

SUBSIDIARIEDAD EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS TERRITORIALES

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El terreno previo a la subsidiariedad.* A) *Los avatares del Estado desde la óptica territorial.* B) *Un poder soberano circunscrito... pero no para siempre.* C) *Una noción de soberanía que cuadre con la subsidiariedad.* III. *Los jueces de la subsidiariedad.* A) *Criterios interpretativos al asignar competencias.* B) *Un juez facultado para evaluar fines.* C) *Una interpretación que no depende de formalismos jurídicos.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

LA FALTA DE INTERÉS que pudo suscitar el tema del reparto competencial entre los teóricos del federalismo tras la frustrada adopción referendaria del Tratado de la Unión Europea en 2008 parece retomar su cauce debido a los sucesos de las últimas semanas.¹ El reciente relanzamiento de este proceso de creación del texto constitucional comunitario, que dormía el sueño de los justos, parece regresar a uno de los debates

* Profesor de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho e Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El texto del proyecto de Constitución, tal como fue sometido al voto popular, parecía atípico por su extensión y la cantidad de temas que se incluyeron. Ese texto, denominado *Tratado Constitucional de la Unión Europea*, fue abortado tras el “no” al referéndum en sendas elecciones efectuadas en Francia y Holanda en 2005, la noción de subsidiariedad se pretendía incorporar al llamado “principio de atribución”, en la que también se incluía el principio de proporcionalidad como principios básicos del funcionamiento de la Unión; véase el art. I-11 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 47, 16 de diciembre de 2004, en <http://eur-lex.europa.eu>. Pero un repentino relanzamiento de las consultas respectivas en diversos países durante el segundo semestre de 2009 está también replanteando la importancia de esta cuestión en varios países de la zona Euro.

centrales que siguen causando escozor de buena parte de los actores políticos europeos, y que tienen que ver con la cesión de soberanía a favor de instancias gubernamentales de la Unión Europea.

En previsión de que esta cuestión renazca también dentro de los temas pendientes de reforma en nuestra desordenada agenda de adaptaciones constitucionales, haremos una revisión de la noción de subsidiariedad, para después apuntar algunas de las lecturas que han sido formuladas jurisprudencialmente por los tribunales encargados de interpretar la constitución en otros países. Concretamente, veremos de qué forma, este principio ha sido entendido por los tribunales encargados de arbitrar diferencias entre entidades centrales y subnacionales, apareciendo en ocasiones como instrumento político y menos como uno jurídico. Acaso la búsqueda deliberada de espacios de indefinición en el reparto de competencias puede apuntalar esta amplia noción como una justificación técnica de la creación de élites regionales y no de la verdadera distribución de competencias a favor de entidades que se encuentren más cerca del ciudadano

En otro lugar,² sostuve que una noción compleja, como el principio de subsidiariedad, estaba siendo empleada de forma aproximada (por no decir incompleta, tergiversada o incorrecta) por algunos actores políticos mexicanos para esconder intereses de grupos económicos regionales, obedeciendo así a intereses políticos más que a razones jurídicas.³ En aquella ocasión me preocupaba el destino de una iniciativa senatorial de reforma al artículo 40 constitucional (inconclusa hasta este momento), consistente en la instauración del principio de subsidiariedad como eje rector del reparto de competencias entre la federación y los estados en los años por venir.

Para entender la forma en que los aplicadores del derecho de las democracias contemporáneas han entendido y moldeado herramientas técnicas de reparto de competencias, iniciamos esta colaboración describiendo los elementos jurídicos relevantes de la organización del Estado son en parte dependientes de la manera en que se interprete lo local frente a lo nacional (I).⁴ En un segundo momento, abordaremos la forma en que se empezó a

² Una segunda versión de este texto, en ASTUDILLO, César coord., *Memorias del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Local*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Veracruzana (en prensa).

³ En ese texto afirmaba que determinados grupos oligárquicos en regiones estratégicas parecían impulsar la adopción de este principio para contribuir a crear el fundamento jurídico para erigir blindajes en torno a sus emporios regionales.

⁴ PETERSON, John, "Subsidiarity: a definition to suit any vision?" *Parliamentary Affairs*, vol. 47, no. 1, January 1994, pp. 117-119.

moldear la idea de soberanía hasta refundarla en el Tratado de Maastricht, que acaso es el punto de arranque de la forma en que se han construido conceptos técnicos (como el de subsidiariedad) y la manera en que éstos se han inscrito en un marco más general de distribución territorial del poder (II). De este desarrollo, veremos en qué medida, los jueces de aquellos países parecen colocarse como árbitros del reparto competencial, y sus razonamientos, girando en torno a este criterio que se coloca en el vértice de la política y el derecho en Europa.

II. EL TERRENO PREVIO A LA SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad surge como herramienta etiquetada (ideológicamente) desde su nacimiento. Fue planteado por primera vez en 1931, en el marco de la doctrina social de la iglesia católica, explicitada en la Encíclica *Quadragesimo anno*, del Papa Pío XI.⁵

El momento de suscribir este documento no es irrelevante, pues dos años antes, el mismo Papa había firmado el pacto del Vaticano con el gobierno pastiche de Benito Mussolini: los temores de la expansión del comunismo llevaban a la iglesia católica a plantear un frente sólido en unidades sociales que resistieran eventuales intentos de manipulación ideológica a partir de las regiones (que con frecuencia, podían antojarse antagónicas en épocas de la tensa calma del período de entre-guerras).⁶

En su forma prístina, se entiende entonces que frente a los intereses de los individuos, el poder del Estado *no debe* intervenir a menos que esto se justifique.⁷ Al transplantar este principio al ámbito constitucional del reparto de competencias territoriales, la autoridad central puede intervenir antes que la autoridad sub-nacional, pero únicamente si las tareas asignadas se ejercen con mayor pertinencia y de forma más inmediata al ciudadano.

