acogidos en tales textos y, por otra, la posibilidad de un control jurisdiccional a cargo del Tribunal de Justicia, esto al amparo del art. 311 del Tratado de la Comunidad Europea,<sup>41</sup> que establece que los Protocolos en cuanto tales poseen idéntico valor jurídico vinculante que el propio Tratado.<sup>42</sup>

El Protocolo establece que a fin de justificar la acción comunitaria deberán reunirse los dos aspectos del principio de subsidiariedad: «a) que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional; y b) por consiguiente, puedan lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad».<sup>43</sup>

Al haber sido definidos a efectos de la actuación de la Comunidad, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad constituyen una obligación ju-

40. A decir de estos documentos: 1. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 1993; 2. Declaración del Consejo Europeo de Birmingham, de 16 de octubre de 1992; 3. Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11 y 12 de diciembre de 1992, y 4. Acuerdo interinstitucional del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad, de 29 de octubre de 1993.

41. Art. 311 TCE: «Los protocolos que de común acuerdo entre los Estados miembros sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo».

42. De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) se reconoce a los protocolos un valor idéntico al del mismo Tratado. Ver, por ejemplo, las sentencias del TJCE de 10 de julio de 1986 (TJCE, 1986, 122), *Wybot vs. Faure y otros*, asunto 149, p. 2391; y 22 de octubre de 1987 (TJCE 1988, 30), *Foto-Frost vs. Hauptzollant*, asunto 314/85, p. 4199.

43. Para valorar si ello concurre en un caso concreto, el Protocolo prevé que deberán aplicarse las siguientes directrices, verificando que: 1. El asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; 2. Las actuaciones de los Estados únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; y 3. La actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados.

rídica y política para el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión: «Al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. También garantizará el respeto del principio de proporcionalidad».<sup>44</sup>

El Protocolo destaca que «el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia», y que dicho principio se dirige solo «a los ámbitos en los cuales la Comunidad no tiene competencia exclusiva», en cuya definición no interfiere.<sup>45</sup> En efecto, el principio de subsidiariedad solo ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse las competencias compartidas en el ámbito comunitario.

Paolo Mengozzi<sup>46</sup> considera que el Protocolo dedica un amplio espacio a regular las modalidades que todas las instituciones comunitarias que participan en el proceso de toma de decisiones deben observar cuando decidan adoptar un acto comunitario. Indica además que el punto 4 del Protocolo establece que «para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». El propósito de este documento es presentar con hechos la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a través de varios ejemplos concretos de la actividad legislativa de la Comunidad.<sup>47</sup>

Respecto a los criterios a seguir para poder justificar la acción comunitaria, el Protocolo precisa que «las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor en el nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos». Lo que se trata de conseguir con esta disposición, de acuerdo al criterio de Constantinesco,<sup>48</sup> citado por Alicia Chicharro, es que la Comisión identifique claramente los motivos de su proposición, aquellos que corresponden a la jus-

44. Apartado 1 del Protocolo.

45. Apartado 3 del Protocolo.

46. Paolo Mengozzi, *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 123.

47. En particular, el apartado 9) del Protocolo prevé que la Comisión debería: a) consultar ampliamente antes de proponer textos normativos y, en su caso, publicar los documentos de consulta. b) Justificar la pertinencia de sus propuestas en relación con el principio de subsidiariedad, proporcionando, en caso necesario, el memorando explicativo que acompañe a una propuesta con todas las precisiones pertinentes. c) Explicar la financiación total o parcial de la acción comunitaria con cargo al presupuesto de la Comunidad, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar. d) Remitir al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social un informe anual sobre la aplicación del art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea.

48. V. Constantinesco citado por A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 112.

tificación de los principios mencionados, aportando indicadores cualitativos y cuantitativos para evidenciar que la acción comunitaria puede lograrse mejor en lo comunitario que en lo nacional.

De acuerdo al principio de proporcionalidad: «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado» y «la Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario».<sup>49</sup> De allí que también son objeto de atención la forma, naturaleza y alcance de la acción comunitaria. La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible y, cuando sea necesario regular, las directivas serán preferibles a los reglamentos (*prueba de obligación mínima legal*).<sup>50</sup> En cuanto a la naturaleza y alcance debería tomarse en consideración la necesidad de minimizar la carga financiera o administrativa para todos los niveles de gobierno, los agentes económicos y los ciudadanos (*prueba del coste mínimo*). Asimismo, la actuación comunitaria debería dejar un margen tan amplio como sea posible para que las disposiciones se tomen en el ámbito nacional (*prueba del alcance mínimo*), es decir habrá que velar porque se respeten simultáneamente el Derecho Comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas.<sup>51</sup>

Si corresponde a los Estados actuar, porque conforme al principio de subsidiariedad la Comunidad no debe intervenir, el Protocolo exige que las intervenciones de los Estados cumplan con la previsión del apartado 10 del Tratado de la Comunidad Europea, «tomando todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado».<sup>52</sup>

Los apartados 10, 11 y 12 del Protocolo fijan las condiciones que deben respetar o bajo las que deberían actuar las instituciones europeas. El Consejo tendrá en cuenta el informe de la Comisión en sus propios informes sobre los progresos realizados por la Unión Europea que, conforme al art. 4 del Tratado de la Unión Europea, debe presentar anualmente al Parlamento. Ambas instituciones examinarán, como parte integrante del examen global de las propuestas de la Comisión, si las mismas se atienen a lo dispuesto en el art. 5 del Tratado.

49. Apartado 6 del Protocolo.

50. La Directiva permite a cada país adaptar e incorporar a su legislación la materia regulada por la Comunidad dentro de los límites fijados en ellas. Por ello esta norma se utiliza para la armonización o la aproximación de legislaciones. En el otro extremo está el Reglamento, que por resultar de aplicación directa y poder imponer obligaciones, lleva, en sí mismo, una nota de excepcionalidad. El Reglamento se lo emplea cuando se pretende unificar la normativa aplicable en todos los Estados miembros de la Comunidad.

51. Apartado 7 del Protocolo.

52. Apartado 8 del Protocolo.

El examen se extiende tanto a las propuestas originales, como a las enmiendas que el Parlamento o el Consejo hayan creído oportuno introducir. En todo caso, en los procedimientos de toma de decisiones el Consejo debe mantener informado a la asamblea sobre si la propuesta se ajusta o no al principio de subsidiariedad.

Finalmente, el Protocolo dispone que: «el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las normas establecidas en el Tratado».<sup>53</sup> De esta afirmación se deriva que el Tribunal de Justicia será encargado de juzgar la vulneración del principio a través de las vías procesales previstas en el Tratado.

### **Lo que se viene a partir del Tratado de Lisboa: nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad**

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 1 de diciembre de 2009, algunas de las normas previstas en el Protocolo No. 30 podrían desaparecer o ser reforzadas. Lo cierto es que el Tratado de Lisboa, a través del Protocolo No. 1 por el que se modifican los Protocolos anexos al Tratado de la Unión Europea, deroga el Protocolo No. 30 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad y lo sustituye por otro instrumento con el mismo título. Este nuevo Protocolo mantiene el mismo objetivo y esencia que el Protocolo No. 30. Ambos *establecen las directrices para la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, así como fijan un *sistema de control de la aplicación de dichos principios*. En cuanto a la esencia o la razón de ser de estos cuerpos legales, los dos constituyen la garantía para que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Comunidad.

El principal aporte del nuevo Protocolo No. 1 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, tiene que ver con los derechos de recurso de los parlamentos nacionales, que se han reforzado considerablemente, ya que se establece claramente que todas las propuestas de la Comisión, de naturaleza legislativa, han de ser remitidas directamente a los parlamentos nacionales, para que estos, en un plazo de ocho semanas, a partir de la transmisión de un acto legislativo, puedan emitir un dictamen a la atención de la Comisión, del Consejo y del Parlamento. Así, si al menos un tercio de los parlamentos nacionales (un cuarto en el caso de propuestas en el ámbito de los asuntos de justicia, libertad y seguridad) emite dictámenes motivados apreciando el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la Comisión debe reexaminar su propuesta, pudiendo decidir mantenerla, modificarla o retirarla. Si los dictámenes

53. Apartado 13 del Protocolo.

en cuestión procedieran de al menos una mayoría simple de parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener su propuesta, se iniciará un procedimiento específico; la Comisión deberá motivar su decisión y además el 55% de los miembros del Consejo (quince Estados) o una mayoría simple del Parlamento Europeo decidirán si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

El Protocolo No. 1 a través del art. primero confirma la disposición del Protocolo No. 30, en cuanto al deber que tiene cada una de las instituciones de la Unión Europea de velar por el respeto permanente de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Asimismo, el art. 2 del Protocolo No. 1 prevé una regla similar a la contenida en el apartado 9 del Protocolo No. 30, al comprometer que la Comisión antes de proponer un acto legislativo proceda a realizar amplias consultas. En caso de urgencia excepcional, la Comisión queda exonerada de realizar dichas consultas.

Otra novedad del Protocolo No. 1, es la puntualización de lo que se debe entender por *proyecto de acto legislativo*.<sup>54</sup>

Por su parte, el art. 5 del Protocolo No. 1 exige que los actos legislativos se inspiren en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, determina que estos actos legislativos incluyan una ficha de referencia.<sup>55</sup>

Estas son normas que formaban parte del otrora Protocolo No. 30 y que, ahora, con las ligeras modificaciones que se apuntaron, han sido recogidas por el nuevo Protocolo.

El art. 8 del Protocolo No. 1 –al igual que el apartado 13 del Protocolo No. 30– faculta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por los Estados en caso de violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo. En el segundo capítulo haré una referencia amplia en cuanto al control encomendado al Tribunal de Justicia en caso de vulneración al principio de subsidiariedad.

Ya que hemos realizado un análisis teórico de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que ha sido acompañado de ejemplos que permiten apreciar cómo funcionan estos principios en la práctica, es decir, luego de

54. Según el nuevo Protocolo los proyectos de actos legislativos, son: a) las propuestas de la Comisión; b) las iniciativas de un grupo de Estados miembros; c) las iniciativas del Parlamento Europeo; d) las peticiones del Tribunal de Justicia; e) las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.

55. La ficha deberá contener: 1. Los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; 2. Los elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, y 3. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la UE puede alcanzarse mejor en el plano de esta.

haber definido la base teórica, principalmente, del principio de subsidiariedad, en el siguiente capítulo veremos cómo el principio de subsidiariedad cumple su papel dentro de las competencias compartidas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, y cuáles son los órganos políticos y jurisdiccionales a quienes se les encomienda velar por su correcta aplicación.

## CAPÍTULO II

# Atribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad

### PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Todo organismo supranacional nace para la consecución de unos fines cuyo cumplimiento se consigue mediante la realización de algunas funciones, y para que estas puedan llevarse a cabo es preciso atribuirles determinadas competencias, esto es, facultades o poderes de actuación conforme a derecho. Por ello, las comunidades, como órganos supranacionales, están capacitadas para ejercer aquellos poderes y competencias que les han sido atribuidos a través de los tratados constitutivos por sus Estados miembros y, en principio, su capacidad de actuación estará limitada, específicamente, por los poderes que les han sido atribuidos, lo que en definitiva significa que no tienen capacidad para autoatribuirse competencias.

La idea anterior se condensa en el denominado *principio de atribución de competencias*. Se trata de un principio básico para determinar si los órganos comunitarios tienen competencia en determinada materia, es decir, procura regir la delimitación de competencias, constituyéndose en el fundamento de la competencia del organismo supranacional y de sus instituciones. Como consecuencia del principio de atribución de competencias, los Estados miembros ya no podrán ejercer muchas de sus competencias constitucionales o solo podrán hacerlo al servicio del derecho de la comunidad: «la atribución a la Comunidad Europea de una competencia normativa bajo la condición de exclusiva supone que los Estados miembros tienen que abstenerse en el futuro de dictar normas en dicha materia».<sup>56</sup>

Aparentemente la descripción de este principio no presenta mayor dificultad, sin embargo el problema se presenta en la práctica, porque los tratados que dan origen a los procesos de integración no otorgan una atribución expresa de las competencias que corresponden a los órganos supranacionales, por el

56. Enrique Linde Paniagua *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, COLEX, 2000, p. 99.

contrario en ellos solo se hace una enumeración abierta de los objetivos que se busca lograr a través del proceso de integración y que deben ser cumplidos por los órganos comunitarios. Esto significa que la atribución de competencias no se efectúa en los tratados siguiendo una técnica análoga a la de las Constituciones Federales o a las que prevén los Estados autonómicos, en las que un sistema de listas preciso determina las competencias que corresponden al Estado federal y a los Estados miembros o a las regiones y su respectivo alcance,<sup>57</sup> sino que opera con una técnica singular, mediante el enunciado de objetivos y la relación de medios puestos a disposición de la organización para alcanzarlos.<sup>58</sup> Esta técnica no efectúa un reparto entre Comunidad y Estados miembros, no delimita sistemáticamente por ámbitos materiales o funciones las competencias asignadas a las Comunidades y las que permanecen en los Estados.

De ello puede concluirse que el perfil competencial comunitario deviene en irregular, ya que en algunos casos se puede encontrar con que a las comunidades les han sido atribuidas competencias bien definidas tanto en intensidad como en extensión, pero en otras situaciones estas poseen competencias cuya intensidad y extensión se determinan con tal amplitud que pueden calificarse de competencias generales atribuidas para la consecución de un fin.<sup>59</sup>

Al respecto, en la doctrina existen dos posiciones distintas. No son pocos los autores que afirman que este principio implica una atribución expresa de competencias, como es el caso de Enrique Linde Paniagua quien afirma que: «esta técnica excluye la posibilidad de atribuciones en blanco, al exigir la identificación de las competencias que se están atribuyendo».<sup>60</sup> Por su parte Ana Carretero García sostiene que «la Comunidad no cuenta con competencias ilimitadas, sino que esta actúa a través de las competencias que *específicamente* le atribuye el tratado»;<sup>61</sup> a su vez Javier Barnes señala que este principio implica solo poder hacer lo que le ha sido *expresamente* asignado, a través de las formas y medios previstos en los tratados. De la opinión de los citados autores, deberíamos concluir que la atribución de competencias a los órganos comunitarios, en cumplimiento de este principio, debe ser expresa y de lo contrario no existirá competencia alguna para el órgano supranacional. En efecto, muchos autores afirman que este principio implica que las compe-

57. La Constitución de Alemania, por ejemplo, establece que es competencia del Estado Federal proporcionar la legislación básica y coordinar la planificación general respecto de la actividad económica, mientras que a cada Estado miembro de la federación le compete regular, planificar y fomentar su actividad económica, de acuerdo con la política y la ordenación general de la economía propuesta por el Estado Federal.

58. P. Sáenz de Santa María *et al.*, *op. cit.*, p. 100.

59. A. Mangas Martín y D. Liñán Noguerras, *op. cit.*, p. 44-45.

60. E. Linde Paniagua *et al.*, *op. cit.*, p. 99.

61. A. Carretero García, *op. cit.*, p. 34.

tencias no atribuidas continúan a cargo de los Estados. Al respecto Armin von Bogdany<sup>62</sup> sostiene que «el principio de atribución de competencias garantiza que permanezcan instaladas en el ámbito de los Estados miembros las competencias que no fueron atribuidas, es decir, aquellas cuestiones respecto de las cuales no existe una competencia positiva a favor de la UE». Continúa señalando que este principio se constituye en una cláusula general a favor de las competencias de los Estados miembros. Por ejemplo, si analizamos la política monetaria (art. 105 y s. del TCE) comprobaremos que los Estados miembros que no se han incorporado a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria conservan el grueso de las competencias monetarias, así la Comunidad tiene en esta materia competencias reducidas. Si por el contrario, analizamos la política monetaria en el contexto de los Estados miembros que han iniciado la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, verificaremos que se ha producido la transferencia por los Estados miembros a la Comunidad Europea de la mayor parte del conjunto de competencias en materia de política monetaria. Pero ni siquiera en este caso, se habría llevado a cabo una transferencia completa de las competencias de los Estados miembros a la Comunidad Europea.

Para estos autores no hay lugar a las llamadas competencias implícitas –que repasaremos en el punto siguiente–. A pesar de ello, no es esta la única posición, existen otros autores que reconocen que la atribución de competencias en los procesos de integración no se da como en teoría se sostiene de manera expresa, por el contrario afirman que este principio no debe entenderse de modo restrictivo porque si bien es cierto que en la práctica no se atribuyen competencias a los órganos comunitarios de manera expresa, en los tratados sí se establecen con claridad los objetivos que persiguen. En esta medida es posible deducir de los tratados la atribución de competencias a la Comunidad delimitadas por el logro de los objetivos planteados, es decir, deberá entenderse que las competencias de los órganos supranacionales son aquellas necesarias para cumplir los objetivos formulados en los tratados, las llamadas competencias funcionales.

A partir de la concepción anterior se plantea también la posibilidad de las competencias implícitas que en líneas generales son aquellas que se derivan razonablemente de otras expresamente atribuidas en los tratados, de modo que sin que se reconozcan aquellas, estas no podrían lograr plena eficacia o no sería posible su ejercicio. Se han entendido las competencias implícitas como una forma de ampliar las competencias de la Comunidad a aquellas competencias

62. Armin von Bogdandy, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en Eduardo García de Enterría, comp., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 22.

derivadas de las expresamente previstas. Más adelante volveremos sobre este tema para indicar qué señala la doctrina al respecto.

Preferiblemente, considero que la posición que se debe asumir es esta última, porque de lo contrario y dada la ausencia de atribución explícita de competencias, los órganos supranacionales probablemente quedarían sin competencias para lograr sus objetivos y el proceso de integración no tendría los instrumentos para materializarse. No obstante, es un tema que se lo debe manejar con cautela para evitar la intervención excesiva e injustificada por parte de las comunidades, de manera que lo importante es lograr un equilibrio a través de una interpretación adecuada de los tratados constitutivos. Los siguientes subtítulos van a permitir enriquecer este punto de vista.

## DISTINTOS TIPOS DE COMPETENCIA

Está claro que los organismos supranacionales disfrutan de competencias de atribución. Sin embargo, un ejercicio reducido solamente a competencias de esa naturaleza podría impedir a las comunidades emprender otras acciones que se revelen igualmente necesarias y para las que los tratados no establecen una habilitación expresa, lo cual puede constituir una dificultad importante en el funcionamiento adecuado del proceso de integración. Para evitar los perjuicios derivados de esta situación, los propios tratados constitutivos, la práctica institucional y la evolución de las comunidades han dado lugar a otras dos competencias que complementan las anteriores, las competencias suplementarias, articuladas desde la óptica de la Unión Europea a partir del art. 308 del TCE<sup>63</sup> y las competencias implícitas que devienen de la doctrina elaborada de manera exclusiva por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Veamos a continuación cómo se presentan las competencias comunitarias según su naturaleza.

### **Competencias de atribución**

La Comunidad Europea tiene derecho y obligación de actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas y de los objetivos asignados. Por su parte, las instituciones u órganos auxiliares comunitarios no pueden ejercer competencias que no les hayan sido atribuidas por los Estados en los tratados

63. Art. 308 TCE: «Cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

constitutivos, de manera que el contenido competencial ha de inferirse exclusivamente de lo establecido en los propios tratados:

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna (art. 5.1.).

El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos [...] (art. 5 TUE).

Cada Institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado (art. 7.1. TCE).<sup>64</sup>

Mencioné que no existe expresamente ningún criterio de clasificación ni cláusula alguna de reparto competencial entre la Comunidad y los Estados miembros.<sup>65</sup> Lógicamente, al ser una organización supranacional, los tratados se inclinan por el principio de atribución de competencias como principio para la delimitación de lo que corresponde legislar a la Unión Europea. Esta indefinición puede ser un inconveniente desde el punto de vista de la transparencia o de la legitimidad, pero desde una perspectiva más amplia es positiva, porque evita la rigidez y el bloqueo de la acción comunitaria que surgiría si hubiera una lista cerrada de competencias comunitarias.

Hecha la puntualización anterior, la doctrina y jurisprudencia distinguen dos competencias de atribución: exclusivas y compartidas.

### ***Competencias de atribución exclusivas***

Son aquellas en las que la Comunidad tiene plena capacidad legislativa, en consecuencia queda excluida la intervención de los Estados miembros, incluso en el supuesto de que no se hubiera producido ninguna acción comunitaria. En esos ámbitos concretos se excluye una competencia de los Estados miembros paralela a la de la Comunidad, tanto en el orden interno como en lo internacional.<sup>66</sup>

64. P. Sáenz de Santa María *et al.*, *op. cit.*, p. 100.

65. «Las competencias comunitarias son competencias de atribución, pero esta atribución dista mucho de ser clara, al no seguir –como, por otro lado, es general entre las Organizaciones Internacionales– un sistema de listado de competencias materiales, que por lo demás se adaptaría mal al carácter en cierta medida instrumental de la Organización», Ana Isabel Sánchez, *Federalismo e integración europeo*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 71.

66. «Reconocer a la Comunidad *competencias exclusivas* supone que los Estados pierden inmediata e irreversiblemente toda posibilidad de intervención en el ámbito competencial de que se trate. La atribución resulta así, total, definitiva y absoluta». José Martín y Pérez de Nanclares, *La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*:

No obstante, como afirma Ana Carretero García, este modo de atribución de competencias de carácter exclusivo entrañaba el riesgo de provocar posibles lagunas en distintas materias, razón por la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea introdujo dos técnicas correctoras: 1. La denominada habilitación a favor de los Estados miembros, y 2. La gestión del interés comunitario.<sup>67</sup>

La primera fue recogida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia *Donckerwolke* al establecer que, «si la Comunidad es titular de una competencia exclusiva los Estados no podrían intervenir salvo en virtud de una habilitación específica por parte de la Comunidad»,<sup>68</sup> habilitación que, por otro lado, deberá ser expresa (nunca en blanco) e interpretada restrictivamente.<sup>69</sup>

En cuanto a la gestión del interés comunitario, esta técnica aparece en la sentencia *Comisión vs. Reino Unido*, según la cual los Estados miembros podrían intervenir excepcionalmente en condición de «depositarios del interés común en el marco de un proceso de colaboración con la comisión y con el debido respeto a la misión general de supervisión que el art. 155 confía a dicha institución».<sup>70</sup>

Las comunidades europeas tienen competencia exclusiva en materia de unión aduanera, política comercial común (mercancías), pesca (gestión y conservación de recursos), política monetaria (emisión de moneda, fijación de tipo de interés). De allí que cualquier acto ulterior de la Comunidad en un ámbito de competencia exclusivo desplazaría las medidas estatales adoptadas, de donde se deduce además el carácter provisional de las mismas.

### ***Competencias de atribución compartidas***

Mediante las competencias compartidas la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros son titulares de las competencias y ambos concurren a regularlas. Enrique Linde Paniagua indica que «si la competencia no es exclusiva, quiere esto decir que varios órganos o instituciones de la Comunidad y los Estados miembros serán competentes para regular una materia. Es decir, los Estados miembros y la Comunidad compartirían el ejercicio de una com-

*Sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 356.

67. A. Carretero García, *op. cit.*, p. 32.

68. Sentencia 41/76 del TJCE de 15 de diciembre de 1976.

69. «La otra cara de la competencia exclusiva de la Comunidad es la exclusión de competencia de los Estados miembros, que solo podrán entrar en una materia si la Comunidad lo prevé expresamente», J. Martín y Pérez de Nanclares, *op. cit.*, p. 264.

70. Sentencia 804/89 del TJCE de 5 de mayo de 1989.

potencia o bien concurrirían con diferentes competencias sobre una misma materia».<sup>71</sup>

Estas competencias compartidas dan a la UE una fuerza de atracción que desplaza a la norma nacional, es decir, la utilización de la competencia por la UE impide, al menos parcialmente, ejercitar la competencia a los Estados miembros. Según Eneas Silvio Piccolomini la competencia de la Unión Europea puede convertirse en exclusiva en virtud de su ejercicio.<sup>72</sup> Sin embargo, no les quita la competencia pues en estos ámbitos la intervención comunitaria se rige por el principio de subsidiariedad, que, como se vio, obliga a la Comunidad a justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario, debido a que su acción resulta ser más eficaz y que se está ante un problema de naturaleza supranacional.<sup>73</sup>

Dentro de las competencias compartidas se distingue a su vez entre competencias concurrentes y competencias complementarias:

#### a) *Competencias concurrentes*

Las competencias concurrentes suponen un posible ámbito de actuación común entre la Comunidad y los Estados miembros a la hora de intervenir en una determinada materia. Se trata de una posibilidad que cuenta con carácter provisional y una vez que la Comunidad la hace efectiva ejercitando la acción correspondiente, desplaza a la competencia estatal. Para Armin von Bogdandy estas competencias permiten la regulación de determinada materia por parte de los Estados y de la Comunidad. Sin embargo, en esta lógica la actuación de la Comunidad desplaza a la de los Estados, es decir que una vez que la Comunidad decide hacer uso de la competencia, queda habilitada para regular de manera definitiva la materia, de allí que los Estados tienen competencia mientras la Comunidad no haga uso de ella.<sup>74</sup>

#### b) *Competencias complementarias*

En cuanto a las competencias complementarias, su ejercicio por parte de la Comunidad tendría únicamente el sentido de apoyar o complementar las competencias estatales. Es el caso de materias como educación, formación profesional, juventud, cultura, salud pública, medio ambiente, consumidores, transportes, seguridad, justicia, etc.; ya que en estos supuestos la acción de

71. E. Linde Paniagua *et al.*, *op. cit.*, p. 100.

72. Eneas Silvio Piccolomini, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 405.

73. A. Mangas Martín y D. Liñán Noguerras, *op. cit.*, p. 115.

74. A. von Bogdandy, *op. cit.*, p. 35.

la Comunidad debe limitarse a favorecer y fomentar la cooperación entre los Estados miembros, apoyando y complementando la acción de estos solo si fuera necesario. En las competencias complementarias queda excluida expresamente la competencia de armonización legislativa.<sup>75</sup>

En cualquier caso, y a pesar de la clasificación, el problema sigue siendo determinar, con carácter previo, qué criterios deben situar cada competencia de la Comunidad en un tipo concreto. Para ello, habrá que clasificarlas analizando las disposiciones de los tratados, visto su contexto, su significado general y su intención particular.

### Competencias implícitas

Al no existir un catálogo de reparto de competencias, la primera teoría utilizada jurisdiccionalmente para canalizar la ampliación de competencias de la Comunidad fue la de «los poderes implícitos», de honda tradición federal y por la que se consideró que el otorgamiento de poderes de acción por el tratado de la Comunidad incluía tanto los expresamente previstos como los implícitamente derivados de ellos. La doctrina de los poderes implícitos, que tiene su origen en el Derecho Constitucional norteamericano (*implied powers*) y que luego pasaría a constituir un principio interpretativo generalmente admitido tanto en el Derecho Internacional como en los Derechos internos, reconoce la ampliación de poderes no atribuidos expresamente por los textos, pero indispensables para un ejercicio real, completo y más útil de las tareas institucionales; de manera que admite la atribución de nuevas competencias y funciones en la medida que sean necesarias para la realización de los objetivos perseguidos.<sup>76</sup>

El desarrollo de esta teoría en el ámbito comunitario se dio en gran medida gracias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se apoyó en la tesis de los poderes implícitos en su labor de construcción jurisprudencial del ordenamiento jurídico comunitario, reconociendo la existencia de competencias implícitas en diversas situaciones.<sup>77</sup>

75. Un ejemplo claro de concurrencia de competencias se da en el ámbito material de la cultura, regulado en el art. 151 del TCE. Dicho precepto da entrada a la Comunidad en materia cultural a través de medidas de fomento o recomendaciones de la Comisión, excluyéndose expresamente la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Es decir, la Comunidad no puede armonizar la legislación de los Estados miembros, que conservan, por tanto, íntegramente sus competencias culturales.

76. Carlos Francisco Molina del Pozo, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, DIJUSA, 2002, p. 197.

77. Entre ellas destacan la competencia para concluir acuerdos internacionales en materias donde los Tratados no contemplan esta facultad pero sí atribuye a la Comunidad una competencia interna, y la de creación de órganos especializados en marcos sectoriales.

Ana Carretero apunta que la doctrina comentada ha encerrado tradicionalmente una doble formulación: amplia y restrictiva. De acuerdo con la primera, la existencia de un objetivo dado implicaría la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para alcanzarlo. Y conforme a la segunda (poderes implícitos *stricto sensu*), la existencia de un poder dado implicaría también la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para el ejercicio del primero. En el Derecho Comunitario europeo la versión amplia quedó recogida en el art. 235 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).<sup>78</sup> El tema que encierra esta normativa es bastante sensible porque podría servir, teóricamente, para realizar un aumento progresivo de las competencias comunitarias sin la necesidad de realizar una modificación expresa del Tratado, socavando así las competencias estatales, ya que estaríamos ante competencias no atribuidas a la Comunidad pero que esta podría atribuirse en función de la supuesta necesidad de alcanzar sus objetivos.

Frente a estas consideraciones, se ha señalado que la finalidad del art. 235 consiste solo en una aplicación puntual de las competencias, para asegurar la efectividad del Tratado, sometida a tres condiciones: la primera, no puede ser utilizado más que para alcanzar un objetivo de la Comunidad; la segunda, esa acción de la Comunidad ha de ser necesaria, y la tercera, el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, por lo que el recurso al artículo citado debe ser siempre subsidiario.

Como se puede apreciar, la práctica comunitaria demuestra una interpretación excesivamente amplia de los objetivos, las competencias y los poderes de acción atribuidos a la Comunidad, interpretación que, respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, terminó por significar un reconocimiento, de hecho, de posibilidades casi ilimitadas de expansión competencial por parte de la Comunidad. En este mismo sentido el profesor Alonso García señala:

La interpretación extensiva de los objetivos comunitarios implicaba una ampliación del radio de aplicación material no solo del art. 235, sino de los demás preceptos del Tratado que prevenían poderes de acción (con lo que aquél quedaba en situación de auténtica residualidad), multiplicándose así las posibles vías a través de las cuales se podían desdibujar los límites de la intervención de la Comunidad.<sup>79</sup>

78. En líneas generales la norma citada determina que en caso de no haberse previsto la atribución de competencias, ni poderes de acción para alcanzar y hacer efectivo alguno de los objetivos del Tratado, la Comunidad podrá dotarse de las facultades necesarias para lograr dichos objetivos.

79. Alonso García citado por A. Carretero García en *op. cit.*, p. 40.

Al respecto, Fernando Díez Moreno es más categórico al indicar que: «el sistema de atribución de competencias que forma parte del Tratado de la Unión Europea significa dos cosas: primera, que para que la Unión pueda actuar sobre una determinada materia, deberá citar el precepto o preceptos que le habilitan para dicha actuación; y segunda, que la UE *no tiene poderes implícitos*, pues en el caso en que falte atribución expresa, la competencia para actuar corresponde a los países miembros».<sup>80</sup>

Son todas estas un conjunto de ideas por demás importantes para poder comprender la razón de ser del principio de subsidiariedad que como veremos más adelante actúa como mecanismo corrector ante una posible ampliación competencial comunitaria inadecuada y/o excesiva.

### Competencias suplementarias

Como cuestión previa al análisis de las competencias suplementarias es importante advertir –como señala Molina del Pozo–, las erróneas asimilaciones de esta categoría de competencias con las denominadas implícitas. Tal asimilación –indica– es permisible en la medida en que ambas tienen la condición de ser facultades complementarias de las específicamente atribuidas. Empero, ni los requisitos exigidos para recurrir a unas o a otras, ni las respectivas intensidades y extensiones, son equiparables. Mientras las implícitas son meramente accesorias, derivadas de las competencias previamente establecidas, las competencias suplementarias o subsidiarias, como veremos más adelante, poseen una auténtica virtud innovadora.<sup>81</sup>

El Acta Única Europea que entró en vigor el 1 de julio de 1987 introdujo novedades que incidieron fundamentalmente sobre el control absoluto que los Estados miembros tenían sobre el proceso competencial de la Comunidad. Los autores de los tratados eran conscientes de que los poderes conferidos en forma de atribuciones específicas no serían suficientes para alcanzar los objetivos. Para colmar este vacío previeron, concretamente, el art. 308 del TCE.<sup>82</sup>

Conforme se desprende de la norma citada, la primera novedad que introduce el Acta Única tiene que ver con la noción de carencia de poderes específicos, debiéndose entender por esta que la competencia suplementaria es

80. Fernando Díez Moreno, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 136.

81. C. Molina del Pozo, *op. cit.*, p. 198.

82. Art. 308 TCE: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

aplicable tanto a situaciones en que la competencia no esté expresamente atribuida a la Comunidad como a aquellas en que, estándolo, resulte insuficiente. El art. en cuestión no ha cesado de incrementar su influencia en el ordenamiento jurídico comunitario, bien como fundamento de actos aislados, cumpliendo un papel de instrumento jurídico destinado a rellenar vacíos competenciales dejados por los Tratados, bien como pilar clave en la articulación de conjuntos normativos coherentes que conforman políticas comunitarias sectoriales.<sup>83</sup>

No obstante, conscientes de este potencial expansivo, los autores del Tratado se preocuparon de garantizar que cualquier Estado miembro pudiera oponerse a acciones que, según su criterio, no satisficieran los requisitos fijados por el propio art. 308 TCE. En términos institucionales, esta cautela se plasma en la exigencia de unanimidad en el seno del Consejo para la aprobación de las disposiciones propuestas por la Comisión. En este sentido, hablamos estrictamente, de un verdadero procedimiento establecido para la adopción de acciones subsidiarias, detalle que constituye otra novedad introducida por el Acta Única. Puede apreciarse que en este caso se está frente a un verdadero procedimiento de tinte comunitario, ya que en las decisiones relacionadas con esta cuestión son las instituciones las que en definitiva resolverán si se despliega o no una acción determinada.

Si acaso no se decidiera por unanimidad como establece la norma, cualquier Estado que esté en desacuerdo con la decisión, trabará el procedimiento. Para Santiago Deluca esta imposición podría ser considerada un tanto excesiva, sin embargo piensa que el rigor establecido por la unanimidad deja suficientemente a salvo los derechos de los Estados miembros a no permitir un exceso en la constante ampliación de las competencias comunitarias, que de otra manera sería imposible controlar.<sup>84</sup>

## COMPETENCIAS COMUNITARIAS EN RELACIÓN CON LAS COMPETENCIAS NACIONALES. BASE JURÍDICA

Como señalamos, el sistema de atribución de competencias propio de los Tratados constitutivos de los procesos de integración supone la transferencia del ejercicio de competencias de los Estados miembros a la Comunidad y consiguientemente la reserva al Estado de la competencia no atribuida. No obstante, incluso en los sectores en que existe transferencia, el principio gene-

83. C. Molina del Pozo, *op. cit.*, p. 202.

84. Santiago Deluca, «La subsidiariedad y las competencias de la Unión Europea y el Mercosur», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, No. 4, México, Universidad Autónoma de México / Rubinzal Culzoni, 2005, p. 142.

ral es, como anotan Paz Andrés Sáenz y Javier González, el de coexistencia de las competencias comunitarias con las estatales, ya que constituyen excepción las atribuidas a la Comunidad en régimen de exclusividad.

La ausencia de un sistema de listas en el reparto competencial –entre Estados y Comunidad– supone una cierta inconcreción en los criterios de delimitación e incluso en su contenido, que varía en función de la materia según la respectiva base jurídica. La base jurídica se configura como la norma del Tratado que habilita a la Comunidad para una actuación y determina el alcance y las condiciones del ejercicio de la competencia. Se presenta además como el parámetro para sujetar a la Comunidad y sus instituciones al principio de legalidad comunitaria. Como se puede evidenciar la base jurídica garantiza la atribución de competencias de los Estados miembros de la Comunidad, salvaguarda las competencias de los Estados y también las de la Comunidad; garantiza asimismo los poderes de cada institución y las relaciones interinstitucionales en el sistema comunitario de toma de decisiones, salvaguardando, de esta manera, el equilibrio institucional. Por todas estas razones, la elección e identificación de la base o fundamento jurídico no es solo necesaria legalmente, sino que tiene que ser motivada, razonada de modo explícito y estar fundada en elementos objetivos.

El régimen ordinario de atribución de las competencias comunitarias, es el régimen de coexistencia con las del Estado, ya sea porque las comunitarias complementan las estatales o porque están en régimen de concurrencia. En los casos en que rige la concurrencia de competencias, a medida que la Comunidad ejerce las propias y ocupa el campo material con su actividad, generalmente normativa, se reduce correlativamente el margen de actuación de los Estados. Por otra parte, la existencia de una atribución de competencia a la Comunidad, aun cuando esta no la haya ejercido, condiciona el ejercicio de la competencia estatal concurrente, que está sujeta a ciertos límites: a) los Estados, por el hecho mismo de la atribución de competencias a la Comunidad, deben gestionar sus propias competencias de acuerdo con el interés común, y b) esta obligación se impone incluso en ausencia del ejercicio efectivo de sus atribuciones por parte de la Comunidad, ya que el miembro está sujeto al principio de lealtad comunitaria.<sup>85</sup>

La coexistencia de las competencias de la Comunidad con las de los Estados miembros en la mayoría de los ámbitos materiales exige reglas de articulación de ambos campos, sin duda la más relevante es la contenida bajo el principio de subsidiariedad. Este principio opera articulando las competencias estatales con las comunitarias no exclusivas, pero no implica un sistema de reparto de competencias entre los posibles niveles –estatal y comunitario– de

85. P. Sáenz de Santa María *et al.*, *op. cit.*, p. 115.

atribución, sino que proporciona criterios para coordinar el ejercicio de los poderes receptivos por parte de ambos.

En el punto siguiente haré un desarrollo objetivo de cómo este principio opera en el marco de las competencias compartidas.

## APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LAS ÁREAS DE COMPETENCIA COMPARTIDA PRUEBA DE EFICIENCIA

Regular el ejercicio de competencias compartidas es la función asignada al principio de subsidiariedad. En el cumplimiento de esta tarea, o bien se tratará de racionalizar el número de intervenciones de la Comunidad allí donde no es necesario porque la acción estatal puede alcanzar los objetivos suficientemente, o bien se ampliarán las mismas al primar la acción comunitaria cada vez que la dimensión o los efectos de la acción contemplada sugieran una actuación a escala comunitaria.

Si la acción que se pretende adoptar recae dentro de un ámbito que no pertenece a la competencia exclusiva de la Comunidad, cabe preguntarse: ¿cómo conocer cuál de los dos niveles es el más apropiado para llevar a cabo esa determinada acción? Para encontrar una respuesta positiva a la interrogante, la doctrina sugiere la realización de una *prueba de eficiencia* que tiene como base el texto del art. 5 TCE. Sobre la base de esta norma se puede sostener que la intervención comunitaria quedará justificada si se demuestra que: 1. Los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y 2. Los objetivos de la acción puedan lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, en el ámbito comunitario.

Alicia Chicharro considera que la prueba de eficiencia consta de dos test: *el test de la necesidad* y *el test de la eficacia*. Indica que el resultado conseguido después de realizados ambos test determinará qué nivel es el que debe intervenir y permitirá resolver cuál de las dos partes implicadas, Comunidad o Estados miembros, posee la facultad para lograr mejor el efecto deseado.<sup>86</sup>

El test de la necesidad solo permite actuar a la Comunidad cuando es absolutamente necesario que lo haga, dado que una actuación similar en el ámbito nacional no es posible. A través del test de necesidad lo que se pretende es que antes de reemplazar a los Estados miembros, la Comunidad intente una labor de coordinación o apoyo a las políticas nacionales en los ámbitos de interés común. Si concluido el proceso de coordinación se establece que la

86. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 143.

acción llevada a cabo en el ámbito nacional es capaz de alcanzar el objetivo deseado, pues esta tendrá preferencia sobre la comunitaria. En todo caso, como apunta Alicia Chicharro, el resultado de este test no solo involucraría la utilización de procedimientos y métodos diferentes, sino también la determinación de un campo de aplicación distinto.<sup>87</sup> Es decir, si la medida se adopta por los Estados individualmente, se servirán para ello de sus propios procedimientos y afectará únicamente a sus ciudadanos; si, por el contrario, es la Comunidad quien toma la decisión, lo hará de conformidad con el correspondiente procedimiento previsto en los tratados y se aplicará al conjunto de los ciudadanos de la Comunidad.

De lo anterior se desprende otro detalle muy importante. Supongamos que la acción en el ámbito estatal es insuficiente para alcanzar los objetivos pretendidos tan solo en uno o en algunos de los Estados miembros. Para este supuesto cabría que la Comunidad intervenga con su acción. Sin embargo, corresponde preguntarnos: ¿la Comunidad podrá sustituir mediante una decisión general también a aquellos Estados capaces de conseguir los fines perseguidos por sí solos? La respuesta es negativa, pues la Comunidad podrá intervenir apoyando la incapacidad de la acción estatal allí donde se produzca, pero no tendrá facultad para intervenir en el terreno de las actuaciones estatales cuando estas sean suficientes.

Algunos doctrinarios consideran que es evidente que este test tiene una carga restrictiva de la intervención en el ámbito comunitario, lo que en consecuencia podría obstaculizar el crecimiento del proceso de integración. En una posición contraria, otros autores se inclinan por anteponer la acción estatal a la comunitaria, bajo el argumento de que, en la medida de lo posible, las decisiones se deben asumir lo más cerca al ciudadano.

Respecto al test de la eficacia, Chicharro Lázaro explica que este exige una evaluación de la acción prevista en orden a establecer si, debido a su dimensión o a los efectos que eventualmente provoque, los objetivos de la misma pueden lograrse mejor en el ámbito comunitario. Se trata, por tanto, de determinar el «valor añadido» que aportaría la actuación comunitaria, para lo cual se llevará a cabo un análisis comparativo de los costes y beneficios, tanto de la acción realizada por las autoridades competentes en el ámbito nacional, como de la ejercida por las instituciones de la Comunidad.<sup>88</sup> De lo anterior obtenemos dos criterios fundamentales: la dimensión y el valor añadido que se traduce en determinar los costos y beneficios tanto de la acción comunitaria, como de la nacional. Ambos formarán parte del examen previo del caso concreto para determinar la *mayor eficacia* de la acción llevada por la Comunidad.

87. *Ibid.*, p. 144.

88. *Ibid.*, p. 146.

Contrariamente al test de la necesidad, el de la eficacia impulsa la dilatación de la intervención comunitaria.

Ahora bien, lo anotado líneas arriba son postulados teóricos que requieren ser llevados a los hechos cotidianos, es decir, que corresponde indagar sobre la realización de los test en aspectos como quiénes son los competentes para valorar la necesidad, la eficacia comparada y los efectos de determinada acción a tiempo de atribuirla a la Comunidad o dejarla en manos de los Estados, y cuáles son los parámetros que se deben tomar en cuenta.

Siguiendo con Alicia Chicharro sugiere que lo primero que debemos tener en cuenta es la presunción de competencia que juega a favor de los Estados. De allí, la carga de la prueba recae en todo caso en las instituciones comunitarias. De manera que cuando la Comunidad decida ejercer determinada competencia, corresponderá a las instituciones comunitarias decidir quién debe actuar en determinado ámbito de competencia concurrente.

Por otra parte, corresponde tener en cuenta el procedimiento usual de toma de decisiones al interior de la Comunidad, pues será sobre la base de este que las instituciones comunitarias cumplirán con su capacidad normativa.

Bajo la perspectiva de estas dos premisas podemos analizar que tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, la Comisión –en cada uno de estos procesos de integración– sería la primera institución involucrada no solo porque posee el derecho de iniciativa legislativa, *sino también porque ella será la primera en apreciar la necesidad y mayor eficacia de la acción comunitaria*, cumpliendo el deber de justificar cada propuesta conforme a criterios cualitativos y cuantitativos, como se vio en el análisis de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Si la Comisión llega a la conclusión de que alguna de las dos condiciones no se cumple, no propondrá la medida, y los Estados podrán seguir legislando en el ámbito en cuestión.