⁵ DWEYER, Judith, *The New Dictionary of Catholic Social Thought*, Collegeville, Liturgical Press, p. 927; SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: un análisis jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 45-52.

⁶ PETERSON, *cit.* n. 4, p. 116.

⁷ En realidad, un primer antecedente de este término se expresó en un sentido similar desde la encíclica *Mater et magistra*, de Juan XXIII; su primera aparición en el contexto europeo se encuentra la opinión del Primer ministro belga Leo Tindemans, implícito en el Reporte de la Unión Económica de 1975, *Supp. 5/75*, Bull. EC., en CASS, Deborah, "The Word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community", *Common Market Law Review*, no. 29, 1992, p. 1111.

A) *Los avatares del Estado desde la óptica territorial*

Desde que los europeos, en su afán de llevar a buen puerto el proyecto comunitario, optaron por hacer renunciaciones expresas a sus competencias nacionales a favor de instancias supranacionales, las lecturas tradicionales de los elementos del Estado se vieron obligadas a denunciar la aparente presencia de amenazas a la soberanía.⁸ Podemos adelantar que esos cuestionamientos no pueden esquivar un plano retórico desde el momento en que los Estados que componen la Comunidad Europea acordaron, entre todos, sobrepasar la conformación típica del Estado soberano. Para nadie es un secreto que la concepción del Estado-Nación, tan minuciosamente edificada durante el siglo XIX, se empezó a deslavar poco a poco, al menos desde el final de la Segunda guerra mundial.

Desde hace unos años, se han requerido nuevos planteamientos sobre las concepciones del *derecho*, el *Estado*, la *Comunidad* y la *Nación*. Las realidades de la construcción comunitaria europea han plegado los paradigmas tradicionales; el nuevo equilibrio entre política y derecho⁹ arroja la difícil tarea de encontrar una ecuación, en donde puedan caber los ejes de la reconstruida noción de soberanía.

La noción de poder (que se entiende inmersa en las cuatro entidades que acabo de referir) lleva siempre implícita la capacidad de fomentar o de prevenir un cambio; o bien, la capacidad de tomar decisiones que afectan a otras personas sin importar su aceptación o desacuerdo. Al debatir sobre la idea de soberanía, estamos en presencia, necesariamente, de una discusión en el plano del poder. Al fin y al cabo, se es soberano cuando se tiene la capacidad de mantener una decisión en última instancia.

Para entender la evolución del concepto de soberanía a raíz del de subsidiariedad, Neil MacCormick hace referencia a la necesaria distinción entre poder político y potestad legal (*political power vs. legal authority*).¹⁰ Siguiendo con esta distinción, el poder político implica una capacidad genérica de tomar decisiones que vayan en la misma dirección de los intereses

⁸ Sobre las fases subsecuentes entre el reporte de 1975 y Maastricht, véase en CASS, *cit.* n. 5, pp. 1113-1122.

⁹ Véase una formulación general en este sentido en PICQ, Jean, *Une Histoire de l'Etat en Europe: Pouvoir, Justice et droit, du Moyen Age á nos jours*, Paris, Presses de Science-Po (2009), pp. 535-555.

¹⁰ MACCORMICK, Neil, "Sovereignty, Democracy, Subsidiarity", *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, vol. 25, no. 3, 1994, pp. 281-282.

colectivos (algunos dirán del bien común) para entonces asegurar el reparto de los recursos económicos disponibles en una comunidad. En términos actuales, es pues el Estado el foco del ejercicio de este atributo. En cambio, la potestad legal es una manifestación particular de poder político que tiene que ver con las atribuciones conferidas a entidades estatales particulares, siendo tales actos de atribución contenidos en las leyes.

La potestad legal se refiere igualmente a la capacidad de resolver conflictos o de imponer sanciones a quienes no acaten lo dispuesto por dichas leyes. En esta segunda manifestación, la antes citada capacidad de fomentar o evitar cambios requiere necesariamente emanar de una autorización legal. Ahora bien, ningún régimen constitucional está exento de la aparición de actos que resulten legalmente inconsistentes por padecer algún vicio de invalidez legal. Pero también pueden existir decisiones de autoridades legalmente consistentes que terminen siendo política o socialmente inconsistentes. Es pues desde un punto de vista fáctico que podemos distinguir las dos manifestaciones del poder; es sólo a través de un proceso de asimilación, mejor llamado de legitimación, que la actuación del Estado puede llegar a considerarse efectiva a lo largo del tiempo.¹¹

Ahora bien, adelantábamos que un poder soberano es aquél que no admite poder o autoridad alguna por encima de él. De forma equivalente a la dualidad de las expresiones del poder, la noción de soberanía puede desdoblarse en dos manifestaciones. La soberanía política es sinónimo de poder en última instancia, que por esencia no puede quedar sujeto a limitaciones por parte de otro poder; la soberanía legal implica una autoridad legal que no puede ser contradicha por otra autoridad de mayor jerarquía. Encontramos entonces que estas lecturas de los elementos del Estado parecen conducir a reformulaciones. Y no es que los teóricos de la materia hayan estado inactivos en las décadas anteriores; es más bien que las nuevas realidades amenazan con rebasar los modelos que conocimos durante décadas. La subsidiariedad no ha escapado de estos replanteamientos, si bien, nos referimos a épocas que van atrás de la generación de quienes fueron nuestros profesores.

B) *Un poder soberano circunscrito... pero no para siempre*

Históricamente, los Estados militaron favor de una defensa irrestricta a la soberanía (acaso como forma de construir una idea artificial de nación, en peligro constante por las guerras e invasiones de segunda mitad del siglo XIX

¹¹ *Ibidem*, p. 283.

y principio del XX). Se consideró la soberanía debía erigirse en el atributo del Estado que fungía como base de la paz, la prosperidad y la expansión colonial del continente. Esa impresión se reafirmó al final de la Segunda Guerra, al ser ésta una época en la que vencedores y vencidos renacían de las cenizas con la consigna de lograr un acuerdo unánime e irremplazable: jamás otra guerra mundial.