Dentro del procedimiento normativo europeo, Báñez Vázquez explica que una vez que la propuesta de la Comisión llegue al Consejo y al Parlamento, ambas instituciones ya poseen un punto de referencia para entrar a valorar si se cumplen los requisitos que exige la correcta aplicación del principio: *la justificación dada por la Comisión en el preámbulo de su propuesta*. Sostiene que a partir de esa justificación, pueden estimar que la Comisión ha hecho lo correcto proponiendo la medida y, por tanto, continuar el procedimiento de adopción de la misma, o considerar que no se ha aplicado adecuadamente el principio y modificar o abandonar la propuesta.<sup>89</sup>

89. Javier Barnés Vázquez, «El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas», en J. Barnés Vázquez, coord., *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Madrid, Civitas, 1993, p. 572.

La Comisión Europea, en su Comunicación de 27 de octubre de 1992, expone su forma de proceder cuando, en los ámbitos de competencia concurrente, desee averiguar qué nivel es el más apropiado para actuar: analizará caso por caso utilizando como criterios, en primer término, la necesidad de la acción comunitaria y, en segundo, la proporcionalidad de la misma.

Para determinar la necesidad de la acción, conviene examinar: 1. La existencia de los medios a disposición de los Estados miembros, incluso desde el punto de vista financiero, para alcanzar los objetivos (legislación nacional, regional o local y otros; es decir una prueba de eficacia comparativa, y 2. La evaluación de la eficacia de la acción comunitaria, dimensión, problemas y costos, es decir una prueba de valor añadido. Para ello, se podrán tener en cuenta diferentes factores como los efectos de la acción, el coste de la inacción ó los límites eventuales de la acción en el ámbito nacional.<sup>90</sup>

La Comisión en su informe presentado en 1995 intitulado «Legislar mejor», apunta cuáles van a ser los criterios en los que se basará su decisión de intervenir o no en un determinado ámbito, siempre que este no sea de su competencia exclusiva. Primero, se tendrá en cuenta la necesidad de la medida contemplada, es decir, si los objetivos pueden o no ser alcanzados por los Estados miembros de manera suficiente. Segundo, se evaluará la eficacia de la medida que se pretende, esto es, si realmente los objetivos pueden alcanzarse mejor por una acción realizada en el ámbito comunitario. En último término, si se plantea un recurso en contra de la acción, comunitaria o estatal, por inobservancia del principio de subsidiariedad, la Comisión señala que corresponderá al Tribunal de Justicia juzgar el resultado del test en cuestión. Este aspecto será analizado en un subtítulo especial dedicado al control jurisdiccional y político del cumplimiento del principio de subsidiariedad.<sup>91</sup>

Finalmente, es pertinente aclarar acerca del orden de realización de los test, ¿cuál de ellos se debe realizar primero? la doctrina coincide al indicar que no es necesario realizar ambos test a la vez, ya que si se inicia por el de la necesidad, solo se acudirá al de la eficacia en caso de que el resultado del primero ponga de manifiesto la incapacidad de los Estados para desarrollar la acción requerida con vistas a lograr el objetivo marcado. Si la acción estatal supera el test de la necesidad, porque resulta evidente la capacidad de los Estados para conseguir el objetivo, serán estos los que deben actuar, no entrando en ningún momento a determinar el valor añadido que aportaría la Comunidad, es decir el test de eficacia queda excluido.

90. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 27 de octubre de 1992 sobre el principio de subsidiariedad, SEC (92).

91. Informe de la Comisión al Consejo Europeo, *Legislar mejor, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sobre la simplificación y la codificación*, CSE (95) 580.

Sin embargo, si la acción estatal no supera el test de la necesidad, la eficiencia de la acción comunitaria queda prácticamente probada. A pesar de ello, se recurrirá al test de eficacia comparativa para demostrar que la Comunidad puede aportar valor añadido por encima de la acción estatal y que por ende permite realizar mejor los objetivos previstos.<sup>92</sup>

## CONTROL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En el proceso de integración europeo garantizar el cumplimiento o aplicación del principio de subsidiariedad es una tarea que queda bajo la responsabilidad de las propias instituciones comunitarias. Así, en primer lugar, corresponde a la Comisión, al Consejo y al Parlamento Europeo desplegar una garantía de carácter político, y en segundo lugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desplegará un control de carácter judicial. Se trata de una doble garantía de carácter institucional y jurisdiccional conforme veremos más adelante.

En mi opinión, con este control lo que se busca es que la Comunidad a tiempo de realizar una acción tenga en cuenta el principio de subsidiariedad a lo largo de todo el proceso de regulación. Poniatowski en un informe redactado por encargo del Senado francés destacó que la aplicación del principio de subsidiariedad dependerá, por un lado, de la autodisciplina de las instituciones comunitarias encargadas de elaborar las normas comunitarias y, por el otro, del control jurídico del Tribunal de Justicia,<sup>93</sup> conforme se explica más adelante.

### Control político (control *a priori*)

En el proceso de integración europeo varias fueron las propuestas de control político del principio de subsidiariedad, a decir: un *Comité de Sabios*, que debería emitir su opinión sobre la compatibilidad de las proposiciones legislativas con el principio de subsidiariedad, de manera que si el Comité consideraba que la medida contravenía el principio, la institución que emitió dicha medida debía retirarla.<sup>94</sup> Una segunda propuesta tenía que ver con una unidad especializada dentro de la comisión encargada de comprobar la compatibilidad

92. Ver A. G. Toth, «The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty», vol. 29, p. 977; Londres, en *Common Law Market Review*, 1992, A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 151.

93. Sénat Français, *Repport d'Informations sur le principe de subsidiarité (Poniatowski)*, citado por A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 171.

94. Anthony L. Teasdale, *Subsidiarity in Post-Maastricht Europe*, *The Political Quarterly*, 1993, p. 197-198.

de las medidas con el principio de subsidiariedad.<sup>95</sup> Se propuso también un órgano específico cuya función consistiría en la revisión de las propuestas de decisiones comunitarias desde la perspectiva de la subsidiariedad.<sup>96</sup>

Pese a la existencia de las propuestas señaladas, ninguna de estas ha sido recogida en los Tratados de la Unión Europea, sino que más bien la determinación de quién, cómo y cuándo se controlará tal aplicación se ha convertido en tarea y responsabilidad de las mismas instituciones comunitarias.

Así las cosas, en la Unión Europea se puede identificar que tres son las instituciones de carácter político –Comisión, Consejo y Parlamento Europeo– encargadas de verificar la conformidad de todas las acciones que se lleven a cabo con las disposiciones relativas a la subsidiariedad, tanto en la elección de los instrumentos jurídicos como en el contenido global de la propuesta. Veamos en qué medida le corresponde a cada una de las citadas instituciones velar por la observancia del principio de subsidiariedad:

#### *a) Obligaciones de la Comisión*

Es pertinente dejar claramente establecido que sobre esta institución recae una responsabilidad importante ya que, por una parte, ostenta la iniciativa legislativa en la mayoría de los campos competenciales comunitarios y, por otra, es una institución idónea para recabar toda la información necesaria para determinar la oportunidad de una intervención de la Comunidad. Por tanto, es de esperar que la Comisión desempeñe un rol preeminente en la aplicación del principio de subsidiariedad.

Como ya se vio en el capítulo anterior, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante el Protocolo) exige en términos generales el deber de cada una de las instituciones comunitarias de velar por el permanente respeto de los mencionados principios. Asimismo, este instrumento jurídico exige, específicamente, que la Comisión antes de proponer un acto legislativo proceda a amplias consultas.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión antes de seguir adelante con un determinado acto legislativo examinará con detenimiento tanto la eficiencia como el alcance de su intervención. Para ello, puede realizar las consultas que considere convenientes, y en su caso publicar los documentos de consulta. Si después de todo la Comisión cree que es necesario llevar a cabo una determinada acción, es conveniente que en la exposición de motivos de la nueva propuesta haga constar la conformidad de ésta con el repetido principio.

95. Renaud Dehousse, *Europe after Maastricht*, Munchen, Law Books in Europe, 1994, p. 17.

96. Groupe parlementaire de réflexion sur la CIG de 1996, *Compte rendu des travaux et conclusions*, Assemblée nationale, 1995, p. 91.

Definitivamente, pienso que es muy importante que la Comisión exponga los argumentos justificativos de forma clara y precisa, asegurándose de que han sido bien entendidos por las autoridades de los Estados y por el público en general. En este sentido, conviene resaltar que su reflexión precederá sin duda alguna a la del resto de las instituciones, lo que prueba el papel que está llamada a desempeñar.

### *b) El papel del Consejo*

A pesar de que la Comisión posee el derecho de iniciativa legislativa en la Comunidad, el Consejo desempeña la importante función de adoptar esa legislación. Por ello, los responsables últimos de la adaptación de las normas comunitarias al principio de subsidiariedad son los Estados miembros reunidos en Consejo.

El Protocolo prevé, en claros términos de obligación, que el Parlamento Europeo y el Consejo procederán al examen de la conformidad de las propuestas de la Comisión, con las disposiciones del art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea. En opinión de Alicia Chicharro, el Consejo ciniéndose a los términos concretos de cada medida planteada, fiscalizará tanto la oportunidad como el alcance de la misma, limitando las intervenciones legislativas comunitarias a los casos en que los objetivos previstos no puedan alcanzarse de otra manera.<sup>97</sup>

El Consejo tiene la obligación de motivar la adopción de legislación, cualquier medida que se tome debe ir acompañada de una exposición clara e inequívoca del razonamiento de la autoridad comunitaria en relación con ese acto, de manera que los interesados puedan conocer las justificaciones de la medida adoptada con el fin de ejercer sus derechos y el Tribunal de Justicia ejecutar su control jurídico *a posteriori*.

Me parece que es importante resaltar la opinión de Chicharro Lázaro, en sentido de que «la voracidad reglamentista de la Comisión se ha visto fomentada por un Consejo nada crítico, que ha adoptado sistemáticamente la mayor parte de las medidas propuestas por aquélla. El rechazo esporádico de algunas de ellas venía motivado más que por la toma en cuenta del principio de subsidiariedad, por razones de oportunidad política».<sup>98</sup>

De lo anterior se puede entender que la propia dinámica de las negociaciones en el seno del Consejo favorece en cierto sentido el intervencionismo comunitario. Un sistema de «concesiones por obtenciones», lleva a los ministros a ceder en algunos puntos para alcanzar consensos en otros. Parece muy probable que la constante sea que un Estado miembro denuncie un texto legis-

97. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 177.

98. *Ibid.*, p. 178.

lativo ante el Tribunal de Justicia en nombre de la subsidiariedad, cuando se haya quedado en minoría dentro del Consejo y pretenda recuperar en el ámbito jurisdiccional lo que ha perdido en el ámbito político.

Dada la flexibilidad de este principio y teniendo en cuenta que su revisión –a cargo del Consejo– lleva consigo más juicios políticos antes que un verdadero análisis de conformidad con el art. 5 del Tratado de la Comunidad, existe el peligro de que sea usado como un arma por las partes con puntos de vista contrarios en el Consejo, para debilitar los argumentos a favor o en contra de la intervención de la Comunidad en determinadas circunstancias.

### *c) Intervención del Parlamento Europeo*

De conformidad con la norma contenida en el num. 11 del Protocolo, el Parlamento tiene el deber de examinar, como parte integrante del examen global de las propuestas de la Comisión, si esas se atienen a lo dispuesto en el art. 5 del Tratado. Esto vale tanto para las propuestas originales como para las enmiendas que el Parlamento o el Consejo deseen introducir. Esto significa que el Parlamento Europeo también se desempeña como contralor del principio de subsidiariedad.

El propio Parlamento ha explicado su papel en la aplicación del principio, en el art. 54 de su Reglamento Interno:

1. Durante el examen de una propuesta legislativa, el Parlamento deberá considerar especialmente si la propuesta respeta el principio de subsidiariedad [...].
2. Si el Parlamento llegare a la conclusión de que no se respeta debidamente el principio de subsidiariedad [...], pedirá a la Comisión que introduzca las modificaciones necesarias en sus propuestas.<sup>99</sup>

Mediante una de sus resoluciones, el Parlamento vuelve a reiterar su compromiso, de conformidad con el art. 54 de su Reglamento, de velar por el cumplimiento del principio de subsidiariedad en el marco de cada propuesta de acto jurídico, y subraya la responsabilidad que al respecto tiene su Comisión de Asuntos Jurídicos.<sup>100</sup>

No obstante que el Parlamento se las da de fiel guardián del cumplimiento del principio de subsidiariedad, esta institución en una posición paradójica y pesimista no ve con buenos ojos al principio de subsidiariedad. Así se muestra en otra de sus resoluciones en la que insiste en que ese principio (el

99. Reglamento interno de funcionamiento del Parlamento Europeo.

100. Parlamento Europeo, Resolución de 20 de abril de 1994 sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad, A3-0187/94.

de subsidiariedad) «no puede obstaculizar el ejercicio legítimo, por parte de la Comunidad, de las competencias que le han sido atribuidas por los Tratados ni impedir el desarrollo de las acciones en las que la Comunidad dispone de competencias exclusivas», tampoco debe «cuestionar el acervo comunitario» o «traducirse en un debilitamiento del derecho Comunitario».

Asimismo, al Parlamento Europeo le preocupa la tendencia de la Comisión a presentar «directivas marco» y códigos de conducta y «subraya el riesgo de crear así un derecho de naturaleza incierta, menos vinculante –casi un *soft law*– y menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una incorporación aleatoria a los ordenamientos nacionales».<sup>101</sup>

Nótese la gran diferencia en cuanto a la posición que asume el Parlamento en su Resolución de 1994 como garante del acatamiento del principio de subsidiariedad, respecto a la segunda Resolución (la de 1997), en la que por poco llega a desconocer la vigencia del principio y descuida su obligación de velar por su cumplimiento. La situación empeora si tenemos en cuenta que el Parlamento Europeo es la única institución comunitaria elegida democráticamente, de lo cual se «supone» que esta es la institución más cercana al pueblo y a sus aspiraciones, a pesar de ello su actuación deja mucho que pensar.

#### *d) El control político a cargo de los parlamentos nacionales*

Conforme anoté en el capítulo anterior esta forma de control político del principio de subsidiariedad a cargo de los parlamentos nacionales es una novedad que introduce el recientemente firmado Tratado de Lisboa.

Este *control de alerta rápida* permite a los parlamentos nacionales el examen de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. El procedimiento para llevar adelante dicho control indica que los proyectos de actos legislativos serán remitidos directamente por la Comisión a los parlamentos nacionales, de allí que todo parlamento nacional podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de la transmisión de un proyecto legislativo europeo, dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Si al menos un tercio de los parlamentos nacionales emite dictámenes apreciando el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la Comisión debe reexaminar su propuesta, pudiendo decidir mantenerla, modificarla o retirarla. Si los dictámenes en cuestión procedieran de al menos una mayoría simple de

101. Parlamento Europeo: Resolución de 13 de mayo de 1997 respecto los Informes de la Comisión al Consejo Europeo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en 1994.

parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener su propuesta, se iniciará un procedimiento específico; la Comisión deberá motivar su decisión y además el 55% de los miembros del Consejo (15 Estados) o una mayoría simple del Parlamento Europeo decidirán si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

Como conclusión del presente subtítulo cabe señalar que las instituciones comunitarias cuentan con un amplio margen para decidir si de acuerdo con el principio de subsidiariedad, está o no justificada su intervención. De manera, que si dentro de un proceso de decisión en el que se demuestre que las instituciones comunitarias no tuvieron en cuenta las alternativas de actuación de los Estados miembros antes de resolver intervenir, infundiría probablemente mayor desconfianza entre las autoridades estatales y en los propios ciudadanos. De ser así, la medida adoptada no tendría un apoyo sólido, en consecuencia el control político del principio de subsidiariedad a cargo de los parlamentos nacionales constituirá, en mi opinión, una garantía fundamental adicional para que los Estados miembros puedan hacer valer sus derechos ante posibles intervenciones excesivas de la Comunidad. Asimismo, las posibilidades de interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad en nombre de la subsidiariedad se incrementarían considerablemente.

Precisamente, en el siguiente subtítulo analizaremos el control de aplicación del principio de subsidiariedad desde la perspectiva jurisdiccional. Para evitar esta situación las instituciones comunitarias deben ejercer el control político de manera objetiva y responsable, evitando escenarios como el que comentamos que pretenden favorecer el intervencionismo comunitario bajo un sistema de concesiones por obtenciones.<sup>102</sup>

### **Justiciabilidad del principio de subsidiariedad (control *a posteriori*)**

Conforme al control *a priori*, analizado en el subtítulo precedente, advertimos que la Comisión, el Consejo, y el Parlamento son los primeros responsables de controlar que la acción comunitaria sea conforme con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad es quien en última instancia se encarga de asegurar la correcta aplicación de las normas comunitarias y, obviamente, dentro del control que ejerce se incluye la norma contenida en el art. 5 del Tratado de la Comunidad. De esta manera

102. La propia Comisión señaló que el Parlamento Europeo y el Consejo presentaron un número relativamente escaso de modificaciones explícitamente relacionadas con la subsidiariedad y proporcionalidad. En la gran mayoría de sus dictámenes no criticaron las propuestas de la Comisión por razones de subsidiariedad. Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe Legislar Mejor 2005*, Bruselas, 2006, p. 8.

el Tribunal se convierte en el garante último de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en toda la Comunidad.

Habíamos adelantado en el capítulo anterior a cerca de la controversia que se suscitó –al interior de la Unión Europea– a tiempo de determinar si el principio de subsidiariedad debía tener un carácter exclusivamente político, o, por el contrario, debía quedar configurado como un principio plenamente jurídico. Básicamente se discutió si el principio de subsidiariedad se incluía en el Preámbulo del Tratado, o si se lo ubicaba en el texto articulado del Tratado. Lo importante de acuerdo al debate de la Unión Europea radica en la segunda opción, ya que si el principio queda plasmado como un art. del Tratado, este es perfectamente justiciable ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad. Finalmente se optó por la segunda opción, a partir de ese momento se elimina la controversia y el principio de subsidiariedad puede ser objeto de control jurisdiccional.

En las Conclusiones del Consejo de Lisboa de 1992 se caracterizaba el art. 5 como una «nueva norma básica jurídica», y, por supuesto, así es como quedó consagrado tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE). En contra de todos aquellos que sugerían atribuirle tan solo el carácter de regla política de sentido común para relegar la actuación comunitaria a los ámbitos en los que la de los Estados miembros por sí solos no es suficiente, el TUE ha aceptado la plena justiciabilidad del principio.<sup>103</sup>

Para Chicharro Lázaro «la controversia puede considerarse zanjada desde que se incluye la definición del principio en el articulado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ya que, en virtud del art. 46 del TUE, la conformidad de las decisiones comunitarias con el principio de subsidiariedad cae dentro de la competencia formal del Tribunal».<sup>104</sup>

En mi opinión los dos escenarios debatidos en la UE permiten el control jurídico del principio de subsidiariedad. Si acaso este principio hubiese quedado consagrado en el preámbulo del Tratado, tendría un valor jurídico igual al que le otorga la norma contenida en el art. 5 del Tratado.<sup>105</sup> En consecuencia,

103. Como ya se ha puesto de relieve, es opinión extendida que la subsidiariedad es más bien una directriz política que un verdadero principio jurídico fundamental. Sin embargo, el Consejo, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el eurodiputado Víctor Arbeloa Muru, aclaró que no es solamente una orientación política para las actividades de las instituciones comunitarias, sino que es también una disposición de Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia Comunitaria podrá ser llamado a controlar los actos comunitarios por lo que se refiere al respeto de esta norma jurídica. *Respuesta de 10 de marzo de 1994 a la pregunta escrita núm. E-3102/93 del señor Arbeloa Muru. Tomada del Consejo de la Unión Europea.*

104. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 177.

105. El preámbulo contenido en determinada norma jurídica es la esencia misma del poder constituyente, la voluntad soberana plasmada en objetivos y fines a conseguir. «Los preámbulos contienen mucho más que un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende

considero que la cuestión de justiciabilidad no es tanto si el Tribunal debe controlar la aplicación del principio, es decir no se pone en duda su competencia para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad, sino más bien cómo y en qué medida realizará o debe realizar esta función.

El término *justiciabilidad* hace referencia a la capacidad de un Tribunal para decidir sobre un particular tipo de cuestión. Según Partan, «una cuestión es justiciable si por naturaleza es susceptible de ser dilucidada en el transcurso de un proceso judicial. Justiciabilidad se podría referir también más ampliamente a la competencia jurídica del Tribunal, esto es, la autoridad para considerar y decidir determinadas cuestiones». Justiciabilidad se refiere entonces a la capacidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interpretar y aplicar la cláusula de subsidiariedad del Tratado como una norma de derecho constitucional de la Unión Europea.<sup>106</sup>

Teniendo en cuenta el criterio anterior y la ausencia de un órgano específico dentro de la Unión encargado de pronunciarse respecto al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, conforme al art. 220 del TCE, el Tribunal de Justicia tiene como misión la garantía del respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. Se trata de un auténtico poder judicial independiente e imparcial, que dentro de su jurisdicción su labor es ser el intérprete supremo de los Tratados.

El Parlamento Europeo a través de una de sus resoluciones se pronunció señalando que, «el Tribunal de Justicia debe consagrarse como jurisdicción constitucional que tenga por misión primordial garantizar el respeto del reparto de competencias entre la Comunidad Europea y los Estados miembros».

Asimismo, el Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 establece que «el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad se realizará en el marco del proceso comunitario normal», es decir, el Tribunal de Justicia será el encargado de enjuiciar si se ha tenido en cuenta o no este principio en todas y cada una de las fases del procedimiento legislativo comunitario.

Finalmente, conviene recordar que el Protocolo No. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, dispone lo si-

el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar que trasciende la pura literalidad de sus artículos», John Esteban Espinosa Villacrés, «La fuerza normativa de los preámbulos constitucionales», trabajo presentado en el curso de Interpretación Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, inédito, 2007, p. 6.

106. Dennis Partan, «The justiciability of subsidiarity», en Carolyn Rhodes y Sonia Mazey, *The State of the European Union Building a European Polity?*, vol. 3, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1995, p. 63-65.

guiente: «el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las normas establecidas en el Tratado».<sup>107</sup>

Por su parte, el nuevo Protocolo sobre la aplicación de los citados principios –que es consecuencia del Tratado de Lisboa–, establece de forma expresa: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el art. 230 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea».<sup>108</sup>

Admitida como está la justiciabilidad del principio de subsidiariedad, la cuestión de encomendar dicha función al Tribunal de Justicia Comunitario requiere que se cumplan dos requisitos específicamente: 1. Que el Tribunal posea jurisdicción, y 2. Que existan los cauces procesales adecuados para acudir ante el Tribunal.<sup>109</sup>

Según el primero de los requisitos de lo que se trata es de determinar si el Tribunal tiene la capacidad y autoridad para decidir sobre determinadas cuestiones que sean puestas a su consideración. De acuerdo al análisis previo que expuse, este primer requisito se cumpliría, pues el Tribunal según las normas citadas tiene plena jurisdicción para ejercer el control del derecho comunitario. El segundo de los requisitos exige la existencia de determinados recursos que puedan ser interpuestos ante el Tribunal por supuestos actos contrarios al principio de subsidiariedad. Sobre este tema me referiré cuando analicemos cuales son las posibilidades con las que se cuenta.

Aparentemente la revisión que se le encomienda al Tribunal de Justicia no presenta ningún problema, sin embargo esta tarea no resulta nada fácil ya que los criterios sobre los que se asienta el principio de subsidiariedad son bastante abstractos. La mayor dificultad tiene que ver con la naturaleza esencialmente política del principio de subsidiariedad, que en la práctica implica que el Tribunal tenga que desarrollar valoraciones de trasfondo político para resolver los posibles conflictos que se susciten a la luz del repetido principio. No obstante, el matiz político no es algo desconocido dentro de la jurisdicción del Tribunal, como ejemplo podemos citar al principio de proporcionalidad que siendo de naturaleza política tiene un importante desarrollo a base de la jurisprudencia del Tribunal.<sup>110</sup> Al respecto autores como Jacqué y Weiler, sos-

107. Apartado 13 del Protocolo No. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

108. Art. 8 del nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incorporado como anexo al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

109. A. G. Toth, «Is Subsidiarity Justiciable?», en *European Law Review*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 268, citado por A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 179.

110. Por ejemplo, en la sentencia de 7 de septiembre de 2006 correspondiente al asunto C-310/04, España contra el Consejo, relativo a un Reglamento del Consejo que modificaba el régimen

tienen que los tribunales tienen que tratar inevitablemente asuntos en los que se presentan delicados problemas políticos en todos aquellos Estados en los que la revisión judicial anula la legislación adoptada mayoritariamente por un parlamento democráticamente elegido.<sup>111</sup>

Alicia Chicharro considera que «el problema principal en la revisión de la aplicación del principio de subsidiariedad surge del laxo poder de apreciación que la redacción del art. 5 del TCE concede a las instituciones comunitarias, a la hora de determinar si los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Así, el Tribunal de Justicia debe decidir si la acción pretendida puede o no realizarse «suficientemente» por los Estados miembros y si se alcanzará «mejor» actuando la Comunidad».<sup>112</sup> Para solucionar esta situación ella sugiere que el Tribunal emplee una técnica conocida como *revisión limitada de legalidad*, que se utiliza para el control de los *poderes discrecionales*<sup>113</sup> que las instituciones comunitarias poseen en algunas materias. Sobre la base del contenido del poder discrecional, la función del órgano jurisdiccional alcanza a valorar la oportunidad de la decisión adoptada.

### **Modus operandi respecto a la revisión del fondo de la decisión**

En el examen sobre el fondo de la decisión que realizará el Tribunal de Justicia, como primera función, emerge la cuestión de las disposiciones del Tratado que han servido de base para dictar la medida en cuestión, es decir al fundamento jurídico de la acción. Señalé que la base jurídica se configura como la norma del Tratado que habilita a la Comunidad para una actuación y determina el alcance y las condiciones del ejercicio de la competencia. Se presenta además como el parámetro para sujetar a la Comunidad y sus instituciones al principio de legalidad comunitaria. La elección de la base legal no depende de la decisión arbitraria de una institución, sino de otros factores como los objetivos pretendidos y el contenido de la medida.

de ayudas al algodón, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció que faltaban los datos de base que debieron tenerse en cuenta para fundamentar las medidas del referido acto que son objeto de impugnación y de los que dependía el ejercicio de su facultad de apreciación de las instituciones de la Unión Europea. El Tribunal concluyó que se había infringido el principio de proporcionalidad y anuló totalmente el acto impugnado.

111. Jean-Paul Jacqué y Joseph H. Weiler, «On the Road to European Union. A new Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference», en *Common Market Law Review*, vol. 27, Londres, CMLR, 1990, p. 204-205.

112. A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 177.

113. Un poder discrecional es, esencialmente, un poder político, lo que significa que el legislador goza de un amplio margen de apreciación, no solo en la elección de los instrumentos a utilizar, sino también en la consideración de los hechos o circunstancias que deben tenerse en cuenta.

Luego, partiendo de que el primer párrafo del art. 5 del TCE ha sido respetado y, por tanto, la Comunidad ha actuado dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado y de los objetivos que este le asigna, la segunda función del juez comunitario consiste en averiguar si el acto en cuestión cae dentro del campo de las competencias exclusivas de la Comunidad o no. En caso de respuesta positiva, la controversia estaría resuelta pues las competencias exclusivas escapan a la aplicación del principio de subsidiariedad. Si la respuesta es negativa, la tarea del juez radica en analizar, por una parte, si los objetivos de la acción pueden ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros y, por otra, si estos podrían lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, en el ámbito comunitario.

Por último, el Tribunal examinará las modalidades y la intensidad de la acción. Este examen no le plantea ningún problema nuevo ya que el Tribunal cuenta con una amplia jurisprudencia basada en el respeto del principio de proporcionalidad.

### ***Tipo de revisión que desarrollará el Tribunal Justicia***

Debido a la complejidad que presenta en sí mismo el control de las decisiones políticas, la mayoría de las posiciones doctrinales se inclinan por asegurar que el Tribunal de Justicia debe llevar adelante, por una parte, una revisión limitada de la legalidad comunitaria y, por otra, una revisión del procedimiento a través del cual la decisión en cuestión ha sido adoptada.

Al desarrollar un control limitado de la legalidad comunitaria, el Tribunal atendiendo a razones de prudencia política, solo anulará una norma comunitaria por no respetar este principio cuando quepa una aplicación objetiva de sus requisitos y dé como resultado una falta de competencia comunitaria manifiesta. Es decir, solo revisaría la conformidad de los actos comunitarios con las disposiciones del Tratado y otros principios de Derecho Comunitario, lo que significa que únicamente la legalidad objetiva debe ser probada.

Chicharro señala que la revisión marginal de aplicación del principio de subsidiariedad ha sido adoptada por el Tribunal cuando se le presenta el caso de examinar si el Consejo y/o la Comisión han sobrepasado los límites de la discrecionalidad que les otorgaba el Tratado, indica que así lo ha manifestado el propio Tribunal: «controlando la legalidad del ejercicio de tal libertad, el juez no ha de sustituir la apreciación en la materia de la institución competente por la suya propia, sino que debe limitarse a examinar si aquélla adolece de error manifiesto de apreciación o constituye un abuso de poder».<sup>114</sup>

114. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 18 de marzo de 1975, *Deuka vs. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Asunto 78/74, Rec. 1975, p. 421, punto 9.

Al respecto, durante la Conferencia Intergubernamental encargada de la revisión de los tratados en su Comunicación de diciembre de 1990, el propio Tribunal de Justicia indicó que en relación con la vulneración del principio de subsidiariedad, tan solo censuraría el error manifiesto de apreciación. Se pronunciará, como lo hace siempre que se le exige un control restringido de la legalidad interna, sobre el respeto del interés general y sobre la exactitud material y jurídica de los motivos invocados.

De todo lo anterior se puede concluir que de acuerdo con el principio de jurisdicción limitada, todo lo que se espera del Tribunal es que examine si para adoptar la decisión la Comunidad ha cometido un error manifiesto o ha abusado de sus poderes. Con la intención de ilustrar este razonamiento propongo que el lector revise las sentencias correspondientes a los casos: a) *Chafiq Ayadi contra Consejo* de 12 de julio de 2006, apartado 105 y s.,<sup>115</sup> y b) *British American Tobacco y otros contra Consejo y Parlamento Europeo* de 10 de diciembre de 2002, apartado 173 y s.<sup>116</sup> Wechsler sostiene que este tipo de control es ejercido por los tribunales supremos de los estados con una estructura federal, que refrendan la progresiva expansión de las competencias de la federación, dejando que sea el propio proceso político el que se encargue de corregir esa tendencia expansiva del poder central.<sup>117</sup>

Personalmente no comparto esta última posición pues considero que si al interior de la Comunidad tan solo se lleva adelante un control de carácter político del cumplimiento del principio de subsidiariedad, las cosas quedarían como antes de la consagración del principio de subsidiariedad, es decir se tendría un escenario donde no existirían límites competenciales claros. Pienso que si se evita el control *a posteriori* o jurisdiccional, el principio de subsidiariedad perdería su efectividad, pues podría no ser respetado y no existiría ningún medio que permita dejar sin efecto las vulneraciones que genera la intervención comunitaria injustificada. Creo que es preciso que el Tribunal de Justicia interprete los actos legislativos a la luz del principio de subsidiariedad para establecer límites jurídicos a la acción comunitaria, de lo contrario podría verse privado de su legitimidad por opiniones como la que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en

115. Contenido de la sentencia, en <[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=es&num=79939287T19020253&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET#Footnote\\*](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=es&num=79939287T19020253&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET#Footnote*)>.

116. Texto de la sentencia, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=es&num=79978789C19010491&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET#Footnote1>>.

117. Parece una opinión extendida en los sistemas con un reparto de poderes entre los distintos niveles de gobierno, que la defensa efectiva contra la centralización tiene que buscarse en el propio proceso político, antes que en la revisión judicial. H. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Section and Composition of the National Government*, Columbia, Column L. Review, 1954, p. 543.

su sentencia de 12 de octubre de 1993.<sup>118</sup> Dicho tribunal amenazó con reclamar para sí la competencia para verificar si los actos comunitarios respetan los principios de atribución de competencias y el principio de subsidiariedad, en caso de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad no realice una interpretación adecuada en el ámbito de las competencias compartidas.

En cuanto a la revisión procedimental, lo primero a tener en cuenta es que cuando el Tribunal de la Comunidad realice este control tendrá en todo momento presentes los razonamientos que la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y, en su caso, los parlamentos nacionales, hayan esgrimido a favor o en contra de la intervención comunitaria, por lo que no se trata de una revisión «nueva» de la conformidad de la medida con el principio de subsidiariedad.<sup>119</sup>

La Comisión en un esfuerzo especial para explicar de qué manera los actos legislativos propuestos cumplen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, introdujo un memorando estándar para redactar la exposición de motivos que acompaña a cada propuesta legislativa. Mediante este sistema la Comisión dio lugar a una justificación más detallada y sistemática de la necesidad de la acción comunitaria, lo que en definitiva le permite, por un lado, informar al resto de las instituciones comunitarias y al ciudadano, y por el otro, demostrar que ejerce su derecho de iniciativa de manera responsable. En mi opinión una de las características más importantes de este sistema radica en que el Tribunal de Justicia a tiempo de verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad podrá analizar la justificación que la Comisión haya efectuado a favor de la intervención comunitaria y en consecuencia juzgará si se cumplió o no con el principio de subsidiariedad.

La traducción al español del *formato estándar del memorando explicativo* puede ser consultada en el anexo del presente trabajo.

118. En ese fallo, el Tribunal Constitucional alemán destaca que en la Comunidad rige el principio de atribución de competencias en el marco del principio de subsidiariedad y previene contra interpretaciones de la norma de competencia que no se atengan a dicho principio. Así, se llama la atención frente a un recurso excesivo al art. 308 –del que se afirma que se ha hecho una aplicación generosa–, a la teoría de los poderes implícitos y al principio del efecto útil, para proseguir con la dinámica de ampliación de competencias que la Comunidad ha venido practicando hasta ese momento. A este respecto, este Tribunal advierte que los actos emanados de las instituciones comunitarias que no estén debidamente cubiertos por los tratados, no serán vinculantes en Alemania. J. M. de Areilza Carvajal, *El principio de subsidiariedad en la construcción europea*, Madrid, REDC, 1995, p. 237.

119. Vimos en el cap. anterior que el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece que para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor a nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos.

### ***Recursos posibles ante el Tribunal de Justicia***

Teniendo en cuenta que el control jurisdiccional es un medio dirigido contra actos adoptados por las instituciones políticas de la Comunidad, el principio de subsidiariedad se revisará en el marco de los siguientes recursos:

#### ***a) Recurso de anulación***

Fundado en la violación del art. 5 TCE por parte de una decisión comunitaria *sensu lato* puede interponerse el recurso de anulación previsto en el art. 230 del TCE,<sup>120</sup> tanto por los demandantes privilegiados (Estados miembros e instituciones) como por los demandantes ordinarios (personas físicas o jurídicas). Podrán recurrir todas las decisiones que se les dirijan, así como todas aquellas que sin dirigirse a ellos les afecta directa e individualmente y que consideren que vulneran el principio de subsidiariedad. Los principales motivos de anulación que pueden ser invocados giran en torno a los vicios sustanciales de forma, la violación a lo dispuesto en el Tratado y la desviación de poder.

#### ***b) Excepción de ilegalidad***

La excepción de ilegalidad contenida en el art. 241 del TCE<sup>121</sup> procede para el caso en el que el plazo de interposición del recurso de anulación haya expirado. Esta nueva alternativa no difiere excesivamente del recurso de anulación, salvo en que solo es operativa con respecto a los reglamentos. Abierta a todas las partes, es posible su formulación incluso si ha expirado el plazo de dos meses previsto en el último párrafo del art. 230 TCE.

120. Art. 230 del TCE: «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o directrices, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión».

121. Art. 241 del TCE: «Aunque haya expirado el plazo previsto en párrafo quinto del art. 230, cualquiera de las partes en litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y por el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el párrafo segundo del art. 230».

### c) Cuestión prejudicial

Una tercera posibilidad es la llamada cuestión prejudicial de apreciación de validez del art. 234 TCE<sup>122</sup>, por medio de la cual un juez nacional se dirigirá al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la validez, a la luz del principio de subsidiariedad, de un acto que él debe aplicar en el curso de un proceso pendiente ante su juzgado.

Si bien es cierto que la Corte comunitaria no entrará a juzgar si la medida concreta es contraria a lo dispuesto en el Tratado, el juez comunitario tiene la posibilidad de ofrecer una interpretación en abstracto de los objetivos y efectos de la norma en cuestión (en este caso el art. 5 TCE). Con ello, el juez nacional es capaz de decidir por sí mismo sobre la compatibilidad o incompatibilidad del acto con el principio de subsidiariedad, es decir quien decida será este último.

Sin duda puede ser uno de los recursos más utilizados en relación con la aplicación del principio, pues cualquier Tribunal nacional al que se le plantee la duda de la concordancia de cierta medida con los dictados del art. 5 TCE, bien espontáneamente, bien porque ha sido alegado por las partes del litigio principal, puede dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie al respecto.

### d) Recurso por omisión

Con carácter previo al análisis de este recurso considero importante resaltar que la opinión doctrinal se inclina por señalar que esta vía procesal no es un instrumento idóneo para controlar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, Alicia Chicharro luego de analizar el alcance del recurso deja ver que esta puede ser una cuarta alternativa.

La demanda por inactividad del art. 232 TCE<sup>123</sup> procede para el caso en el que una institución se abstenga de pronunciarse violando las disposiciones del Tratado y habiendo invocado como motivo el segundo párrafo del art. 5 del TCE. Es decir, una cuestión que aquí se plantea es la de saber si realmente exis-

122. Art. 234 del TCE: «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: [...] b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad [...]. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si se estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

123. Art. 232 del TCE: «En el caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación».

te una obligación de actuar por parte de la Comunidad en caso de que los criterios previstos en el art. 5 TCE se cumplan. En términos prácticos, parece que el recurso podrá plantearse por un Estado miembro si el Consejo, teniendo en cuenta el principio, decide no adoptar una medida propuesta por la Comisión. Sin embargo, parece poco probable que sea este el único motivo en el que se funde el recurso pues la citada disposición solo se entiende en virtud de los objetivos previstos en el Tratado, que vinculan a las instituciones a la hora de llevar a cabo acciones tendentes a su consecución. Por tanto, sabiendo que el principio de subsidiariedad no posee una existencia autónoma como motivo de la demanda por inactividad, deberá ser invocado siempre en apoyo de otra disposición del Tratado que imponga la obligación de pronunciarse o bien a las instituciones comunitarias, o bien a los Estados miembros.

Al respecto el profesor Toht, que aparece citado por Ana Carretero, sostiene que la Comunidad no es la única posible demandada por infracción del art. 5 TCE, también los Estados miembros pueden ser acusados de violación del principio de subsidiariedad. Así, cuando una determinada materia cae dentro de la esfera de la acción de los Estados, estos están obligados a tomar las medidas necesarias para lograr el objetivo pretendido.<sup>124</sup> Si la obligación se incumple, tanto la Comisión como el resto de los Estados miembros pueden, conforme a los art. 226 y 227 TCE respectivamente, recurrir ante el Tribunal de Justicia con el fin de que cese el incumplimiento y, por tanto, la violación del principio.<sup>125</sup>

En mi opinión el fundamento de este razonamiento se deduce del art. 10 del TCE que contiene el principio de leal cooperación de los Estados miembros y las instituciones comunitarias para asegurar el cumplimiento de los fines de la Comunidad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al señalar que los Estados miembros y las instituciones comunitarias están vinculadas al principio de leal colaboración. Dicho principio obliga positivamente a los Estados miembros a adoptar todo tipo de medidas que garanticen la eficacia del derecho comunitario, incluso mediante normas de naturaleza penal. Debe entenderse que la obligación de cooperación se extiende a las instituciones comunitarias en sus relaciones con los Estados

124. En el capítulo anterior vimos si es que corresponde a los Estados actuar, porque conforme al principio de subsidiariedad la Comunidad no debe intervenir, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad exige que las intervenciones de los Estados apliquen todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado.

125. AG. Toth, *Is Subsidiarity Justiciable?*, p. 268, citado por A. Chicharro Lázaro, *op. cit.*, p. 193.

miembros.<sup>126</sup> En una posición opuesta, los profesores Jacqué y Weiler, proponen que la subsidiariedad sea justiciable solo en sentido negativo, es decir, el Tribunal estará llamado a anular una decisión que viole el principio, pero no podrá forzar a la Comunidad o a los Estados a tomar medidas.

El desarrollo del presente capítulo ha permitido verificar de qué manera procede la Comunidad Europea cuando, por razones de necesidad y valor agregado, decide intervenir de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y de qué manera estos principios despliegan sus funciones. Con los elementos teóricos expuestos en el primer capítulo y este modelo práctico de funcionamiento en la Comunidad Europea, contamos con los recursos indispensables para desarrollar en el próximo capítulo las bases de un esquema de subsidiariedad en la Comunidad Andina y examinar su aplicación y efectividad.

126. Ver sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de diciembre de 1997, asunto C-265/95, caso Comisión contra República francesa y de 8 de julio de 1999, asunto C-186/98, caso Armélia Nunes, Evangelina de Matos.



## CAPÍTULO III

# Proyección del principio de subsidiariedad hacia la Comunidad Andina

### GÉNESIS DE LA COMUNIDAD ANDINA

La idea de la integración andina no es nueva ni surge con el Acuerdo de Cartagena. En efecto, el germen de la integración andina puede encontrarse en un momento tan remoto como la primera mitad del siglo XIX, casi conjuntamente con la caída del imperio español en América y el surgimiento de las repúblicas independientes. Razones como las rivalidades internas en los nuevos estados, que debilitaban su incipiente aparato estatal y hacían peligrar su continuidad, su poca población y atraso relativo; así como las aspiraciones de dominio de otras potencias sobre la región llevaron a Simón Bolívar a convocar, en 1824, al Congreso Anfictiónico de Panamá. Partiendo de la comunidad cultural existente entre estos países, esta reunión tenía el objetivo de proponer una unión de estados que debía servir para conjurar las amenazas a su reciente independencia y promover buenas relaciones y cooperación entre ellos, fines que se plasmaron en un tratado de confederación, liga y unión perpetua, firmado en 1886 pero nunca ratificado.<sup>127</sup> Ante la gran dificultad que implicaba llevar una alianza de esa magnitud, Bolívar decide reducir el ámbito geográfico de su proyecto y concibe, entonces, la idea de una Federación de los Andes, que incluyera la Gran Colombia, Perú, y Bolivia, con los mismos objetivos que la Confederación antes mencionada. Sin embargo, aunque ambos intentos fracasaron y no hubo posteriores desarrollos serios hasta el siguiente siglo, estos permitieron reforzar la idea de la unión en el imaginario colectivo de los pueblos andinos y latinoamericanos.<sup>128</sup>

127. Sistema Económico Latinoamericano (SELA), *Guía de integración de América Latina y el Caribe*, mayo 2001, en <<http://www.lanic.utexas.edu/-sela/AA2K1/ESP/docs/Integra/SPDi5-/spdi5-01-2.htm>>.

128. José Antonio García Belaúnde, «El sueño de Bolívar: de la Federación de los Andes a la Comunidad Andina», exposición en el Coloquio *El sueño de Bolívar. El futuro de la representación y de la integración de los países andinos*, septiembre, Bierritz, 2000, en <[www.comunidadandina.org/documentos/doc/docIA/IA27-9-00.htm](http://www.comunidadandina.org/documentos/doc/docIA/IA27-9-00.htm)>.