No es casual que una colectividad, recién salida de un conflicto militar de tales dimensiones, se refugiara bajo el paraguas de esa comprensión particular de la soberanía: en medio de la crisis, un Estado debe ser capaz de afirmar que los órganos soberanos internos sean capaces de formar gobierno con los intereses propios a la colectividad.

Pero esta noción costó muchos conflictos y vejaciones entre quienes idearon la estructura de Estado con que contamos en la actualidad. Según la lectura imperante al menos hasta el final de la Segunda Guerra mundial, la soberanía necesitaba quedar circunscrita al territorio; la idea de soberanía traía consigo la de unidad nacional. El sistema normativo debía referirse entonces al ejercicio de funciones concretas (ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales) en un ámbito territorial de validez determinado, y tales funciones se entendían encarnadas por mecanismos que aseguraran la aplicación de leyes en el mismo ámbito espacial. Con la expansión de algunos sistemas de reglas que no se refieren necesariamente a un ámbito estatal en particular (como el derecho internacional o el comunitario), el Estado requirió adecuarse y permitir la coexistencia de sus normas nacionales con aquellas que fueron creadas desde el exterior del Estado. De ahí que en años más recientes, esos primeros desarrollos se fueron adaptando, y dieron como resultado explicaciones que mencionamos sólo a título de ejemplo, como la de la “soberanía dual”.¹²

Pero para poder entender qué noción de legitimación del poder territorial fue la que logró adecuarse a la de subsidiariedad, necesitamos recordar que tradicionalmente, se ha entendido que un Estado soberano radica en un

¹² Esta noción ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana desde los años '90; consiste en el afán normativo de evitar que se desarrollen políticas de manera unilateral (desde el centro y sin tomar en cuenta a la periferia). Se trata además de una tendencia que parece haber impactado en el mundo europeo actual; tal como lo veremos más adelante, la intención de dar la decisión a las regiones se constituye como una de las consignas que inspiran el desarrollo del derecho comunitario, sobre todo a partir de Maastricht. Para una referencia a estas cuestiones véase en BALLBÉ, Manuel y MARTÍNEZ, Roser, *Soberanía Dual y Constitución Integradora: la reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Barcelona, Ariel Derecho, 2003.

pueblo soberano. Pues bien, todas estas nociones dispersas fueron agrupadas durante la segunda posguerra en torno a las teorías de la democracia (llevadas éstas ya sea a un plano constitucional o a uno político). Sin entrar en el análisis de estas últimas, nos limitaremos a ilustrar la implantación de la subsidiariedad a partir de la forma en que la construcción comunitaria modeló el concepto de soberanía en preparación al punto de inflexión de la subsidiariedad, encarnado en la declaración de Maastricht en 1992.

Empecemos este trayecto por describir la espiral ascendente del activismo democrático (es decir, la enarbolada por ciudadanos que se saben capaces de participar en las decisiones colectivas en igualdad de circunstancias). La sobre-oferta de postulados ideológicos, que algunos arrivistas de la política anuncian como el fin de la historia, no buscó otra cosa sino chocar con la realidad del elitismo de las decisiones cotidianas (tomadas con frecuencia por personajes enigmáticos, en instancias alejadas del individuo promedio, como serían los ministerios, los consejos de ministros, los tribunales, las comisiones parlamentarias o los órganos de entidades supra-nacionales como la comunidad europea). Podríamos en este sentido alejarnos del triunfalismo de las democracias para analizar la cuestión desde el punto de vista del déficit democrático de toda colectividad que se vuelve compleja.

Pues bien, los europeos se dieron cuenta, desde hace unos cuantos lustros, que toda soberanía popular depende no sólo de crear mecanismos de renovación del poder que garanticen el voto de cada ciudadano; también implicaba dotar de derechos efectivos y de medios para hacerlos vinculantes. En un primer momento, la Convención Europea de Derechos Humanos fue aplicada (en la lógica de la subsidiariedad) dando preferencia a instancias nacionales

Las autoridades nacionales pueden libremente escoger cuáles de las medidas son apropiadas en cuestiones reguladas por la Convención. La jurisdicción de la Corte [europea] se relaciona únicamente con la conformidad de estas medidas con las formalidades impuestas por la propia Convención.¹³

En años más recientes, la protección de derechos observó una dinámica en sentido contrario, para imponer algunas limitaciones en las jurisdicciones nacionales, aunque con reservas. En otra sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, se afirmaba que su jurisdicción no podía intervenir

¹³ Del caso “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. “Belgium”, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A, no. 6, párr. 10, *cit.* por SHELTON, Dinah, “Subsidiarity and Human Rights Law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 27. no. 1-4, abril 2006, p. 9.

si la jurisdicción de un país hubiere omitido la aplicación de alguna regla de la Convención:

[...] duplicar el procedimiento interno con la Comisión y la Corte [Europea de Derechos Humanos] aparecería como poco compatible con el carácter subsidiario de la maquinaria protectora establecida por la Convención.¹⁴

Siguiendo con esta misma línea, en el caso en que un tribunal nacional estableciera que la Convención había sido transgredida, e incluso si hubiera impuesto medidas para resarcir a algún interesado por el incumplimiento, el papel de la Corte Europea sería sólo de constatar que la medida habría sido pronunciada por la instancia nacional.

La extensión del espectro protector de estos instrumentos que imponen sus acciones en detrimento de lo nacional parece poco visible en el espectro europeo (con excepción de los países que carecen de mecanismos para hacer cumplir los derechos consagrados en la Convención a través de alguna jurisdicción interna, como en el caso británico).

Fenómenos que se presentan en la actualidad, como el pluralismo jurídico (es decir, esa convivencia de reglas de distinta índole aplicables por instancias de diversas jerarquías) pudo dejar de considerarse una maraña normativa y competencial para irse convirtiendo en una ventaja del sistema; dependería ya del talento de los aplicadores de las normas el ir haciendo las combinaciones con las que, efectivamente, el individuo se sintiera cada vez mejor protegido frente a las amenazas exteriores.