Sobre la base de la idea anterior Walter Kaune sostiene que la Comunidad Andina tiene su génesis espiritual en las visionarias ideas legadas por el Libertador Simón Bolívar, que se consolida con la Declaración de Bogotá de 1966, donde por iniciativa e invitación del presidente colombiano Carlos Lleras Restrepo, se reunieron los dignatarios de Chile y Venezuela y los representantes de Ecuador y Perú quienes suscribieron la misma y se materializa el 26 de mayo de 1969, cuando los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile, constituyeron la integración subregional andina con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, con el objetivo de crear un mercado común de ámbito regional y con el fin de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y sobre todo de procurar un mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la Subregión. En febrero de 1973 se adhiere la República de Venezuela y en octubre de 1976 se retira la República de Chile.

La Comunidad Andina es una organización subregional de carácter supranacional en el ámbito sudamericano, conocida con el nombre de Grupo Andino hasta abril de 1996, fecha en que cambió su denominación por el de Comunidad Andina. La finalidad de la Comunidad Andina, además de facilitar el desarrollo de los Estados miembros a través de la cooperación económica y social, es procurar la integración de los mismos, teniendo presente que la cooperación es más propia entre países u organismos internacionales entre los que no se hace sesión de competencias, mientras que la integración genera una organización supranacional, en donde aparece nítidamente una nueva entidad con personalidad jurídica propia y con los órganos que ejercen la soberanía compartida en virtud de las competencias que le han sido transferidas.

Este organismo supranacional tuvo varias denominaciones: Pacto Andino, Grupo Andino, Comunidad Andina de Naciones y actualmente Comunidad Andina.<sup>129</sup>

Los objetivos y fines de la Comunidad Andina se encuentran establecidos en el preámbulo y en su texto de creación, específicamente en el art. primero del Acuerdo de Cartagena,<sup>130</sup> que en líneas generales se resume en cumplir con el mandato histórico, económico, político, social y cultural de sus países

129. Walter Kaune Arteaga, «La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario», en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, p. 49.

130. Art. 1: «Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente

miembros, que propenda fortalecer la unión de los pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina, para promover su desarrollo equilibrado y armónico en procura de mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión, facilitando la integración regional con la formación gradual de un mercado común latinoamericano proponiendo disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Estados miembros en el contexto internacional.

## LA COMUNIDAD ANDINA COMO ORGANIZACIÓN SUPRANACIONAL

Con la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se produce en el Grupo Andino una serie de cambios importantes que redefinirían la naturaleza de la propia organización.

Según Elizabeth Salmón Gárate, cabe destacarse la declaratoria de autonomía del Acuerdo de Cartagena y del propio Tratado del Tribunal de Justicia respecto al Tratado de Montevideo de 1960, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). El Protocolo de Quito de 1987 reitera esta separación al eliminar el requisito de compatibilidad con el Tratado de Montevideo y disponer, asimismo, la vigencia indefinida de este último. En igual sentido, deroga las disposiciones relativas a la aplicación supletoria de las resoluciones de la ALALC y a la no afectación de los derechos y obligaciones previstos en el Tratado de Montevideo.

Este deslinde es muy importante en la evolución del Grupo Andino porque le permite desarrollar, con mayor independencia, un proceso de integración propio, orientado hacia un nivel superior del perfeccionamiento.

Por el lado de su estructura jurídica, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina brinda a la organización los principales elementos de supranacionalidad, elementos tales como los principios de aplicación inmediata, de efecto directo, y de la primacía de las normas originarias y derivadas. En ese mismo sentido, el Tribunal de Justicia no solamente se configura como un órgano de solución de controversias sino como un órgano del control de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, del cumplimiento de sus normas y de la interpretación del derecho andino.

El Protocolo de Trujillo consolida esta nueva faceta de la organización al crear la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, que no solo modifica la estructura básica de la organización sino que le brinda un decidido

impulso al proceso mismo de integración. De acuerdo con el Protocolo de Trujillo, la Comunidad Andina no solamente está conformada por los Estados que por decisión soberana se han incorporado a ella, que en los términos del Acuerdo de Cartagena y de sus tratados adicionales se denominan países miembros, sino que también está conformada por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Finalmente, el Protocolo de Cochabamba perfecciona el ordenamiento jurídico comunitario brindándole a las resoluciones de la Secretaría General las prerrogativas de las decisiones e incorporando nuevas competencias para el Tribunal de Justicia.

En estos términos, la actual Comunidad Andina es una organización que tiende al modelo supranacional como se desprende de las características siguientes:

- a. *Primacía del interés común.* El ordenamiento jurídico andino coloca, por encima de los intereses individuales de los Estados, los intereses comunes favoreciendo el desarrollo conjunto como corresponde en un proceso de integración.
- b. *Transferencia de competencias soberanas.* El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores tiene facultad tanto para dictar normas vinculantes a los Estados miembros en materia de política exterior como para suscribir convenios bilaterales o multilaterales con terceros países y con organismos internacionales. Asimismo, la Comisión tiene facultades para dictar normas en materia de integración económica y para representar a los Estados miembros internacionalmente en materias de competencia de la Comunidad Andina. Tradicionalmente, estas atribuciones fueron ejercidas por los poderes legislativo y ejecutivo de cada Estado, por lo que se ha producido una transferencia de competencias en la materia.
- c. *Aplicabilidad inmediata de sus normas.* Conforme al art. 3 del Tratado del Tribunal de Justicia, las decisiones de la Comisión y del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los territorios de los Estados miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. El principio de aplicabilidad inmediata ha sido afirmado y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).
- d. *Efecto directo de las normas andinas.* El Tratado del Tribunal de Justicia también establece el efecto directo de las normas del ordenamiento andino. El principio se desprende del art. 3 y también de las disposiciones relativas a los recursos que los sujetos privados pueden

plantear ante las autoridades estatales, sean administrativas o judiciales, o ante el TJCA con el fin de proteger los derechos originarios en el ordenamiento jurídico andino.

- e. *Primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma interna del Estado miembro.* El art. 4 del Tratado del Tribunal de Justicia instaura el principio de primacía del ordenamiento jurídico andino al disponer la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y no admitir ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. El Tribunal de Justicia ha ratificado este principio, cuyo contenido se identifica con el principio de aplicación preferente del derecho andino. (Principio de leal cooperación).
- f. La presencia del Parlamento Andino, creado en 1979, como un órgano que representa a los nacionales de los Estados miembros. Esta característica como se verá más adelante todavía se encuentra en evolución.
- g. *La existencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.* Desde la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena el 19 de mayo de 1983, el proceso de integración andino cuenta con un órgano encargado de la tutela jurisdiccional de su ordenamiento jurídico originario y derivado. La entrada en vigencia del Protocolo de Cochabamba, el 25 de agosto de 1999, transforma el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y amplía sus competencias introduciendo el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

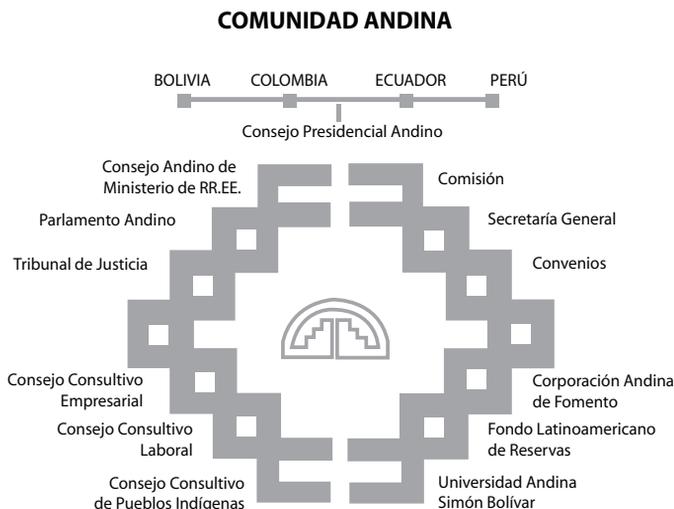
Como se puede apreciar la Comunidad Andina presenta en la actualidad rasgos evidentes de una organización supranacional. Se trata en cualquier caso de un modelo que busca perfeccionarse y consolidarse en la subregión.<sup>131</sup>

## SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN (SAI)

Los presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina, en septiembre de 1995, decidieron desarrollar un proceso encaminado a lograr una reforma necesaria en el esquema institucional, que se vio plasmada cuan-

131. Elizabeth Salmón Gárate, «Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas», en Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 33-34.

do entró en vigor el Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena el 3 de junio de 1997. Desde entonces, la Comunidad Andina cuenta con un sistema institucional denominado *Sistema Andino de Integración (SAI)*, que dotado de los mecanismos necesarios está llamado a dar impulso a todas las tareas necesarias para cumplir los objetivos determinados en el marco de los tratados fundacionales. El SAI conforme con el art. 6 de la Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino, Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), está conformado por los siguientes órganos e instituciones:



Los órganos e instituciones del SAI tienen autonomía funcional, se desenvuelven por fuera de los Estados miembros de la Comunidad. Cada uno está dedicado a tareas específicas y exclusivas atribuidas por medio de los tratados y protocolos que los crean; sin embargo en su accionar observan relaciones con todo el resto, lo que da como resultado un sistema de cohesión, que apunta a los objetivos y fines comunes de la integración. Según el art. 7 del Acuerdo de Cartagena (AC), el Sistema tiene como fin permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman para profundizar la integración regional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.

Cada órgano e institución del Sistema Andino de Integración se rige por el Acuerdo de Cartagena, su respectivo tratado constitutivo y sus protocolos modificatorios, así lo consagra el art. 8 del Acuerdo de Cartagena. Esta disposición no señala la posibilidad de que algún órgano del sistema pueda incluso regular aspectos de su funcionamiento interno, por ejemplo, el caso

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que además de su tratado de creación cuenta con un estatuto y un reglamento interno.

En opinión de César Montaña Galarza:

[d]e esa manera la Comunidad Andina cuenta con el instrumento jurídico idóneo para avanzar en la profundización del proceso integrador, contando para ello con la definición de una estructura ordenada y en permanente coordinación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en los tratados fundaciones por los Estados miembros, antes de esta profunda reforma en el Acuerdo de Cartagena los órganos e instituciones existentes trabajaban sin mayor coordinación y no sujetos a una estructura orgánico-funcional preparada para los retos que plantea la integración del tipo comunitario.<sup>132</sup>

### **Revisión de los órganos del Sistema Andino de Integración**

De cara a la propuesta que se pretende incluir en la presente investigación, en este subtítulo únicamente analizaré los órganos de la Comunidad Andina que de alguna manera quedarían vinculados con la regla del principio de subsidiariedad. Así, por la naturaleza de la conformación y las funciones otorgadas revisaré al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión, a la Secretaría General, al Tribunal de Justicia y al Parlamento Andino.

#### ***El Consejo Presidencial Andino***

Es el órgano de mayor jerarquía dentro del Sistema Andino, está integrado por los presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina.

El Consejo Presidencial Andino es el órgano encargado de definir las políticas de la integración comunitaria, y a través de sus *directrices* orienta e impulsa las acciones en asuntos de interés de la Subregión; evalúa el desarrollo y los resultados del proceso de integración; examina todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso y su relacionamiento externo; considera y emite pronunciamientos sobre los informes y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del SAI.

En opinión de Marcel Tangarife Torres cuando el Consejo Presidencial Andino cumple su función de definir políticas, mediante sus *directrices* señala el rumbo político, económico, comercial, social, cultural y jurídico de la Comunidad Andina. Estas *directrices* de conformidad con el art. 11 AC deben ser instrumentadas por los órganos e instituciones del SAI que el mismo

132. César Montaña Galarza, *Derecho de la integración. Derecho comunitario*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2007, p. 97.

Consejo Presidencial determine conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados o Instrumentos Constitutivos.<sup>133</sup>

### ***Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores***

«El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la CAN. Es el órgano de dirección política, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de integración subregional andino y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina».<sup>134</sup> Se expresa jurídicamente a través de «declaraciones» y «decisiones».<sup>135</sup>

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores tiene como funciones principales formular la política exterior de los Estados miembros en asuntos que sean de interés comunitario, pudiendo emitir decisiones sobre esta materia y suscribir convenios y acuerdos con terceros países o con organismos internacionales. Asimismo, es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las directrices impartidas por el Consejo Presidencial Andino hacia este o hacia los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

### ***Comisión de la Comunidad Andina***

Este órgano fue instituido desde la suscripción misma del Acuerdo de Cartagena y es uno de los órganos primigenios de la integración. La Comisión es un órgano de decisión de la Comunidad Andina encargado de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones, y de adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Entre sus funciones también se encuentran las de compartir la capacidad legislativa del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y representar a la Comunidad Andina en materias

133. Estas directrices, si bien no forman parte de la normatividad andina, y por lo tanto no establecen obligaciones jurídicas para las autoridades de los países miembros, ni para las autoridades andinas o los particulares, sí se convierten en verdaderas declaraciones políticas que orientan la actuación de los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, quienes tienen la obligación de «instrumentarlas», según sus competencias. Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Baker-McKenzie, 2002, p. 59.

134. Art. 1 Decisión 407, *Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*.

135. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresa mediante declaraciones y decisiones, las cuales son adoptadas por consenso. Las declaraciones son manifestaciones de contenido preponderantemente político, no forman parte del ordenamiento jurídico andino. Por su parte, las decisiones adoptadas por dicho Consejo sí forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, y por lo tanto, son fuente de derechos y obligaciones para los países miembros y para los particulares. M. Tangarife Torres, *op. cit.*, p. 80.

de su competencia; así como aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Este órgano fue creado con el fin de representar los intereses comunitarios, por lo que ostenta algunas características que pretenden desligarlo del concepto de representación estatal.

De acuerdo con el art. 24 del Acuerdo de Cartagena sus reuniones son en forma ordinaria, tres veces al año, y en forma extraordinaria cuando sea necesario. Se expresa a través de «decisiones».<sup>136</sup>

### ***Secretaría General de la Comunidad Andina***

La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado de administrar el proceso de integración, formular propuestas de decisión, resolver los asuntos sometidos a su consideración, velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y prestar apoyo técnico a los demás órganos del proceso de integración. Tiene como autoridad máxima al Secretario General.

Una de las ventajas de la Secretaría General es que funciona de manera permanente, hecho que le permite seguir de cerca los avances del proceso de integración. La Secretaría General conforme prevé el art. 29 AC se expresa mediante *resoluciones*. Asimismo está facultada para presentar *propuestas e iniciativas*.

### ***Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina***

Inicialmente el Acuerdo de Cartagena no contempló un Tribunal Comunitario, sin embargo a medida que el proceso de integración fue evolucionando hacia su institucionalización como organismo supranacional, surgió la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional, el mismo que fue constituido por el Tratado de Creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979, modificado por el Protocolo de Cochabamba el 28 de mayo de 1996 bajo el nombre actual de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuya normativa ha sido codificada por la Comisión mediante la Decisión 472 de 16 de septiembre de 1999.

Actualmente está integrado por cuatro magistrados designados por la Comisión de las ternas presentadas por cada uno de los países miembros.

136. La Comisión expresa su voluntad a través de decisiones, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico andino y gozan de las características de supranacionalidad, prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos. Art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Walter Kaune sostiene que si bien el Tribunal es parte del SAI, a la vez este es independiente de los órganos e instituciones que conforman el SAI y de los países miembros, en consecuencia se encuentra dentro del Orden Jurídico Comunitario constituyéndose en parte esencial y medular de un Poder Judicial de la Comunidad Andina de carácter supranacional.<sup>137</sup>

La naturaleza y los fines del Tribunal de la Comunidad Andina están establecidos en el Tratado de Creación y en su Estatuto,<sup>138</sup> siendo sus principales funciones: 1. Interpretar y declarar el Derecho Comunitario; 2. Garantizar la legalidad y la intangibilidad del mismo; 3. Ejercer el control jurisdiccional sobre los actos que realizan los órganos que conforman el SAI, y 4. Garantizar la observancia del ordenamiento jurídico y dirimir las controversias. Para estos efectos le han sido asignadas competencias específicas de conocer y decidir acciones y recursos, inherentes a su función jurisdiccional en los países miembros. Ejerce la función jurisdiccional a través de las Acciones de Nulidad, de Incumplimiento, de Interpretación Prejudicial, Recurso por Omisión o Inactividad, Jurisdicción Laboral y Función Arbitral. De este conjunto de competencias, únicamente analizaremos las que permitirían velar por el control del principio de subsidiariedad en la Comunidad Andina.

#### *a) Acción de nulidad*

La acción de nulidad es el medio por el cual el Tribunal de Justicia controla que las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios celebrados entre los países miembros en el marco del proceso de integración se adopten de conformidad con el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal. En caso de que una Decisión, Resolución o Convenio infrinja una norma comunitaria superior o un principio del Derecho Comunitario Andino, el Tribunal de Justicia puede declarar su nulidad y dejarla sin efecto.

De acuerdo a lo establecido por la propia jurisprudencia del Tribunal Andino, por medio de esta acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el art. 1

137. W. Kaune Arteaga, *op. cit.*, p. 73.

138. Art. 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: «El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los países miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino».

del Tratado de Creación que define la composición del ordenamiento jurídico comunitario. Asimismo, ha señalado: «que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico comunitario andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho».<sup>139</sup>

Si bien la acción de nulidad es subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuando se encuentra consagrada en interés general, a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, es decir, busca la vigencia del imperio de la jerarquía normativa, característica fundamental de todo ordenamiento jurídico.<sup>140</sup>

Con fundamento en lo establecido en el art. 17 del Tratado del Tribunal y 101 del Estatuto, y de lo recogido de la jurisprudencia del Tribunal, las causales serían la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder, el falso supuesto de hecho o de derecho y, la imposibilidad, ilicitud, o indeterminación del contenido del acto.<sup>141</sup>

Según lo dispuesto tanto en el Tratado como en el Estatuto del Tribunal pueden interponer una acción de nulidad el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los países miembros y las personas naturales y jurídicas cuyos derechos subjetivos o sus intereses legítimos hayan sido afectados. Conforme al art. 19 del Tratado de Creación del Tribunal, los particulares solo pueden ejercer la acción de nulidad «previa demostración de que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de demanda afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos». Según comenta Marcel Tangarife la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha variado respecto a la exigencia de la previa demostración de que el acto acusado afecta los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares. En una primera etapa exigía prueba de dicha afectación como requisito de admisibilidad; posteriormente admitió la posibilidad de prueba sumaria y las impugnaciones sobre la legitimación en la causa las definiría en la sentencia. Indica el citado

139. Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de procedimientos del Sistema Andino de Soluciones de Controversias*, Lima, Realidades, 2008, p. 22.

140. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia dictada en el proceso 23-AN-2002. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 991, de 2 de octubre de 2003.

141. «Estas causales de nulidad han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma; atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho; que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud, o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de este». Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 17 de noviembre de 2006, emitida en el Proceso 214-AN-05.

autor, que en un pronunciamiento reciente, el Tribunal admitió como interés legítimo para actuar la preservación del principio de legalidad, criterio que fue recogido en la sentencia 14-AN-2001 frente a una demanda instaurada por un abogado como persona natural.<sup>142</sup>

En el caso de los países miembros, existe una limitación expresa: Solamente pueden ejercer dicha acción cuando se trate de Decisiones o Convenios, en el evento que no hubieran sido aprobados con su voto afirmativo.<sup>143</sup> Sobre este último aspecto, ha dicho el Tribunal: «También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los países miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo».<sup>144</sup>

De conformidad con el art. 20 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y/o de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo. El art. 22 del Tratado ordena al Tribunal establecer un plazo para el cumplimiento de la sentencia. Asimismo, vuelve expresa la prohibición de reproducción del acto anulado, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada por el Tribunal. Acerca de los efectos de la sentencia de nulidad, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

En el caso del derecho comunitario, la nulidad tiene características peculiares puesto que el art. 22 del Tratado de Creación del Tribunal establece que cuando este declare la nulidad parcial o total de una Decisión o de una Resolución, deberá señalar los efectos de la sentencia en el tiempo, dejando a juicio de este organismo su determinación según el caso. Tal disposición de la

142. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 14-AN-2001: «Recogió en esta motivación el Tribunal uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino cual ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario».

143. Art. 18 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: «Los países miembros solo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieran sido aprobados con su voto afirmativo».

144. Sentencia 24-AN-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Tomada de la obra de M. Tangarife Torres, *op. cit.*, p. 243.

ley tiene sentido si se tiene en cuenta el distinto alcance que pueden tener los actos administrativos.<sup>145</sup>

### b) La interpretación prejudicial

En virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias en el territorio de los países miembros, los particulares pueden invocarlas ante sus jueces nacionales. Es por ello que surge la necesidad de contar con un mecanismo que garantice que la aplicación e interpretación del derecho andino por parte de los distintos jueces nacionales se realice de manera uniforme en los países miembros.<sup>146</sup>

Guillermo Chahín Lizcano sostiene que la interpretación por la vía prejudicial de la norma comunitaria es un instrumento que tiende a garantizar la uniformidad en la aplicación de este ordenamiento en todos los Estados miembros. El Tribunal Comunitario al admitir la consulta que formule el Tribunal o Juez nacional obligado a aplicar una disposición del ordenamiento comunitario andino a un caso concreto, debe pronunciarse mediante la expedición de una providencia en que se precise el contenido y alcance de la norma comunitaria, pertinente y adecuada para la resolución del caso en cuestión; colaborando de este modo, con el Juez nacional en la configuración de la sentencia que debe emitir en la causa sometida a su conocimiento. Continúa indicando que de lo establecido por el art. 33 del Tratado de creación del Tribunal se colige la existencia de dos tipos de consulta prejudicial, una de *carácter facultativo* y otra de *tipo obligatorio*. Esta última se da con respecto a las actuaciones de los jueces nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso en derecho interno, es decir, los jueces están obligados a formular la consulta prejudicial a los efectos de que el Tribunal Comunitario realice la interpretación de la norma andina correspondiente. En este caso el proceso interno se suspende hasta tanto el Tribunal Andino emita su pronunciamiento quedando el consultante impedido para proferir la sentencia sin contar con la interpretación requerida. En la consulta facultativa, que es la que plantea voluntariamente el juez nacional cuyas decisiones son revisables por vía de recursos de instancia, aunque igualmente se suspende el proceso mientras se surte el trámite de la consulta prejudicial, no es presupuesto indispensable para la emisión de la sentencia que el pronunciamiento del Tribunal Andino se haya producido.<sup>147</sup>

145. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-AN-97, tomada de M. Tangarife Torres, *op. cit.*, p. 250.

146. Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de procedimientos...*, p. 25.

147. Guillermo Chahín Lizcano, «Fundamentos constitucionales del Derecho Comunitario Andino», en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, p. 121.

De acuerdo a lo establecido por el art. 35 del Tratado de Creación, la sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio, y el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal; lo que significa que la sentencia que contiene la interpretación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el envío. En la materia objeto de interpretación, la interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional.<sup>148</sup> Además el Tribunal ha manifestado que la sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquier de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión.

El Tribunal de Justicia conforme al art. 35 de su Tratado de Creación queda limitado, dentro de la interpretación que debe realizar, a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. En consecuencia, el Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. A pesar de ello, podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Los países miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, no la incorpore en su sentencia.

### *c) Recurso por omisión o inactividad*

El recurso por omisión o inactividad es aquel que permite a los países miembros, particulares y órganos del Sistema Andino de Integración hacer un control de aquellos otros órganos que estando obligados a ejercer alguna actividad con fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario, cumplan con sus obligaciones.<sup>149</sup>

El Tribunal de Justicia manifestó que este recurso:

[b]usca hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se

148. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia dictada en el proceso 157-IP-04, de 3 de febrero de 2005, marca: EBEL.

149. Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos...*, p. 29.

encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieran obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento. En consecuencia, el recurso por omisión está previsto para los casos en los que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir una disposición de derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa comunitaria al abstenerse de actuar.<sup>150</sup>

### ***Parlamento Andino***

El Parlamento Andino es un órgano deliberante del proceso de integración subregional andino que representa a los ciudadanos de los Estados miembros de esta organización internacional. Los objetivos del Parlamento Andino son, fundamentalmente, colaborar en el proceso de integración de la Comunidad Andina; velar por el pleno imperio de la libertad, la justicia social, la democracia, el principio de libre determinación de los pueblos y el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes; y promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina mediante el fomento del desarrollo de una conciencia comunitaria andina y latinoamericana.

El Parlamento Andino tiene una participación muy limitada en la producción normativa comunitaria. En esta medida puede plantear sugerencias y proyectos de normas sobre temas de interés común, así como recomendar la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. En todos los casos, la actividad del Parlamento Andino se ubica en el ámbito de la *recomendación* y la *sugerencia*, que son actos de carácter no vinculante.

El Parlamento Andino está constituido por cinco representantes titulares por cada Estado miembro de la Comunidad Andina. Lo cual da un total de veinte parlamentarios.

El Protocolo Adicional al Tratado Consultivo del Parlamento Andino (Tratado de Trujillo, 1996) dispuso la elección de sus representantes por sufragio universal y directo, dentro de un plazo de cinco años.

Los representantes del Parlamento Andino son elegidos en cada Estado Miembro en la misma fecha en que se efectúan elecciones legislativas u otras generales, pudiendo ser comicios especiales de conformidad con su propia legislación. Actualmente, el Parlamento Andino está desarrollando el proceso de elecciones directas de sus representantes, el cual ya fue adelantado en Ecuador (2002) y Perú (2004). Colombia votó por sus representantes en marzo

150. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, providencia del Proceso 76-RO-03 de 22 de octubre de 2003.

de 2010; y Bolivia lo hará en un futuro próximo pues su nueva Constitución así lo consagra.

El Parlamento, en las integraciones, debe cumplir su función como representante de la voluntad popular, que es en esencia la fuente de donde proviene su legitimidad; de allí la importancia de elegir a sus representantes mediante sufragio universal.

## LAS COMPETENCIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina se fundamenta en la transferencia y atribución voluntaria de competencias efectuada por parte de sus países miembros con la finalidad de lograr la realización de los objetivos previstos en su tratado constitutivo. Significa que la Comunidad Andina (CAN) al igual que la Unión Europea (UE) y otras organizaciones de integración tienen como punto de partida al principio de atribución de competencias, al que hice referencia en el capítulo anterior. Conviene destacar que dentro del «sistema de atribución» adoptado por la Comunidad Andina se distinguen dos grupos de cuestiones. El primero es que las competencias atribuidas a la CAN pueden clasificarse en competencias *atribuidas en sentido estricto*, y competencias *transferidas*. Las primeras son competencias *ex novo*, que no existían anteriormente y que son consecuencia del carácter supranacional que tiene la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, o la capacidad de organización interna que poseen las instituciones comunitarias. Por el contrario, las competencias «transferidas» son aquellas que originariamente pertenecen a los países miembros y estos se desprenden de ellas, a favor de la Comunidad. La Comunidad se construye así, en buena parte, a base de sucesivas cesiones de soberanía, de sucesivas transferencias de competencias o poderes propios de los países miembros.

Al respecto, Fernando Uribe Restrepo sostiene que

[l]os organismos comunitarios de la CAN no tienen fuerza jurídica constituyente o creadora y solo son fuente secundaria o derivada del derecho de la integración instituido gracias a los tratados fundamentales. Su poder es un «poder normado» o sea que está sujeto a las reglas precisas y a límites que no pueden exceder. Es un poder que está básicamente al servicio de los objetivos y valores que constituyen la razón de ser de los tratados de integración, compartidos por definición por todos y cada uno de los Estados partícipes.

En esta misma línea César Montaña Galarza opina que las atribuciones de competencias desde los Estados hacia los órganos comunitarios son derivadas, constituidas, sometidas a la Norma Fundamental de cada Estado. Además

la atribución de competencias no es incontrolada sino que en todos los casos –como es lógico–, se somete a las normas que están en las constituciones. Adicionalmente quien tiene la competencia material tendrá automáticamente la capacidad para regularla.<sup>151</sup>

En opinión de Fernando Diez Moreno la organización de integración solo podrá ejercer las competencias que le estén expresamente atribuidas por el Tratado, es decir para que la Comunidad pueda actuar sobre una determinada materia, deberá citar el precepto o preceptos que le habilitan para dicha actuación.

La Comunidad Andina conforme al art. 48 del Acuerdo de Cartagena (AC) es una organización subregional con personalidad jurídica internacional.<sup>152</sup> Sin embargo, en opinión de José Manuel Sobrino Heredia a diferencia de los Estados, esta personalidad no es universal sino que es funcional, esto es, se ve limitada a la consecución de los objetivos fijados en el art. 1 del AC. Precisamente, para alcanzar dichos objetivos los Estados miembros atribuyen el ejercicio de competencias soberanas, de lo que se deduce que esta cesión del ejercicio de competencias soberanas se realiza en determinadas materias de interés común decididas libremente por los Estados miembros. A partir de esta concepción, estos procesos de integración, sin desplazar al Estado nación, cuestionan radicalmente el tradicional dogma de la soberanía absoluta del Estado, dando lugar, a una nueva idea de soberanía, la de una soberanía relativa y divisible.

La soberanía se la concibe como un conjunto de competencias o atributos que, en cuanto a su titularidad, en forma exclusiva radican en el pueblo, mientras que, en cuanto a su ejercicio, pueden o no estar a cargo de órganos estatales. Sobre la base de esta idea, en mi opinión es necesario destacar que no existe ningún tipo de cuestionamiento en cuanto a la titularidad de la soberanía estatal, puesto que esta radica de manera inalterable en el pueblo y el Derecho Comunitario no la disputa. El aparente problema se presenta en el ejercicio de la soberanía estatal, es decir, que no siempre el ejercicio de la soberanía estará a cargo de los órganos estatales.

Sabemos que los procesos de integración que se producen en diferentes partes del mundo están cuestionando los conceptos tradicionales de soberanía, nación y otros, que han sido esenciales en los últimos tiempos. Dichos proce-

151. C. Montaña Galarza, *Manual de...*, p. 348.

152. Se trata de una personalidad jurídica distinta e independiente de la personalidad de los Estados miembros, lo que le permite tener sus propios órganos e instituciones, su patrimonio, su presupuesto, etc. Esta personalidad jurídica se refiere sobre todo a la personalidad internacional, de manera que dentro de los límites establecidos en los Tratados, la Comunidad podrá negociar y en su caso firmar Acuerdos, Convenios o Tratados Internacionales. En virtud a su personalidad jurídica la Comunidad Andina disfruta en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión.

sos de integración han dado lugar al concepto de supranacionalidad, que como anota César Montaña, se expresa de dos maneras:

Como la transferencia de soberanía con la consecuente delegación de competencias desde los Estados que se integran hacia el aparato comunitario y; mediante la conformación de órganos e instituciones comunitarias autónomas, con la finalidad de que estas tomen decisiones –legislen en materias puntuales– y/o expidan fallos cuyos destinatarios serán los países miembros.<sup>153</sup>

Bajo el escenario planteado, pienso que la soberanía estatal permanece intacta, pues la soberanía es algo absoluto e inseparablemente unido a la estatalidad, de manera que en virtud a la soberanía inviolable, el Estado conserva, a pesar de todas las transferencias de derechos de soberanía, un poder público ilimitado, no pierde el control sobre todo poder público que influye en su territorio. Por ello, en la atribución de soberanía al proceso de integración, no se trata de una limitación a los derechos que de ella derivan en sentido real. El que se produzca lo contrario resulta inimaginable ya que eso implicaría perder la garantía que otorga el concepto de soberanía que sirve de base para la autodeterminación de los pueblos. Al respecto, César Montaña opina que «en un esquema comunitario no hay pérdida de soberanía sino una nueva manera de ejercerla, amén de que debido a los intereses creados en su ejercicio tiendan a aparecer dispositivos y procedimientos imperfectos que podrían menoscabar sobre todo el principio democrático».<sup>154</sup>

En virtud de su soberanía inviolable, el Estado conserva además la capacidad jurídica ilimitada para actuar en el plano internacional en diversas materias. Por otra parte, conserva también su capacidad jurídica ilimitada de autoorganización, lo que significa que el poder constituyente es ilimitado, incluso en un Estado integrado y, en ello coincido plenamente con Pablo Pérez Tremps que hace notar que

[e]l poder de integración es un poder constituido, por lo tanto, infraconstitucional, es debido a ello que la Constitución sí puede fijar límites a la integración en la idea de soberanía como caracterización última de la existencia del Estado y, cuidando los principios básicos de la estructura constitucional: libertad, democracia, derechos fundamentales de las personas y estructura territorial del Estado.<sup>155</sup>

153. César Montaña Galarza, «Constitución del Ecuador e integración andina», en *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 16.

154. C. Montaña Galarza, *Manual de...*, p. 344.

155. Citado por C. Montaña, «Constitución del...».

Alineado a este criterio, Fernando Uribe sostiene que:

[l]a Comunidad no es soberana, puesto que no es capaz por sí sola de garantizar su continuidad o permanencia, la que depende exclusivamente de la voluntad de los Estados miembros, dentro de los límites del derecho internacional. La supranacionalidad en consecuencia, no supone un poder constituyente autónomo. Supone tan solo la delegación de ciertas y determinadas competencias. Por ello se afirma que la supranacionalidad deja intacto el hecho de la soberanía estatal.<sup>156</sup>

Concluyo mi posición destacando que la integración en bloques regionales no involucra una desaparición de la soberanía estatal sino un desplazamiento o movilidad de la misma, en la medida de que cada Estado participante ha limitado voluntariamente los alcances de su poder, a cambio de las ventajas que el orden comunitario le puede procurar, en consecuencia reafirmando el concepto de soberanía.

Es, justamente, el ejercicio divisible de la soberanía, lo que lleva y posibilita que unos Estados se asocien con otros y que creen instituciones comunes para alcanzar unos intereses colectivos. Esta noción de soberanía, al facilitar la cesión del ejercicio de competencias, plantea, en cada caso concreto, la necesidad de determinar, quién, Estado o Comunidad Andina, detenta dicho ejercicio sin que se excluyan, según los casos, ni las acciones conjuntas, ni la realización por el Estado de actividades subordinadas. Este procedimiento, trae como corolario que las instituciones comunitarias no van a disfrutar siempre del mismo tipo de competencias y que variarán según las acciones a desarrollar, de manera que en algunos ámbitos gozarán de competencias exclusivas, en otros estas competencias las compartirán con los Estados miembros y, en otros, no tendrán ningún tipo de competencias porque estas quedarán bajo la potestad de los Estados.

En esta parte encontramos el segundo grupo de cuestiones, se trata de encontrar la distinción, dentro de las competencias transferidas entre competencias «exclusivas» y competencias «compartidas». Los tratados constitutivos de la Comunidad Andina –como había adelantado– no contienen títulos o capítulos consagrados al problema de la atribución de competencias. En efecto, esta atribución se la realiza en forma de acciones a realizar, funciones a cumplir, por lo que habrá que descender a las disposiciones concretas de estos Tratados para saber, cuáles son los poderes impartidos, qué institución es la beneficiaria, y en qué formas y condiciones se ejercitará dichas competencias. Parte de la presente propuesta consiste, precisamente, en analizar el Acuerdo

156. Fernando Uribe Restrepo, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito, Artes Gráficas Señal, 1990, p. 53.

de Cartagena y determinar los distintos tipos de competencias que caben dentro de la Comunidad Andina. Luego de una revisión detenida de los mecanismos previstos en el art. 3 del AC para alcanzar los objetivos de la Comunidad, pude determinar que al interior de la Comunidad Andina se presentan competencias exclusivas de la Comunidad, competencias compartidas, competencias complementarias y como veremos existen también algunas normas que permiten dar lugar a las competencias implícitas.

Hacer un análisis de todas las competencias que detenta la CAN, por la amplitud del tema, probablemente demandaría otro trabajo de investigación cuyo objeto consistiría precisamente en analizar todas y cada una de esas competencias. Sin embargo, en lo que concierne a la presente investigación considero que es conveniente indagar sobre algunas de las competencias de la CAN por dos razones puntuales: la primera porque dará cuenta de lo que aseguraré líneas arriba respecto a que al interior de la CAN existen distintos tipos de competencia, para ello trabajaré con algunos ejemplos; y la segunda porque a partir de este análisis se comprenderá mejor la propuesta de la investigación.

## **Competencias exclusivas de la Comunidad Andina**

### ***Competencia exclusiva de la CAN para definir la política exterior común andina***

La formulación de la política exterior común andina es competencia exclusiva de la Comunidad Andina. Esta competencia, específicamente, es responsabilidad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,<sup>157</sup> instancia que a su vez está facultada para su ejecución.<sup>158</sup> En la formulación de la política exterior común, el Consejo deberá tener en cuenta las directivas emanadas por el Consejo Presidencial Andino, que como vimos es el órgano máximo del Sistema Andino de Integración.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, por su parte, tiene como responsabilidad prestar el apoyo técnico requerido por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, en coordinación con la Secretaría Pro-Témpace, y eso le confiere la responsabilidad de asegurar la elaboración de los documentos base, estudios o propuestas a ser sometidos a consideración de las autoridades nacionales de los países miembros.

157. Literal a) del art. 16 del Acuerdo de Cartagena y Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

158. Decisión 407 de 25 de junio de 1997, publicada en la Gaceta Oficial 273 de 4 de julio de 1997.

Jorge Valdez Carrillo<sup>159</sup> describe clara y precisamente el significado y alcance de la política exterior de la CAN, de manera que sobre la base de su estudio indagaremos sobre esta competencia.

Este autor sostiene que el gran marco jurídico que sustenta la política exterior es el Acuerdo de Cartagena, sin embargo al ser este demasiado amplio fue necesario establecer ciertas pautas para caracterizar dicha política. Es así como el Consejo Andino de Cancilleres adopta una serie de decisiones y normas que van conformando el cuerpo jurídico que la regula y que incluye: principios, objetivos, criterios, ámbitos de acción y mecanismo de información para que las agencias diplomáticas de los países andinos en el mundo puedan desarrollar la política exterior común.

La política exterior comunitaria se sustenta en los principios de bienestar y desarrollo que alientan el proceso de integración, y en aquellos del derecho internacional consagrados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, respectivamente. En otras palabras, Valdez Carrillo sostiene que los países andinos reconocen que el desarrollo de su acción conjunta frente a terceros deberá enmarcarse en aquellos propósitos de la integración, así como en aquellas normas internacionales que le son comunes, por lo que se sustenta también en los propósitos de paz, seguridad y en la solución pacífica de controversias.

Continúa indicando que «un aspecto indispensable para la consolidación y profundización reside en aquellos valores compartidos que promueven la vigencia de un orden democrático fundado en la participación ciudadana, en la justicia social, y en la defensa y promoción de los derechos humanos. En consecuencia, esos valores son también parte de los principios que sostienen la política externa común andina».

La política exterior común es, ante todo, una forma de respuesta a algunos de los desafíos que confrontan los países andinos en un mundo caracterizado por el fenómeno de la globalización. De allí se deriva que su primer objetivo sea la mejora persistente en los niveles de vida de los pueblos andinos, aunado a la defensa y promoción de la identidad, de los valores y de los derechos e intereses comunes que incorporan dicho objetivo.

La integración por otra parte es una manera de fortalecer la capacidad de los estados para prevenir conflictos o atender aquellas circunstancias que puedan llegar a producirlos. Ello, al amparo de la adhesión a los principios de paz y seguridad que abrazan los países andinos, vincula inexorablemente a la política exterior andina con la promoción de la paz y seguridad internacional,

159. Jorge Valdez Carrillo, «La política exterior de la Comunidad Andina», en Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 204.

y eso, a su vez, la compromete con la erradicación de todos aquellos aspectos que actúan, directa o indirectamente, en la generación de conflictos o amenazas, estén estos vinculados a la pobreza y a la exclusión, al problema mundial de las drogas, o a la corrupción y el terrorismo entre otros.

Finalmente, la integración debe velar también porque el modelo de desarrollo que oriente a los países miembros de la CAN adquiera progresivamente las sostenibilidad necesaria que contribuya a prevenir el continuo deterioro del capital natural de los países andinos y a revertir el que ya se ha producido, así como promover la equidad y el conocimiento necesarios para que la satisfacción de sus necesidades materiales actuales no comprometa las posibilidades del futuro. De allí el compromiso de la CAN de proteger la diversidad biológica; contrarrestar la contaminación, proteger los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

En 1999, en la ciudad de Cartagena, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores estableció tres criterios fundamentales para la aplicación y desarrollo de la política exterior común:

- h. *Criterio de gradualidad*, implica que la política exterior común deberá incorporar progresivamente temas de la cada vez más nutrida agenda internacional.
- i. *Criterio de integralidad*, se refiere al análisis de aquellos temas que son incorporados a la política exterior común desde una perspectiva que atienda el carácter multidisciplinario de la agenda política y económica internacional y la creciente interrelación de los asuntos internos y externos derivada de la globalización.
- j. *Criterio de flexibilidad*, proporciona a la política exterior común la posibilidad de adaptación en sus modalidades de ejecución u otros aspectos a efectos de preservar la coherencia de sus objetivos de las acciones que desarrolle.

Como se puede apreciar la política externa comunitaria es definida, planificada y ejecutada por instituciones comunes, independientes de los gobiernos y que responden exclusivamente, a los propósitos de las integración, que eventualmente pueden o no coincidir con los objetivos específicos de corto plazo de uno de sus Estados miembros. En este sentido, solamente sería política externa comunitaria aquella que resulte como consecuencia de definiciones adoptadas por un órgano comunitario de naturaleza supranacional y que sea ejecutada por sus agentes.

El efecto de esta competencia exclusiva radica en que al ser una cuestión concertada a través de los órganos comunitarios entre los países miembros, estos quedan compelidos a ejecutar lo establecido por la Comunidad a través de sus propios órganos de servicio exterior. Es decir, la política exterior que desarrolla nacionalmente cada uno de los Estados miembros, requiere ser

consistente con la política exterior comunitaria, y esta será ejecutada por los órganos competentes de cada uno de los países andinos.

### ***Competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales***

Igual a lo que acontece en el ámbito de la Unión Europea, las relaciones de la Comunidad Andina con terceros estados u organizaciones internacionales se sujetan a las reglas del derecho internacional y a los tratados, convenios, acuerdos, o pactos firmados por aquella. Esto en razón al art. 48 AC, la Comunidad goza de personalidad jurídica internacional, lo que la capacita para concluir compromisos internacionales en el marco de sus competencias y de los objetivos de los tratados fundacionales. En consecuencia, César Montaña explica que a la Comunidad Andina le son aplicables las reglas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional; la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.<sup>160</sup>

Queda claro que la Comunidad Andina puede celebrar bajo las reglas del derecho internacional, acuerdos con terceros estados y con otras organizaciones internacionales. Una vez celebrado un acuerdo entre tales sujetos, es vinculante para los órganos del SAI.

De acuerdo con Paz Andrés Sáenz de Santa María, citado por César Montaña Galarza, la Comunidad goza de una competencia exterior expresa exclusiva, pero hay casos en los cuales junto a ella –sujeto investido de competencias compartidas–, también pueden comparecer los Estados miembros como sujetos contratantes del instrumento internacional que se trate, en idéntica posición negocial que la Comunidad, generando lo que se denominan «acuerdos mixtos».<sup>161</sup> Esto último es dable especialmente cuando la Comunidad está imposibilitada para obligarse en ámbitos que se correspondan con competencias en poder de los Estados miembros, lo que plantea la necesidad de una contratación mixta, en nuestro medio: CAN-Estados miembros/Tercer Estado o Tercera Organización Internacional.

A continuación, sobre la base del trabajo de César Montaña, citaré algunos campos en los cuales puede concretarse la competencia convencional exterior de la Comunidad Andina y, que eventualmente activarían las manifestaciones señaladas arriba, en atención a los objetivos del proceso así como a las normas jurídicas pertinentes del Acuerdo de Cartagena:

160. César Montaña Galarza, *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por el Ecuador y el derecho comunitario andino*, Quito, inédito, 2008, p. 18, artículo fue proporcionado directamente por el autor antes de su publicación.