Pero el reverso de la moneda también está presente cuando se entiende que esa soberanía popular puede entenderse como la opresión de un grupo (mayoritario) sobre otro. Y volvemos de nuevo al punto de partida.

El fin del paradigma de Estado soberano (tan anunciado en épocas del desmembramiento de la antigua Yugoslavia) trajo consigo una oportunidad que se pretendió capitalizar al instaurar, en Maastricht, la noción de subsidiariedad como elemento conector de todos los cabos sueltos que amenazaban a la construcción europea. Así, el pluralismo jurídico de reglas vigentes de muy distintas índoles (municipal o comunal; estatal o departamental; federal o nacional; comunitaria o regional; internacional) podría por fin ser definido según el arbitrio de quien detentara el poder en ese momento.

¹⁴ *Eckle v. Germany*, sentencia de 15 de julio de 1982. no. 51, serie A, en *Human Rights Law Journal*, no. 3, 1982, p. 303.

C) *Una noción de soberanía que cuadre con la subsidiariedad*

Al considerar las posturas mantenidas en estudios recientes, advertimos que la noción de subsidiariedad se explica por la necesidad que tienen los poderes públicos de “regular la atribución o el uso de la autoridad hacia dentro de las instancias políticas en aquéllos espacios en donde no exista una soberanía unitaria”.¹⁵ Para los autores que han tratado de entender las mutaciones sufridas por el principio de subsidiariedad, su construcción debe llevar implícito un equilibrio entre un enfoque procesal y uno sustantivo, donde respectivamente se tome en cuenta un criterio de eficacia frente a otro que identifique qué clase de intereses se vulneran con las intervenciones de los ordenes de gobierno subsecuentes.

En un primer extremo (procesal), podemos ilustrar la manera en que (p.e., dentro de las reglas de derecho comunitario), la intervención de la entidad supra-nacional dependa de las limitaciones fácticas de la entidad nacional de actuar (sea directamente o sólo en términos de cooperación) en la implementación de una regla de ese ámbito.¹⁶ En el extremo contrario (sustantivo), la competencia quedaría determinada por aquél ámbito del ejercicio del poder que demostrara ser el legítimamente más afectado por la decisión.¹⁷ Recientemente se ha tomado prestada la fórmula que Robert Alexy empleara para equiparar principios, de la que se derivó un “*test* de subsidiariedad”. Al tratar de emplearlo para determinar qué nivel de gobierno debe ejercer una competencia, topamos con un contenido estimativo que juega a favor del aplicador en función de la apreciación de pertinencia en el ejercicio de su función. Según esta prueba, no bastaría hacer una relación entre medios y fines de que dispone cada órgano de sendas esferas de competencia para determinar cuál de ellas debe actuar; debe además efectuarse una

¹⁵ FÖLLESDALL, Andreas, “Subsidiarity, Democracy and Human Rights in the Constitutional Treaty of Europe”, *Journal of Social Philosophy*, no. 37, 2006, p. 64.

¹⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 256.

¹⁷ POGGE, Thomas, *World Poverty and Human Rights*, p. 187, cit. por KOLERS, Avery, “Subsidiarity, Secession and Cosmopolitan Democracy”, *Social Theory and Practice: An International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, vol. 32, no. 4, october 2006, p. 661. Este último señala otro criterio por el cual se puede asignar una competencia a una instancia central o a una sub-nacional. Refiere en este sentido un criterio de “integración”, relacionado con la forma como los ciudadanos de un determinado territorio se sienten identificados y cercanos a los representantes de las esferas competenciales encargadas de tomar una decisión en diferentes niveles (*i.e.*, nacional vs. regional), *id.* p. 662.

estimación del tipo de necesidad que se pretende atender en cada caso.¹⁸ Una vez más, volvemos pues al predominio de un criterio político sobre uno constitucional.

La doctrina de la subsidiariedad requiere entonces la edificación de poder decisorio para a su vez ser redistribuido al nivel de gobierno más apropiado. Incluso se ha dicho que para alcanzar niveles óptimos de desarrollo democrático se requieren mecanismos de toma de decisión más cercanos al individuo.

Pero las apariencias también engañan: uno de los aspectos que más se han criticado durante las diversas fases de construcción de la Unión Europea ha sido la constante centralización de las decisiones hacia Bruselas, donde se encuentra la sede de la mayoría de las agencias gubernamentales del ámbito comunitario. Si bien, el declive de la soberanía lleva a replantear que desde estos tiempos recientes (cuya formalización fue representada por el Tratado de la Unión Europea —TUE—, firmado en Maastricht), el discurso debió modificarse para incluir elementos como “soberanía” y “subsidiariedad” dentro de la agenda de temas a tratar por estas instituciones como parte de la agenda política desde el final de la Guerra fría.

Pero en su momento, la idea de asignación de poderes a la instancia más cercana al individuo fue criticado por algunos de los actores políticos europeos más influyentes, como Margaret Thatcher, cuyo escepticismo frente al proceso de integración comunitaria la llevó, entre otras cosas, a dimitir justo un año antes de la firma en Maastricht.¹⁹ Otras opiniones consideraban estos contenidos como “totalmente ajeno[s] a la lógica, la estructura y la terminología de los Tratados fundadores de la U.E. así como de la jurisprudencia [europea]”.²⁰

Estas primeras reacciones reflejaban la incertidumbre que se generaba al incluir este concepto expresamente en el texto del Tratado, que en efecto,

¹⁸ HELD, David, *Global Covenant: The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004, pp. 99-100.

¹⁹ La Primera Ministro hizo suya una expresión acuñada por el Presidente de la Alta Corte, Lord Mackenzie-Sturatt, quien al referirse a la subsidiariedad la describía como un “término innecesariamente complicado”, —*gobbledegook*—. Este término se reproduce en un artículo de su autoría, publicado justo el día que arrancaba la cumbre de Edimburgo (que es el antecedente de la firma del T U E en Maastricht); “A formula for failure”, *The Times*, London, december 8 1992, *cit. por* Schwarze, Jürgen, “The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of federal states”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, no. 3-4, 1995, p. 731.

²⁰ TOTH, A. G., “The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty”, *Common Market Law Review*, no. 29, 1992, p. 1105.

estaba ausente de la jurisprudencia previa de la Corte Europea de Justicia, si bien ésta ya se había pronunciado sobre los poderes implícitos que hasta ese momento existían en el plano comunitario; de esa forma, debían entenderse como concurrentes (entre estados nacionales y la Comunidad)²¹ los poderes de establecer tratados con terceros hasta en tanto una de las dos entidades ejerciera tales competencias.

Al incluir este principio en el texto del Tratado y hacer referencia a competencias exclusivas y no exclusivas de la Comunidad Europea frente a las instancias nacionales, se produjo un sentimiento de coherencia al referir a una herramienta muy conocida en el ámbito del federalismo, como la diferencia entre facultades expresas e implícitas.

De esta manera, la subsidiariedad debía por fin entenderse en un plano de asignación de competencias más allá de los poderes expresamente conferidos a alguna de las esferas territoriales, para entonces determinar si el ejercicio de una potestad (en el sentido referido desde el inicio de este texto) debía entenderse, en una situación determinada, como exclusiva de los órganos comunitarios o si ésta debía entenderse como compartida con las instancias nacionales.

La intención de delimitar el concepto e insertarlo en el art. 3b del texto de Maastricht implicó aclarar que para entender esta separación de esferas competenciales, había también que separar el ejercicio frente al mero hecho de la asignación de una atribución,²² o dicho de otra forma, que no sólo se debía entender si los estados individualmente eran los mejor situados para ejercer la competencia, pero también de determinar cuáles de los fines del Tratado debían ser efectivamente puestos en marcha por tales instancias.

Ahora bien, otro debate es el que se ha generado en torno a lo factible de invocar este principio ante diversos tribunales. La respuesta formulada ha tenido que ver con el manejo particular de los recursos, de tal suerte que quienes rechazan su salida jurisdiccional lo hacen invocando razones de oportunidad política.²³ Esto significa que la constante de la subsidiarie-

²¹ RE KRAMER [1976] ECR 1279, 1308-11.

²² DASHWOOD, W., "The Limits of European Community Powers", *European Law Review*, no. 21, 1996, pp. 114-116.

²³ Este debate se dio sobre todo en los años cercanos a la adopción del TUE. Por ejemplo, TOTH consideraba este principio como no justiciable por ser demasiado político, en "Is subsidiarity justiciable?", en *European Law Review*, no. 19 p. 268; en contra, BERMANN, George A., "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", *Columbia Law Review*, vol. 331, no. 94, 1994, pp. 390-403 consideraba que sí es un principio justiciable, aunque previa la intervención de las ramas legislativas de la Unión previamente a la adopción de reglas generales para los países; por su parte, el

dad tiene que ver con la dualidad de comportamientos, como un aspecto de contenido político y jurídico simultáneo.

De ahí que el desarrollo del concepto no ha involucrado exclusivamente a los actores políticos; en el referido interés por lograr un equilibrio entre los procesal y lo sustantivo, encontramos (como en tantos otros ámbitos) la intervención creciente de tribunales.

III. LOS JUECES DE LA SUBSIDIARIEDAD

En todo el mundo, el verbo “descentralizar” suena a democracia pues parece imponer, por decreto, que el pueblo (y no un ente que se encuentra por encima de éste, como el Estado) es el dueño de su propio destino. Fue así que, basados en la amplitud con la que vimos, fue concebida esta herramienta competencial, los jueces constitucionales parecieron encontrar en este verbo un argumento adicional para legitimar su actividad.

Igual que en los años 1980, se hablaba de disminuir el déficit representativo de sus cargos; recordemos en este sentido la polémica entre John Ely y Alexander Bickel en Estados Unidos, donde este último hablaba de la dificultad contra-mayoritaria de un tribunal que, sin contar con jueces electos democráticamente, podía agregar lecturas nuevas a la constitución,²⁴ mientras que el primero, respondía diciendo que en realidad, los jueces sólo se dedican a cuidar la integridad del sistema democrático, sin agregarle o quitarle nada.²⁵ Actualmente, tribunales de todos los continentes parecen apuntalar con sus decisiones las políticas legislativas que tienden a atribuir funciones a las entidades jurídicas que se encuentran físicamente más cerca del individuo, independientemente que el principio que engloba esta intención quede o no consagrado en el texto constitucional.

Sin que sea ésta una intención deliberada de los jueces, hemos encontrado que al referirse a la idea de *subsidiariedad*, el contencioso constitucional puede no sólo garantizar una ampliación de derechos a favor de la entidad más cercana al individuo, pero, por paradójico que esto parezca, varias de las decisiones judiciales tomadas respecto de este principio anuncian un reagrupamiento de los poderes a favor de entidades más lejanas al individuo:

Parlamento Europeo determinó, en una Resolución de 12 de julio de 1990 (O.J. C231/63 12), que el principio sí es justiciable.

²⁴ BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, 1986, pp. 16-17.

²⁵ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, p. 87.

Estados Unidos o Canadá observan una mayor concentración de atribuciones hacia los órganos federales, los tribunales europeos tienden a validar la creciente asignación de competencias a favor de instancias comunitarias.²⁶ Para ilustrar este efecto contrario a lo anhelado por la noción de subsidiariedad, haremos un rápido recorrido de algunas interpretaciones jurisprudenciales que tratan sobre este principio, enfocando este desarrollo alrededor de criterios, de fines y de forma en que estas decisiones suelen tomarse.