161. A. Sáenz de Santa María *et al.*, *op. cit.*, p. 370.

- a. Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extraregionales en los ámbitos político, social, y económico comercial (art. 3-a AC).
- b. Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:
  - a) Formular la política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; [...]
  - d) Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de la política exterior y de cooperación; e) Coordinar la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia; f) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo (art. 16 AC).
- c. Corresponde a la Comisión Andina: [...]
- c) Coordinar la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia; [...]
- h) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo (art. 22 AC).
- d. Funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina: [...]
- j) Mantener vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones de cooperación recíproca (art. 30 AC).
- e. Atribuciones del Parlamento Andino: a) Participar en la promoción y orientación del proceso de integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana; [...]
- g) Promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los países miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países (art. 43 AC).
- f. Para el logro de los objetivos en materia de Programas de Desarrollo Agropecuario, la Comisión, a propuesta de la Secretaría General, tomará, entre otras, las medidas siguientes [...]
- e) Programas y acciones conjuntas en relación al comercio agropecuario y agroindustrial con terceros países (art. 88 AC).<sup>162</sup>

Como se puede apreciar del somero examen realizado a la norma fundacional andina, la CAN individualmente, la CAN con los países miembros

(acuerdos mixtos), puede ejecutar una amplia variedad de relaciones exteriores con otras organizaciones internacionales o con terceros países.

### ***Competencia exclusiva de la Comunidad Andina para definir un arancel externo común***

De conformidad con el art. 3-e AC la Comunidad Andina tiene competencia exclusiva para establecer un arancel externo común. Esta norma guarda concordancia con el art. 81 también del Acuerdo de Cartagena cuando prescribe que los países miembros se comprometen a poner en aplicación un arancel externo común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión. Esto último genera la exclusión de la competencia de los Estados miembros y el desplazamiento por las normas comunitarias de las normas anteriores o posteriores de los Estados miembros sobre dicha materia.

Revisemos de qué manera la Comunidad Andina desarrolla esta competencia exclusiva:

- a. La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, aprobará el arancel externo común que deberá contemplar niveles adecuados de protección a favor de la producción subregional, teniendo en cuenta el objetivo del Acuerdo de armonizar gradualmente las diversas políticas económicas de los países miembros (art. 82 AC).
- b. La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, podrá modificar los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente para: a) Adecuarlos a las necesidades de la subregión; y b) Contemplar la situación especial de Bolivia y Ecuador (art. 84 AC).
- c. Los países miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del arancel externo común. Igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión. La Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario (art. 86 AC).

Esta última norma cobra vital importancia cuando, por ejemplo, los países miembros deciden firmar Tratados de Libre Comercio. Con el objetivo de regular esta situación se emitió la Decisión 598.

El ejercicio de esta competencia exclusiva de la Comunidad Andina dio como resultado la Decisión 535 de 14 de octubre de 2002, mediante la cual se establece un arancel externo común para los países miembros de la CAN a partir de enero de 2004.

### ***Otros ejemplos de competencias exclusivas de la Comunidad Andina***

Este grupo de ejemplos está integrado por los *regímenes comunes* que desarrolla la Comunidad y que los países miembros deben respetar:

- d. Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Decisión 291.<sup>163</sup>
- e. Régimen Uniforme de las Empresas Multinacionales Andinas. Decisión 292.<sup>164</sup>
- f. Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Decisión 486.<sup>165</sup>
- g. Régimen Común de Protección a los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales. Decisión 345.<sup>166</sup>
- h. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Decisión 351.<sup>167</sup>
- i. Sistema Andino de Franjas de Precios. Decisión 371.<sup>168</sup>
- j. Régimen Común sobre el Acceso a los Recursos Genéticos. Decisión 391.<sup>169</sup>

Como conclusión de los ejemplos desarrollados se puede afirmar que cuando la Comunidad goza de atribución de competencias exclusivas de parte de los países miembros, para regular directamente ámbitos materiales específicos, aquella está habilitada para emitir decisiones que deben ser respetadas por los países andinos. Tales normas comunitarias serían de aplicación inmediata y directa, con primacía y efecto directo.

Destacamos que tales disposiciones exhibirían completamente las cualidades de actos jurídicos y normativos «completos», en perfecta armonía con la especificación que consta en el art. 3 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, respecto a los principios del derecho comunitario. Asimismo, podemos decir que este tipo de decisiones casi se asimilarían a lo que en el contexto de la integración europea se llama «reglamentos comunitarios», de los cuales ya me referí.

### **Competencias compartidas de la Comunidad Andina**

Como adelantamos en el capítulo anterior las competencias compartidas son ámbitos en los que los países miembros de la CAN podrían legislar

163. Gaceta Oficial No. 80, de 4 de abril de 1991.

164. *Ibid.*

165. *Ibid.*, No. 600, de 19 de septiembre de 2000.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*, No. 145, de 21 de diciembre de 1993.

168. *Ibid.*, No. 166, de 2 de diciembre de 1994.

169. *Ibid.*, No. 167, de 7 de diciembre de 1994.

siempre que la Comunidad no haya ejercido su competencia adoptando normas. Una vez que la Comunidad legisla en el ámbito de que se trate, los países andinos solo pueden prescribir en el ámbito al que se le aplique dicha legislación las normas de desarrollo correspondientes, y la normativa legislativa aprobada tiene prelación sobre la de los Estados miembros.

Se entenderá por competencia compartida aquella que no sea exclusiva o que no corresponda al apartado de *acciones de complemento*. El art. 3 del Acuerdo de Cartagena hace un listado de ámbitos principales o destacados, que citamos a continuación:

- k. Desarrollo científico y tecnológico.
- l. Integración fronteriza.
- m. Acciones de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente.
- n. Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustria.
- o. Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios.
- p. Programas de desarrollo social.
- q. Acciones en el campo de la comunicación social.

Dejamos claramente establecido que se trata de un listado no exhaustivo de competencias compartidas.

### **Competencias complementarias de la Comunidad Andina**

Se trata de ámbitos en los que la competencia de la Comunidad se limita a complementar o apoyar la acción de los países miembros, o a adoptar medidas de fomento o de coordinación de dicha acción. Conforme vimos en el capítulo anterior los actos jurídicamente vinculantes que la Comunidad pueda llevar a cabo no podrán conllevar armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Los ámbitos de estas acciones serán:

- r. Protección y mejora de la salud humana.
- s. La industria.
- t. La cultura.
- u. La educación, la juventud, el deporte, y la formación profesional.
- v. La protección civil.
- w. La cooperación administrativa.

Este listado de competencias complementarias no es exhaustivo, como antes se adelantaba.

## Competencias implícitas en la Comunidad Andina

En el capítulo anterior señalé que al no existir un catálogo de reparto de competencias, una forma de canalizar la ampliación de las competencias de la Comunidad es a través de la teoría de los poderes implícitos, por la que se considera que el otorgamiento de poderes de acción por el tratado de la Comunidad incluía tanto los expresamente previstos como los implícitamente derivados de ellos, es decir, la existencia de un objetivo dado implicaría la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para alcanzarlo. En el Derecho Comunitario andino esta situación no es aislada, basta dar una revisión a la norma contenida en el literal b) del art. 22 del Acuerdo de Cartagena que a la letra dice: Corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina: [...] b) Adoptar todas las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino.

Sucede lo mismo en la norma del literal g) del art. 16 AC cuando establece que: «Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: [...] g) Recomendar o adoptar todas las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia».

El tema que encierra esta normativa es bastante sensible porque podría servir, teóricamente, para realizar un aumento progresivo de las competencias comunitarias sin la necesidad de realizar una modificación expresa del Tratado, socavando así las competencias estatales, ya que estaríamos ante competencias no atribuidas a la Comunidad pero que esta podría atribuirse en función de la supuesta necesidad de alcanzar sus objetivos.

Sobre la base de un análisis realizado por Ximena Bautista Uribe trataré de mostrar un ejemplo concreto sobre el desenvolvimiento de las competencias implícitas en la CAN. El 28 de marzo de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 608, mediante la cual se modificó la normativa comunitaria para proteger la libre competencia. Esta Decisión, según su art. 5 aplica únicamente a conductas que tengan efecto o que ocurran en más de un país miembro. Las demás situaciones «se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos países miembros». El 15 de julio del mismo año, la Comisión emitió una segunda Decisión, la número 616, mediante la cual se estableció que la Decisión 608, «podrá ser aplicada por Ecuador en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el art. 5 de la Decisión 608». Con esto, se otorgó al Ecuador el mismo tratamiento que en el art. 49 de la Decisión 608, se dio originalmente a Bolivia, es decir, el equivalente a una norma que protege la libre competencia a nivel nacional. Asimismo, se impuso el deber a estos países de designar internamente una autoridad local de compe-

tencia quien se encargaría de administrar la aplicación de esta nueva normativa. De esta forma, repentinamente Ecuador y Bolivia obtuvieron una legislación que protege la libre competencia nacional y en consecuencia los ciudadanos (se trate de personas jurídicas o naturales) deberían cumplir con esta normativa a nivel interno. La Comisión justificó esta aplicación nacional de la Decisión 608 en Ecuador y Bolivia en razón de la ausencia de regulación interna en estos dos países sobre la materia. Aparentemente la Comisión habría actuado amparada en el art. 93 del Acuerdo de Cartagena que establece la siguiente atribución específica de la Comisión: «dictar las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como dumping, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente». El citado art. 93 se refiere a una normativa de la libre competencia «dentro de la Subregión», entendida como área común. En este sentido, el ya citado art. 5 de la Decisión 608 excluye expresamente aquellas conductas cuyo «origen y efecto se produzca en un único país». Es decir, aquellas cuyo efecto no sea *subregional o comunitario*, sino interno. En este caso particular es claro que la Comunidad Andina utilizó una competencia específica –la contenida en el art. 93 AC– para desarrollar otra de naturaleza implícita, y de esta forma justificar su acción. Muy bien concluye Ximena Bautista al señalar que en este caso era innecesario e inapropiado otorgar efecto directo a esta Decisión. Innecesario, porque la libre competencia subregional solo se ve afectada en los casos en que las conductas anticompetitivas ocurridas en Bolivia o Ecuador tengan efectos en el ámbito subregional, presupuesto que ya se halla cubierto en el art. 5 de la Decisión 608 al establecer que si la conducta ocurrida en un país miembro tiene efecto en otro país de la subregión, se considerará subregional y por lo tanto se tratarán de acuerdo con lo establecido en la Decisión 608. Por otro lado, si con otorgar efecto directo a esta norma se pretendía beneficiar a Ecuador y Bolivia otorgándoles una norma de competencia dentro del espíritu de trato preferente consignado en el Acuerdo de Cartagena, se debió buscar mecanismos apropiados para ambos países, a través de un debate público y democrático en las instancias internas correspondientes (Congreso Nacional de cada uno de los países) para que estos emitan la legislación que permita preservar la libre competencia a nivel nacional. A este tipo de acciones se refiere el instrumento citado en el art. 3-b) del Acuerdo de Cartagena al disponer que la armonización de legislaciones y acercamiento de políticas es un instrumento con el que cuenta la Comunidad para lograr sus objetivos.<sup>170</sup>

170. Ximena Bautista Uribe, «Competencias implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 de 2005. Régimen de Libre Competencia Andino», trabajo presentado en la Universidad San Francisco de Quito, inédito, 2008, p. 3-28.

Como se puede apreciar, la práctica comunitaria demuestra una interpretación excesivamente amplia de los objetivos, las competencias y los poderes de acción atribuidos a la Comunidad, interpretación que conllevaría posibilidades casi ilimitadas de expansión competencial por parte de la Comunidad. Frente a estas posibles vías a través de las cuales se pueden desdibujar los límites de la intervención de la Comunidad me nace la intención de proponer una reforma al Acuerdo de Cartagena en sentido de incluir un criterio que sirva para determinar cuál es el nivel más adecuado para desarrollar determinada acción de cara a los ciudadanos, –fundamentalmente en el campo de las competencias compartidas que en el caso de la CAN son mayoritarias– si la Comunidad, los países miembros, o ambas instancias infundidas del criterio de complementación.

Desde luego, el principio de subsidiariedad cobra un papel preponderante pues como vimos se constituye en un mecanismo corrector ante una posible intervención y ampliación comunitaria inadecuada porque obliga a la Comunidad a justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario en razón de criterios como la necesidad y la efectividad.

Antes de ingresar a la propuesta, considero que es pertinente analizar la posibilidad de fundir en un solo Tratado: al Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos e Instrumentos adicionales; al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios; y al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y sus Protocolos adicionales. La idea resulta oportuna porque de esta manera el ordenamiento jurídico originario de la Comunidad Andina no estaría tan disperso, por el contrario se podría contar con un verdadero *Tratado de la Comunidad Andina* que concentre las normas constitutivas y de carácter originario de este órgano supranacional.

Si esto se llegara a concretar es posible que dentro de ese Tratado se incluya la propuesta del presente trabajo de investigación.

# Propuesta

Sobre la base de las razones expuestas líneas arriba, la propuesta del presente trabajo de investigación consiste básicamente en integrar al Acuerdo de Cartagena la regla del principio de subsidiariedad en calidad de una nueva norma básica jurídicamente vinculante y a través de la cual –por primera vez en la Comunidad Andina– exista una delimitación clara de los tipos de acciones que pueden llevarse a cabo dentro de las competencias compartidas que el Tratado fundacional asigna a la Comunidad Andina y sus países miembros. Esta idea se fundamenta en un hecho trascendental: la integración puede prosperar de mejor manera si se hace cada vez más próxima al ciudadano, de manera que el principio de subsidiariedad se constituye en esencial si la Comunidad Andina quiere desarrollarse con el apoyo de sus ciudadanos. En este sentido las decisiones deben adoptarse lo más cerca posible de los ciudadanos, buscando lograr mayor unidad sin una centralización excesiva.

La Comunidad solo puede actuar cuando los Estados miembros la han facultado para ello en los Tratados. Así, en el marco del principio de subsidiariedad únicamente deberán tomarse medidas en el ámbito comunitario cuando sea adecuado y necesario: el marco para ello lo constituye el Acuerdo de Cartagena que deberá contemplar la atribución de competencias en el marco del principio de subsidiariedad. Para conseguir todo esto hace falta que se convierta en un elemento real de la toma de decisiones de la Comunidad.

Igualmente es imprescindible que se adopten los actos legislativos que dejen un margen de maniobra amplio a los Estados miembros, siempre teniendo en cuenta el derecho del ciudadano, como destinatario principal de toda medida, a que las decisiones las tome la administración más cercana posible.

De esta manera, la propuesta que se pretende incorporar al Acuerdo de Cartagena recogería la doble función del principio de subsidiariedad:

- a. En primer lugar, el principio dirige el reparto de las competencias atribuidas a la Comunidad Andina mediante su Tratado constitucional. En efecto, la subsidiariedad dirigirá el reparto de competencias –que antes de ser atribuidas a la Comunidad eran exclusivamente de los Estados–, entre estos y la Comunidad. Dicho reparto queda plasmado en los Tratados. Las competencias enunciadas allí –o las necesarias para

la consecución de los objetivos previstos— pertenecen a la Comunidad; las demás siguen en la esfera nacional. Sin embargo, para el ejercicio de las competencias comunitarias, unas veces se exige la intervención irremplazable de la Comunidad y otras, habrá que considerar si, dentro del respeto de las disposiciones comunitarias, es realmente necesario que lo lleve a cabo la Comunidad o pueden hacerlo con suficiencia los países miembros.

Sin duda, la lógica de este principio está llamada a presidir el reparto constitucional de competencias entre Comunidad y Estados. La aplicación de la misma conlleva la ampliación del campo competencial comunitario hacia los ámbitos que requiere una política llevada a cabo desde la instancia supranacional para poder obtener un desarrollo sustancial continuado, y dejar intactos aquellos otros en los que los Estados pueden conseguir por sí mismos idéntico resultado.

- b. En segundo lugar el principio de subsidiariedad regulará el ejercicio de competencias. En el ejercicio de las competencias la tensión entre el principio de proximidad al ciudadano y el objetivo de la integración se deja sentir. Por una parte, la proximidad al ciudadano se intenta preservar prefiriendo la acción estatal siempre que sea suficiente para alcanzar los objetivos. Por la otra, no se quiere trastocar el proceso de integración y por ello, la Comunidad intervendrá perentoriamente cada vez que se pruebe la incapacidad de los Estados para obtener el fin perseguido y ella pueda alcanzarlo mejor. De esta forma, y siempre fuera del ámbito de las competencias exclusivas de la Comunidad, el principio de subsidiariedad sirve para discernir si la acción deberá desarrollarse por la Comunidad o los Estados.

Esta segunda función es muy importante pues nos conduce a otro elemento que se incluirá dentro de la presente propuesta. Este elemento tiene que ver con la facultad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para entrar a conocer de los litigios suscitados en torno a la aplicación de los preceptos del Acuerdo de Cartagena, entre los cuales, desde luego, se incluiría la norma que contenga el principio de subsidiariedad. De acuerdo con la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta función puede ser fácilmente encomendada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya que este cuenta, conforme se vio en el presente capítulo, con las competencias adecuadas para verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

Artículo que se pretende introducir al Acuerdo de Cartagena:

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida 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.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

Con el objetivo de que la propuesta pueda ser comprendida y desarrollada por la Comunidad Andina, se incluyen líneas directrices para la aplicación del principio de subsidiariedad, y en relación a este se fijan parámetros para los principios de atribución y proporcionalidad.

#### *Principio de atribución de competencias*

Se exige que la medida propuesta esté comprendida dentro de los límites de las competencias conferidas por los tratados fundacionales y tienda a alcanzar uno o más objetivos contemplados en estos tratados. Se realizará un examen detallado de cada medida a fin de determinar el fin perseguido y su relación con un objetivo comunitario, al mismo tiempo que se constatará la existencia del fundamento jurídico para su adopción.

#### *Principio de subsidiariedad*

Se señalan como directrices más importantes para determinar si es más adecuado llevar a cabo la acción en el ámbito comunitario o en el estatal, las siguientes:

- c. Determinar si el asunto presenta aspectos que sobrepasan las fronteras de un país miembro siendo su actuación insuficiente para lograr el resultado que se pretende, en cuyo caso la medida tomada en el ámbito comunitario estará justificada.
- d. Comprobar que la acción de los Estados por separado o la ausencia de esta en el ámbito comunitario sería contraria a las disposiciones de los Tratados o lesionaría gravemente los intereses de los Estados miembros.
- e. Advertir que la acción comunitaria presenta ventajas manifiestas debido a la dimensión y sus efectos, con respecto a la misma tomada en el ámbito nacional.
- f. Armonizar legislaciones, cuando lo exija la realización de un objetivo de la Comunidad.
- g. Justificar con indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos, las razones que hacen concluir que un objetivo comunitario no

puede ser alcanzado de manera suficiente para los Estados y se logrará mejor con una actuación comunitaria.

### *Principio de proporcionalidad*

- h. Cualquier carga, sea financiera o administrativa, que deba ser soportada por las autoridades nacionales o locales, los operadores económicos o los ciudadanos se reducirá al mínimo y será proporcional al objetivo pretendido.
- i. Cuando sea necesario adoptar una medida comunitaria, se procurará que se trate de una norma que deje a los Estados el mayor margen de decisión posible para fijar su propia normativa.
- j. Cuando solo algunos Estados tengan dificultades para llevar a cabo la acción pretendida, si se toman medidas supranacionales no se extenderán al resto de los Estados, a menos que lo exija la realización de un objetivo del Tratado.

### *Procedimientos y prácticas comunitarias*

Todos los órganos comunitarios están obligados a verificar y respetar el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

# Conclusiones

- a. La ausencia actual de un criterio que regule tanto el reparto como el ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad Andina y sus Estados miembros produce efectos negativos en más de un aspecto. A decir de estos, por ejemplo, se presenta la violación al «principio democrático» que se encuentra presente en cada una de las normas fundamentales nacionales y cuya connotación principal exige que en todos los casos en los cuales la actuación de la Comunidad por medio de sus órganos e instituciones se plasme en normas de derecho derivado, en virtud de este principio democrático, estas normas no pueden ir en contra ni más allá de lo establecido en la Constitución de cada uno de los Estados miembros. Esto implica, por una parte, que la actuación comunitaria no puede ir ni en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos ni en contra de las mínimas garantías de las personas de los Estados miembros. Por otra parte, el que la acción comunitaria no pueda ir más allá de lo establecido por la Constitución, significa que la suscripción, aprobación, ratificación y entrada en vigor de un tratado originario de una Comunidad no es ni tiene por qué ser un cheque en blanco entregado sin control alguno a la burocracia comunitaria, todo lo contrario, las atribuciones de competencias desde los estados hacia los órganos comunitarios son derivadas, constituidas, sometidas en consecuencia a las constituciones políticas fundamentales de cada Estado. En definitiva, el principio democrático cuida que las acciones comunitarias de emanación de disposiciones comunitarias cuenten con la aprobación del pueblo soberano, por eso se puede decir que existe la necesidad de forjar la construcción comunitaria de cara a los ciudadanos, y más allá de eso, con su participación democrática directa cada vez que se trate de temas trascendentes en vías de procurar un mayor desarrollo del proceso de integración. De esto último se desprende que la Comunidad Andina a tiempo de proponer determinado acto legislativo active diversos canales de consulta a las partes interesadas. Probablemente el desarrollo de estas consultas repercuta en la carga de trabajo de la Comunidad, pero lo fundamental es que de esta forma se añade valor a las versio-

nes finales de las iniciativas, pues la participación democrática de los nacionales otorgará plena legitimidad a dichas iniciativas. Si acaso la Comunidad no realizase consultas de manera directa, podría al menos informar sistemáticamente a los parlamentos nacionales sobre la aprobación de todas las propuestas legislativas, de forma que estos cuenten con la posibilidad de activar un sistema de alerta temprana que les permita enviar a la Comunidad un dictamen motivado sobre aquellas propuestas legislativas. En el supuesto que dichos dictámenes motivados resulten ser negativos en cuanto a la apreciación de las propuestas legislativas, en definitiva la Comunidad tendría que revisar su propuesta y en todo caso determinar si el procedimiento legislativo sigue adelante o no. De cualquier manera tendría que motivar su decisión.