A) *Criterios interpretativos al asignar competencias*

A nivel jurisdiccional, es posible encontrar una falta de unanimidad interpretativa, que parece colocar a jueces europeos y norteamericanos en casilleros distintos. Así, la Corte Europea de Justicia estimó desde 1964²⁷ que la Comunidad [europea] constituye un orden normativo distinto al de los miembros, mucho más allá de la idea de un sub-sistema organizado en torno al derecho internacional. Aquello no debía sorprender a nadie, pues los países así lo negociaron e inscribieron en tratados que iban cediendo paulatinamente espacios de soberanía. La dificultad radicaba más bien en la manera de institucionalizar esas normas comunes; en llevarlas al ámbito ejecutivo y jurisdiccional de cada país.

En Alemania, la distinción entre una norma federal y una subnacional fue replanteada tras la caída del muro de Berlín. Anteriormente, tan solo se confería al Tribunal Constitucional la posibilidad de pronunciarse sobre los límites de la discrecionalidad que ejercía legislador en el acto de asignar una competencia al crear normas por vía del proceso legislativo. Como consecuencia, ninguna acción legal intentada en este sentido prosperó ante los tribunales. Al cabo de la reunificación, el juez constitucional federal empezó a conferir atribuciones a las diferentes instancias territoriales en función de elementos estimados suficientes para determinar que la asignación de una competencia se traduciría en una mejor garantía de la igualdad, tanto de individuos como de órganos del Estado.²⁸

²⁶ EDWARDS, Denis J., "Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, no. 4, fall (1996), p. 540.

²⁷ *Costa vs. ENEL*, caso 6/64.

²⁸ Veremos más adelante que la decisión que sirvió para reestructurar y dar coherencia a la concepción del federalismo alemán fue precisamente la declaración de conformidad del Tratado de la Unión Europea frente a la Ley Fundamental de Bonn, en 1993, en KOMMERS,

En otro país con esquema federal como Estados Unidos, el funcionamiento de las instituciones territoriales ha quedado delineado por la Corte Suprema, quien veló por la protección de condiciones que propiciaban un “orden espontáneo”, en el cual, la atribución de la entidad competente (federal o local) sería definida en función del principio de libre competencia. Se ha afirmado que, al menos la Corte de Rehnquist, se dedicó a impulsar un orden social construido de abajo hacia arriba, en lugar de imponerlo desde la federación.

Sin embargo, esta percepción de aparente respeto al desarrollo normativo de lo subnacional (que detectamos común a varios teóricos), choca contra una realidad histórica bastante evidente en los Estados Unidos. La doctrina de la supremacía de la legislación federal sigue firme desde hace años, por lo que al surgir un choque de competencias entre la federación y un estado, es la primera a la que el modelo federal da preeminencia: los norteamericanos han aceptado que sea pues la legislación federal la que ocupe el espacio.²⁹ Parece pues que desde los años posteriores al *New Deal*, la aplicación implícita del principio de subsidiariedad por un tribunal obedecía más bien a criterios de oportunidad política.

Por esta razón, la función jurisdiccional en general parece colocarse en una posición comprometedora al hacer efectivo un principio (como el de subsidiariedad) que se anuncia desprovisto de calidad predominantemente jurídica. Pero lo anterior, no es casualidad que al decidir cuáles de los asuntos relevantes de un país son aptos para ser descentralizados, estemos en presencia de una decisión eminentemente política, y que esa esencia política de la determinación no escape a los tribunales; mejor dicho en una sentencia del Alto tribunal norteamericano, que se trate de decisiones que involucran la percepción política individual de cada uno de los jueces que componen cada tribunal.³⁰ Así, en un voto disidente, el Juez Scalia expresaba que la subsidiariedad no es un principio de derecho sino una mera orientación o aspiración; algo semejante al dicho popular “compra cuando el precio sea

Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, pp. 109-113.

²⁹ En palabras del juez BLACK, “[l]a legislación estatal no puede permanecer como un obstáculo [que dificulte] la instauración y la ejecución de los propósitos y objetivos del Congreso”, en *Hines vs. Davidowitz*, 312 US 52 (1941), p. 67; términos equivalentes a la nomenclatura norteamericana de predominio del orden federal (*pre-emption*) son encontrados en el contexto anglosajón, aunque con otras denominaciones (como *paramountcy of federal law*, en Canadá, o *inconsistency* en Australia), cf. EDWARDS, *cit.* n. 26, p. 541.

³⁰ *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190, 221 (1976) (con opinión disidente de REHNQUIST).

barato, vende cuando sea caro”.³¹ Parece entonces coherente entender que la expansión de las atribuciones federales norteamericanas no haya sido obstaculizada por los jueces de aquel país del mismo modo que sus pares europeos han evitado, en términos generales, restringir las atribuciones de los órganos comunitarios frente a instancias nacionales o los locales.³²

No representaba pues ninguna novedad interpretativa que la Corte constitucional italiana declarara conforme a la Constitución que las grandes obras de infraestructura de los gobiernos subsecuentes debían realizarse con base en la oportunidad (política) en que se deben plasmar las normas nacionales.³³ Esto era así en coincidencia con el art. 117 de la Constitución italiana, del que se puede desprender en concreto que esta clase de obras deban llevarse a cabo a nivel central y no a nivel regional.

Pero se ha reconocido el riesgo que deben padecer las entidades territoriales dado que la Corte constitucional de este mismo país podría ser sumamente arbitraria al definir la entidad que estimaría con mayor capacidad para llevar a cabo los fines planteados (tal como lo haría un actor político). Con esto, el tribunal italiano parecía además ir en contra de las negociaciones entabladas por los órganos con representación regional, que obviamente pugnaban por un aumento en la participación de entidades territoriales para la toma de decisiones que ciertamente impactaban en el ámbito nacional. Pero para entender esta decisión, la Corte Europea ya había establecido, años atrás, que al considerar el principio de subsidiariedad como criterio para decidir, debían tomarse en cuenta las circunstancias del caso, y que éstas no se debían restringir al sistema normativo nacional, pero también, el contexto general de contenidos normativos y políticos que rodeaban una decisión, así como las circunstancias personales de los involucrados.³⁴ Estos ejemplos nos conducen en seguida a preguntar si los tribunales han manifestado, tendencialmente, una preferencia hacia la consecución de fines cercanos o alejados al ciudadano.

³¹ *Cit. por* BERMANN, *cit. n.* 23, pp. 447, 464.

³² WEILER, “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, 1991, pp. 2431-2450.

³³ Decisión de la Corte Constitucional no. 443/2001.

³⁴ *Akdivar vs. Turkey*, Reports 1996, párr. 69, en *Human Rights Law Journal*, no. 18, 1997, p. 203.

B) *Un juez facultado para evaluar fines*

Los jueces constitucionales parecen en segundo lugar influidos, al tomar una decisión jurídicamente coherente, por la capacidad de detectar que determinados fines están presentes en las medidas que se someten a su jurisdicción. Al igual que la definición de otros principios, tendrán que involucrar preferencias individuales al llenar vacíos legales (como lagunas y antinomias) que no fueron abiertas a propósito por el legislador, pero que legalmente, pueden inferirse.

Si para efecto de entender mejor este proceso nos referimos de nuevo a la complejidad de la construcción comunitaria, donde tenemos órdenes normativos superpuestos (con frecuencia concurrentes), el reconocimiento de validez de esas normas se fue construyendo desde el interior del sistema, hasta que logró convertirse en auto-referencial, para utilizar la terminología de Niklas Luhmann.³⁵ Pero aquello no significa que la idea comunitaria implique una separación absoluta de esferas competenciales: podrá ocurrir que al momento de deslindar tareas, países que formen parte de la Comunidad busquen esa identificación de lo “comunitario” del mismo modo que la Comunidad tenga interés en definir el espacio normativo propio para cada país miembro. La diferenciación de sistemas ha basado su buen funcionamiento en arreglos institucionales que se tienden para evitar conflictos potenciales en cuanto a las normas generadas y su interpretación. Lo anterior, en tanto las disposiciones comunitarias están diseñadas más bien para ser implementadas por instancias nacionales; no por oficinas de la Comunidad Europea. En efecto, se ha acordado que la aplicación de estas normas de una esfera competencial supra-nacional dependa de Estados nacionales para su aplicación, tanto en lo normativo como en lo político.

Siguiendo esta noción que se derivó del funcionamiento comunitario, podemos observar que un efecto semejante ha condicionado a jueces nacionales al definir un reparto de competencias entre la esfera nacional y la subnacional. En repetidas ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán ha

³⁵ Este carácter autoreferencial hace alusión a un sistema de normas (nacionales), que aunque se diferencie de otros sistemas (en este caso más elaborado de normas comunitarias) en tanto es válido y aplicable en su propio entorno. Cada órgano que compone las unidades nacionales reconoce entonces como parte del sistema a una norma supra-nacional siempre y cuando ésta se pueda identificar como aplicable a una situación relevante. Para una primera aproximación de la teoría de sistemas en derecho en LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas*, lecciones publicadas por Javier Torres Navarrete, México, Universidad Iberoamericana, pp. 61-68.

optado por no pronunciarse sobre la pertinencia o no pertinencia de preferir la aplicación de una ley federal, pues la “necesidad” de abordar la cuestión por vía de control de oportunidad (es decir, de evaluar la pertinencia de dicha subsidiariedad) debe ser una materia propia de la discrecionalidad del legislador.³⁶

Incluso en épocas posteriores a la ratificación del tratado de Maastricht en 1992 por los países de la entonces constituida Unión Europea, las decisiones de las jurisdicciones europeas (como la Corte Europea de Justicia) han declarado que este principio no puede ser aplicado de manera sistemática por vía jurisdiccional, con lo cual, puede inferirse que las jurisdicciones supranacionales han ampliado considerablemente el margen de apreciación de las legislaturas y de las administraciones nacionales, equiparando estas decisiones con el diseño de políticas. Es así que la forma en que debe plantearse el principio, que puede ser expresa o implícita, acarrea consecuencias a la hora de ser objetivada por el intérprete constitucional. Y claro está, por lo ya apuntado, al intérprete constitucional se le atribuyen márgenes considerables para ampliar el concepto según criterios de oportunidad política.

Una de las sentencias más comentadas sobre la manera en que un tribunal constitucional de Europa decidió de que forma debía insertarse este principio derivado del TUE dentro del esquema federal es la decisión del Tribunal Constitucional alemán, que declaraba en 1993 la conformidad constitucional de este Tratado.³⁷ De sus artículos, debe entenderse que la organización comunitaria se funda a nivel de los Estados nacionales y no sobre la base de un supuesto pueblo europeo. La idea central era entonces la de llevar a cabo algunas de las atribuciones para ejercer su soberanía de manera conjunta, pero en virtud de los artículos 2b y 3b del TUE, la esencia debía entonces radicar en cada unidad nacional.

Art. 3b: La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

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

³⁶ CURRIE, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 43-46.

³⁷ *BVerfGE* 89, 155 (1993).

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.³⁸

Los efectos de una disposición comunitaria no pueden limitar la esfera de la soberanía alemana hasta en tanto no se produzca una delegación expresa (p.e. un decreto de aplicación) por parte de una autoridad alemana, sea ésta federal o local.

Ahora bien, la suscripción del Tratado, continúa el Tribunal, también aumenta la responsabilidad parlamentaria del *Bundestag* (de manera análoga que debiera ocurrir en los demás países firmantes). Lo anterior, en la medida que las normas comunitarias deben reflejarse dentro de la normatividad nacional. Vemos pues que no se trata de transformaciones automáticas de las normas, sino que la dinámica comunitaria empieza generando prácticas en instancias nacionales. Es de esta forma que el principio de subsidiariedad condiciona la actuación de las instancias territoriales más cercanas al ciudadano, con lo cual, es en realidad una limitación para las instancias (en este caso) federales en beneficio de las sub-nacionales. Pero aquello depende más de la voluntad política de los aplicadores de las normas. En este sentido, veremos por último que la mención expresa del principio no ha sido determinante en la lectura que deba darse a la noción de subsidiariedad.