El criterio anterior nos conecta a otro punto de reflexión que tiene que ver con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que conforman los países miembros de la CAN. Para estos ciudadanos las políticas emanadas desde la Comunidad son fuente de libertad, seguridad, crean trabajo e impulsan el crecimiento y el desarrollo sostenible; precisamente por estas razones se crean los procesos de integración, para procurar un mejoramiento constante en el nivel de vida de los habitantes que conforman la Comunidad. Sin embargo, la falta de un hilo conductor del ejercicio competencial puede desembocar en una legislación mal concebida o mal planteada que a su vez puede resultar excesiva. Algunas disposiciones andinas pueden ser costosas o contraproducentes y con el tiempo estas pueden generar vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, la integración andina debe garantizar una dinámica del desarrollo normativo comunitario con respeto a las normas básicas de las constituciones nacionales, que cubren la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, la Comunidad Andina goza solo de una competencia de atribución, es decir, sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos limitadamente determinados por los tratados. Esto significa que el principio de atribución de competencias sirve de salvaguarda de la soberanía estatal en todo lo que no hubiese sido explícitamente conferido a la Comunidad. No obstante, como contrapartida de los límites establecidos por el principio de atribución de competencias se presentan válvulas de escape como la teoría de los poderes implícitos. Esto no es malo si existe un adecuado control y autocontrol de los órganos de la CAN, pero lamentablemente esta previsión no existe en la Comunidad Andina lo que puede conducir a una generosa ampliación competencial comunitaria en desmedro de las competencias

que permanecen en los países miembros. Situaciones como la descrita han conducido, como ya se vio, al Tribunal Constitucional alemán a realizar, mediante su sentencia de 12 de octubre de 1993 una fuerte advertencia en sentido de que los actos emanados de las instituciones comunitarias que no estén debidamente cubiertos por los Tratados, no serán vinculantes para este país.

Las razones expuestas demuestran que es necesario incluir dentro de la Comunidad Andina al principio de subsidiariedad como un mecanismo que garantice que las decisiones en el marco de las competencias compartidas entre la Comunidad Andina y sus países miembros se tomen por los propios individuos o los grupos más próximos a ellos y únicamente en supuesto que su acción sea insuficiente para alcanzar sus objetivos, intervenga el nivel más alto –el supranacional– sea aportando su ayuda, sea coordinando las actividades de los niveles inferiores, sea contribuyendo con auxilio material o actuando en sustitución de los grupos menores. De esta forma contribuiremos al derecho comunitario andino con una regla de organización mediante la cual se diseñará el reparto de ámbitos competenciales entre los distintos peldaños del poder, en función a criterios como la necesidad, la proximidad, la eficacia, el equilibrio, procurando cargar al más cercano al ciudadano con todo lo que pueda realizar y dejando para el superior solo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad.

Puedo concluir que el principio de subsidiariedad no tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos solo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria. La subsidiariedad permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, se restrinja cuando deje de estar justificada.

- b. El principio de subsidiariedad debe ser comprendido de acuerdo a lo que siempre quiso significar: ejercicio en el nivel adecuado de cierta competencia, no siendo llamado el nivel superior más que cuando los niveles inferiores no sean capaces de ejercerla. En el ámbito comunitario el principio de subsidiariedad rige cuando existen competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros: si la Comunidad no ejerce sus competencias, los Estados miembros tienen campo libre para su ejercicio, pero la Comunidad debe asumir dichas competencias en los casos en que su ejercicio produzca resultados más eficaces que una actuación por separado de los Estados miembros, con

especial referencia a aquellas que por sus dimensiones o efectos excedan de las fronteras nacionales.

En relación a cómo debe jugar, si a favor o en contra de la Comunidad o de los Estados miembros, pienso que no debe entenderse la cuestión en esos términos. En ocasiones, la competencia podrá ser mejor ejercida por la Comunidad y en otros, por los Estados, con lo cual será el caso concreto, y no premeditadamente, dónde se podrá afirmar a quién beneficia. En este sentido debe quedar claro que en todo caso debe beneficiar al ciudadano comunitario que va ser sujeto pasivo, normalmente, de la actividad comunitaria. Por tanto, lo prioritario será quien mejor puede desempeñar dicha tarea pública debe intervenir. No obstante, el principio en las definiciones examinadas, supone que la presunción de la regla, por así decirlo, es que la competencia ha de ser ejercitada por los niveles inferiores, los Estados; la excepción, la destrucción de la presunción, se produce al justificar la actuación comunitaria en razón de necesidad y de efectividad.

- c. Si la propuesta sobre el principio de subsidiariedad quedaría plasmada en lo que particularmente denomino *Tratado de la Comunidad Andina*, los órganos con potestad normativa que forman parte del Sistema Andino de Integración serían los primeros responsables de controlar que la acción comunitaria sea conforme con el principio de subsidiariedad, sin embargo la buena intención no es suficiente. De allí, quien en última instancia se encargaría de asegurar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad sería el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Estoy plenamente de acuerdo en concluir que se trataría de una doble garantía, por una parte, de carácter institucional y, por otra, de carácter jurisdiccional.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene plena jurisdicción para ejercer el control del derecho comunitario andino y sobre la base de esta jurisdicción plena se le puede encomendar el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad; además porque cuenta con las competencias necesarias para desarrollar dicho control. El control del cumplimiento del principio de subsidiariedad dada su complejidad se lo realizaría bajo características particulares, para lo cual se cuenta con la experiencia del Tribunal de Justicia del viejo continente, pero en todo caso el procedimiento de justiciabilidad del principio de subsidiariedad se desarrollaría en el marco del proceso comunitario normal.

El riesgo de llevar adelante tan solo un control de carácter político del cumplimiento del principio de subsidiariedad radica en que las cosas quedarían como ahora, es decir, estaríamos frente a un panorama donde no existirían límites competenciales claros. Pienso que si se evita

el control *a posteriori* o jurisdiccional, el principio de subsidiariedad perdería su efectividad, pues podría no ser respetado y no habría ningún medio que permita dejar sin efecto las vulneraciones que genera la intervención comunitaria inadecuada.

Si bien particularmente soy partidario del control jurisdiccional del principio de subsidiariedad, también soy consciente que dentro de una sociedad democrática el papel que debe jugar el poder judicial con respecto al legislador tiene que ser por naturaleza limitado, ya que si transgredimos esta regla, podemos desembocar en el denominado *gobierno de los jueces*, bajo el cual serán los tribunales y no los órganos políticos los que decidan lo que debe hacerse en nombre del interés general. Probablemente esta sea la explicación para que hasta la fecha el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de amplia trayectoria nunca haya anulado determinado acto legislativo por supuesta vulneración al principio de subsidiariedad.

- d. Si bien existe la posibilidad de generar competencias explícitas a partir del ordenamiento jurídico primario de la Comunidad Andina para asegurar la efectividad del Tratado, es también posible restringir su utilización de acuerdo a condiciones, tales como: a) una competencia implícita no puede ser utilizada más que para alcanzar un objetivo de la Comunidad, y b) que esta acción de la Comunidad ha de ser estrictamente necesaria; y que el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, por lo que el recurso a dichas competencias debe ser siempre subsidiario y motivado.



# Bibliografía

- Andrés Sáenz de Santa María, Paz *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999.
- Arbuet-Vignali, Heber, *Claves jurídicas de la integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004.
- Aristóteles, *La política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- Barnés Vázquez, Javier, *La distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- Barnés Vázquez, Javier, coord., *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Madrid, Civitas, 1993.
- Bautista Uribe, Ximena, «Competencias implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 de 2005. Régimen de Libre Competencia Andino», trabajo presentado en la Universidad San Francisco de Quito, inédito, 2008.
- Boixareu Carrera, Ángel, «El principio de subsidiariedad», *RIE*, vol. 21, No. 3, CEC, 1994.
- Breña, Roberto, *El principio de subsidiariedad y la construcción de una Europa social*, Bruselas, Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, 1998.
- Bryce, James, *The American Commonwealth*, Londres, MacMillan and Co., 1888.
- Carretero García, Ana, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998.
- Chicharro Lázaro, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001.
- Comisión Europea, *El ABC del Derecho Comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1984.
- Corral Anuarbe, Pablo, «El principio de subsidiariedad y la Unión Económica y Monetaria», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, No. 5, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 1995.
- De Areilza Carvajal, José M., *El principio de subsidiariedad en la construcción europea*, Madrid, REDC, 1995.
- De Castro Ruano, José Luis, *El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional*, Madrid, Ed. Informatizadas, 1999.
- De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1993.
- Delgado-Iribarren García Camper, Manuel, *La función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea*, Madrid, Civitas, 2002.

- Dehousse, Renaud, *Europe after Maastricht*, Munchen, Law Books in Europe, 1994.
- Delors, Jacques, *The Principle of Subsidiarity: Contribution to the debate*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1991.
- Deluca, Santiago, «La subsidiariedad y las competencias de la Unión Europea y el MERCOSUR», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, No. 4, México, Universidad Autónoma de México / Rubinzal Culzoni, 2005.
- Díez Moreno, Fernando, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law*, La Haya, Kluwer, 1996.
- Equipo de Formación Trabajo País, *Resumen compendio de la Doctrina Social de la Iglesia Católica*, Santiago, Equipo de Formación Trabajo País, 2001.
- Espinosa Villacrés, John Esteban, «La fuerza normativa de los preámbulos constitucionales», trabajo presentado en el curso de Interpretación Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, inédito, 2007.
- Fernández, Tomás Ramón, *Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, Madrid, Civitas, 2002.
- Fondation Robert Schuman, *The Lisbon Treaty 10 easy to read fact sheets*, París, La Lettre, 2007.
- Fraga Iribarne, Marcelo, *Conferencia de la Universidad Carlos III de Madrid sobre la Administración*, Madrid, Única, 1992.
- García, Alonso, *Derecho comunitario*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces, 1994.
- García Belaúnde, José Antonio, «El sueño de Bolívar: de la Federación de los Andes a la Comunidad Andina», exposición en el Coloquio *El sueño de Bolívar. El futuro de la representación y de la integración de los países andinos*, septiembre, Bierritz, 2000, en <[www.comunidadamdina.org/documentos/doc/docIA/IA27-9-00.htm](http://www.comunidadamdina.org/documentos/doc/docIA/IA27-9-00.htm)>.
- García de Enterría, Eduardo, comp., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- García Gutiérrez, Juan, *Subsidiariedad, ciudadanía y política educativa en la Unión Europea*, Madrid, Departamento de Teoría e Historia de la Educación, UCM, 2005.
- Garrón Bozo, Rodrigo Javier, *Derecho Comunitario*, La Paz, CIMA, 2004.
- Gil-Robles y Gil-Delgado, José María, «El principio de subsidiariedad en la construcción europea», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 2, Valencia, Universitat de València, 1993.
- Gómez Sánchez, Yolanda, *La Unión Europea en sus documentos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- González Moras, Juan Martín, *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- González Oldekop, Florencia, *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

- Insignares Cera, Silvana, *Las elecciones directas en el Parlamento Andino. Un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la Integración*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2009.
- Isaac, Guy, *Manual de derecho comunitario general*, Madrid, Ariel Derecho, 2000.
- Jacqué, Jean-Paul, y Joseph H. Weiler, «On the Road to European Union. A new Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference», en *Common Market Law Review*, vol. 27, Londres, CMLR, 1990.
- Kaune Arteaga, Walter, «La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario», en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004.
- Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Mastergraf, 2007.
- Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, COLEX, 2000.
- Maldonado, Carlos Eduardo, *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Bogotá, Temis, 2000.
- Mangas, Araceli, y Diego Liñán, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2004.
- Martín y Pérez de Nanclares, José, *La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: Sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Mengozzi, Paolo, *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Miranda, José María, «El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 47, Oviedo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, DIJUSA, 2002.
- Montaño Galarza, César, «Constitución del Ecuador e integración andina», en *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- *Derecho de la integración. Derecho comunitario*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2007.
- *Manual de derecho tributario internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007.
- *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por el Ecuador y el derecho comunitario andino*, Quito, inédito, 2008. Este artículo fue proporcionado directamente por el autor antes de su publicación.
- Ordóñez Solís, David, *La ejecución del derecho comunitario europeo en España*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 2001.
- Partan, Dennis, «The justiciability of subsidiarity», en Carolyn Rhodes y Sonia Mazey, edit., *The State of the European Union Building a European Polity?*, vol. 3, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1995.
- Peláez Marón, José Manuel, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000.

- Piccolomini, Eneas Silvio, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- Pico Mantilla, Galo, *Derecho Andino*, 2a. ed., Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1992.
- Pizzolo, Calogero, *Globalización e integración. Ensayo de un teoría general*, Buenos Aires, EDIAR, 2002.
- Razzano, Giovanna, «Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale», en *Diritto e Società*, Padua, CEDAM, 1997.
- Remiro Brotons, Antonio, edit., *Breve Diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Centro Español de Relaciones Internacionales, 1993.
- Rideau, Joel, *El papel de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- Rodríguez Arana, Jaime, *Cuatro estudios de derecho administrativo europeo*, Granada, COMARES, 1999.
- Sánchez, Luis Carlos, *Derecho comunitario andino*, Bogotá, Temis, 1990.
- Salmón Gárate, Elizabeth, «Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas», en Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- San Martino, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Madrid-Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- Sánchez, Ana Isabel, *Federalismo e integración europea*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- *La distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados*, Madrid, Aranzadi, 2004.
- Sánchez Ageta, Luis, «El principio de la función subsidiaria», en *Revista de Estudios Políticos*, No. 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1962.
- Secretaría de la Convención Europea, *Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad*, Bruselas, 2002.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, *¿Qué es la Comunidad Andina?*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.
- *Integración y supranacionalidad: soberanía y derecho comunitario en los países andinos*, Lima, IKONO, 2001.
- *Manual de procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, Lima, Realidades, 2008.
- Storini Claudia, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Strozzi, Girolamo «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne. Une énigme et beaucoup d'attentes», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 30, No. 3, Bruselas, 1994.
- Suárez Mejías, José Luis, «La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999.
- Tamames, Ramón, y Mónica López, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza, 1999.

- Tangarife Torres, Marcel, *Derecho en la integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Baker-McKenzie, 2002.
- Teasdale, Anthony L., *Subsidiarity in Post-Maastricht Europe*, Manchester, The Political Quarterly, 1993.
- Toth, A. G., «The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty», en *Common Law Market Review*, vol. 29, Londres, 1992.
- Tribunal Andino de Justicia, *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Imprenta Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Normas legales básicas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2006.
- , *Testimonio comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004.
- Uribe Restrepo, Fernando, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito, Artes Gráficas Señal, 1990.
- Valdez Carrillo, Jorge, *La política exterior de la Comunidad Andina*, en Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Villalba Paredes, Vladimir, «La teoría de los poderes implícitos», en *Iuris Dictio*, No. 11, Quito, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito / Abya-Yala, 2007.
- Wechsler, H., *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Section and Composition of the National Government*, *Column L. Review*, Columbia, Colum. L. Rev., 1954.
- Zelada Castedo, Alberto, *Derecho de la integración económica regional*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

## Documentos institucionales de la Comunidad Andina

- Acuerdo de Cartagena (Decisión 563).
- Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena «Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia».
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 472).
- Tratado de Creación del Parlamento Andino.
- Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (Tratado de Trujillo).
- Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes.
- Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Decisión 407).
- Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina (Decisión 407 y Decisión 508).
- Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisión 409).
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).

**Documentos institucionales de la Unión Europea**

Acta Única Europea.

Tratado de la Comunidad Europea.

Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Tratado de la Unión Europea.

# Anexo

## CONJUNTO DE PREGUNTAS QUE GUÍAN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>

En diciembre de 2003, la Comisión decidió introducir un formato estándar para el memorando explicativo que acompaña cada una de sus propuestas legislativas, para mejorar su estructura y contenidos. Luego desarrolló una forma computarizada integrando esos requisitos estándares y recogiendo las condiciones específicas fijadas por el Protocolo No. 30 sobre la aplicación de los principios subsidiariedad y proporcionalidad anejo al tratado que establece la Comunidad Europea.

A continuación se presenta un extracto de la forma computarizada:

### **Formato estándar para el memorando explicativo que acompaña los actos legislativos de la Comisión**

#### *Los elementos legales de la propuesta*

- a. Resumen de la acción propuesta.
- b. Base legal

#### *Principio de subsidiariedad*

- a. Indique si la propuesta cae bajo la competencia exclusiva de la Comunidad.  
Sí (El principio de subsidiariedad no aplica).  
No (El principio de subsidiariedad aplica).
- b. Cuando el principio de subsidiariedad se aplica, la propuesta debe cumplir con al menos una de las dos condiciones previstas bajo los literales

1. La presente es una traducción libre al español de la versión oficial en inglés del formato estándar del memorando explicativo elaborada directamente por el autor del libro. La versión oficial aparece en: Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Paper Anex to the Report from the Commission «Better Lawmaking 2006»*, Bruselas, 2007, p. 36.

- a) y b), además la condición contenida en el literal c). Si la propuesta cumple más de una condición, utilice el área del texto apropiado para mencionarla.
- a) Indicar por qué la acción realizada por los Estados miembros no sería suficiente para lograr los objetivos de la acción propuesta. Describir en particular los aspectos transnacionales que no pueden ser regulados correctamente por la acción de los Estados miembros.
  - b) Indicar por qué la acción de los Estados miembros realizada por sí sola perjudicaría de manera significativa a los intereses de los EM.
  - c) Indicar por qué la acción de la Unión Europea lograría mejor los objetivos de la propuesta, al referirse a la escala y/o los efectos de su acción.
- c. Señalar los indicadores cualitativos que demuestran que el objetivo puede ser mejor conseguido por la Unión Europea.
  - d. Señalar los indicadores cuantitativos que demuestran que el objetivo puede ser mejor conseguido por la Unión (Regla opcional).
  - e. Demostrar que el ámbito de la propuesta se limita a lo que los Estados miembros no pueden conseguir de manera satisfactoria y que la Unión podrá hacerlo mejor.

### ***Principio de proporcionalidad***

- a. Demostrar que la forma propuesta de la acción comunitaria es lo más simple posible y que las medidas propuestas dejan el más amplio margen posible para la decisión nacional (Las directivas son preferibles a los reglamentos, y las directivas marco son preferibles a las medidas detalladas).
- b. Indicar cómo la carga financiera y administrativa que recae sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales y locales, los operadores económicos y los ciudadanos son mínimas y proporcionales a los objetivo(s) de la propuesta.

# Universidad Andina Simón Bolívar

## Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, una sede nacional en Quito, Ecuador, una sede local en La Paz, Bolivia, y una oficina en Bogotá, Colombia.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

# Universidad Andina Simón Bolívar

## Serie Magíster

- 110** Edgardo Pérez Morales, NATURALEZA, PAISAJE Y SOCIEDAD EN LA EXPERIENCIA VIAJERA: misioneros y naturalistas en América Andina durante el siglo XVIII
- 111** Jorge Luis Carrión Benítez, LOS TRIBUTOS PARAFISCALES EN LA COMUNIDAD ANDINA
- 112** María del Pilar Mora, DESDE LA FILOSOFÍA LATINOAMERICANA HACIA UN PROYECTO DESCOLONIZADOR
- 113** Juan Pablo Cadena, CRISIS PETROLERA E IMPERIALISMO: la política de seguridad energética de Bush y sus implicaciones para Latinoamérica
- 114** Christian Masapanta, JUECES Y CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD: análisis de la realidad ecuatoriana
- 115** Mary Ivers, POEMAS A COLORES: memoria e identidad indígena en la pintura de Tigua
- 116** Sebastián López, DEL AMPARO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?
- 117** María Dolores Vasco Aguas, LAS GALÁPAGOS EN LA LITERATURA
- 118** Alex Schlenker, SE BUSCA: indagaciones sobre la figura del sicario
- 119** María Martínez Mita, CONQUISTA DE DERECHOS HUMANOS POR EL PUEBLO AFROBOLIVIANO en la Asamblea Constituyente de 2006-2008
- 120** María Cristina Osorio, PRIMER MANDATO PRESIDENCIAL DE URIBE: personalismo y carisma
- 121** Lara Janson, INTERCULTURALIDAD Y GÉNERO EN LA UNIÓN DE ORGANIZACIONES CAMPESINAS E INDÍGENAS DE COTACACHI
- 122** Rafael Garrido, LA REPARACIÓN EN CLAVE DE DIVERSIDAD CULTURAL: un desafío para la corte interamericana de derechos humanos
- 123** Daniel Achá, EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: clave jurídica de la integración

Ante la ausencia de criterios que orienten la intervención de la Comunidad Andina en el ámbito de las competencias compartidas con sus países miembros, y frente a posibles vías por las cuales se pueden desdibujar los límites de la intervención de la Comunidad, el autor propone la proyección del principio de subsidiariedad aplicado en la práctica comunitaria europea. Con este fin analiza la naturaleza jurídica de este principio y sus antecedentes histórico-filosóficos, y acompaña la teoría con algunos ejemplos que permiten apreciar cómo se desempeña en el ámbito comunitario.

Esta investigación contribuye a sentar las bases de un esquema de subsidiariedad para la Comunidad Andina, entendida como una norma básica jurídicamente vinculante, mediante la cual se articularía el ejercicio de competencias compartidas entre los distintos peldaños del poder.

El estudio busca suscitar un debate sobre la función y alcance del principio de subsidiariedad en los procesos de integración.



*Daniel Achá (Sucre, 1982) es graduado en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca (Sucre, 2006). Abogado en Provisión Nacional de Bolivia, admitido a la práctica en 2007. Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar (2008). Especialista en Derecho de la Empresa, por la Universidad San Sebastián, Santiago (2010). Es autor del proyecto de ley para Bolivia sobre el amparo por mora de la administración pública. Fue asesor de la Asamblea Constituyente de Bolivia, en 2007. Actualmente presta asesoramiento y consultoría en derecho empresarial y derecho administrativo.*

ISBN: 978-9978-84-656-8



9789978846568