C) *Una interpretación que no depende de formalismos jurídicos*

Es indistinto si este principio está consagrado expresamente que si no lo está. “Como principio incorporado en el texto constitucional, la subsidiariedad no es un criterio de asignación de competencias, sino un criterio de regulación de competencias ya atribuidas, si bien de manera exclusiva”.³⁹ Pero la regla es que las constituciones no hagan mención expresa del principio.

Al igual que en los Estados Unidos, el principio de subsidiariedad no está referido en la LF alemana, si bien algunos lo pretenden deducir de los artículos que refieren la obligación del Estado de proteger, en orden de prioridad, los derechos derivados del matrimonio y la filiación, pero al mismo

³⁸ Dicho esto por el Segundo Senado del Tribunal Federal alemán respecto de la conformación del reparto competencial en el ámbito comunitario, “hasta el momento, no existe una intención de crear una entidad que pudiéramos expresar como los Estados Unidos de Europa”, *idem*, 156.

³⁹ SERNA DE LA GARZA, *cit.* n. 5, p. 51

tiempo, que es a nivel individual que se entiende el derecho natural de los padres a corregir a sus hijos antes que esa tarea sea efectuada por el Estado. Esto eventualmente se liga al pensamiento social de la iglesia católica expresado en la encíclica papal que cité al principio, del respeto a quienes estén más cerca territorialmente [e ideológicamente] de la toma de decisión. Tenemos por otro lado el ejemplo italiano, donde hasta el 2001, toda ley que atribuía competencias nuevas a las colectividades territoriales, debía pasar por el control de la Corte constitucional. Decíamos pues que hasta 2001, era un juez quien abiertamente, y por vía de acción previa de inconstitucionalidad, se convertía en el guardián de la subsidiariedad. Lo delicado del asunto llevó al legislador de aquél país a reformar el esquema de control. Si bien es cierto que el juez constitucional sigue controlando estas normas de las entidades territoriales, lo hace ya sólo por vía de recurso, es decir, de control *a posteriori*. Con base en una nueva reglamentación, la Corte constitucional italiana dictó una resolución donde, por extraño que parezca, reafirmaba las atribuciones de lo nacional sobre lo subnacional.⁴⁰ Esto es, creó un principio semejante al de supremacía del centro en caso de facultades concurrentes de los norteamericanos, aunque prohibió que se obligara a las regiones a legislar en determinadas materias. Esta sentencia prohibió además el establecimiento de acuerdos bilaterales entre el centro y regiones específicas (lo anterior, para evitar pactos a medida con determinados intereses regionales; por supuesto, previendo desbordamientos en las regiones del norte, como fue el caso de la caricatura nacionalista que propuso en su momento Umberto Bossi). Y sobre todo, en la misma sentencia, los jueces de Roma apuntalaron la idea de “interés nacional” para poder emplear, *pero en sentido inverso*, el citado principio de subsidiariedad.

Y si bien los jueces nacionales se han preocupado en dejar clara la competencia del Estado, también se ha dejado de considerar a la soberanía nacional (esto es, del Estado central) como un atributo intocable de los gobiernos (en el sentido en que ésta noción se entendía a principio del siglo xx). Si atendemos al desarrollo que hacíamos al principio de este trabajo sobre la soberanía como un concepto que se puede comportar con contenidos a veces políticos pero otras veces escudados en normas, la soberanía absoluta o unitaria no puede convivir con una noción coherente de reparto de competencias dentro de una lógica institucional como la comunitaria europea. Ni política ni normativamente puede un Estado miembro de la Unión Europea

⁴⁰ Decisión de la Corte constitucional no. 303/2003

considerarse con el poder de última decisión sobre sus asuntos internos:⁴¹ políticamente, la Comunidad transforma la lectura con que se deben traducir en realidades los intereses nacionales (al menos en algunos aspectos, con frecuencia, torales para los países) y jurídicamente, la normatividad comunitaria obliga a los países miembros y condiciona sus legislaciones nacionales al ámbito de validez de las reglas comunes. Y sin embargo, la entidad comunitaria tampoco se puede considerar soberana en sí misma (es decir, no es un Estado con estructura confederada propiamente dicha) pues no es ni política ni legalmente independiente a sus partes integrantes.

Veamos ahora lo que ocurrió en Estados Unidos a este respecto. Aunque el principio tampoco se encuentre establecido expresamente en el texto de la Constitución, la amplitud de la noción de subsidiariedad parece permitir que prácticamente cualquier ley llegue a ser sometida a un criterio orientador análogo dentro de la Corte Suprema. Por ende, podrían ser combatidas por este motivo no solo la legalidad o la constitucionalidad de un acto, pero su pertinencia y oportunidad respecto de los actores subnacionales.

Ahora bien, la eficacia del principio de subsidiariedad puede quedar a expensas de actores que no debieran tomar decisiones más allá de lo jurisdiccional. Y aquí me refiero en concreto a los jueces constitucionales, quienes están muy mal situados para decidir en qué momento, el nivel subnacional se encuentra en la mejor situación de actuar cuando carecen de voluntad política expresa para hacerlo.

En Estados Unidos, lo anterior se tradujo durante la etapa del Tribunal Rehnquist, en que la práctica judicial federal vio reducido el número de sentencias que se dictaron por vía de jurados. Y si entendemos bien, los jurados obedecen a la noción de cercanía máxima al gobernado.⁴² Esta intención (que parece deliberada, en el sentido de limitar su práctica cotidiana) es acorde con las estadísticas. La corte de Rehnquist no hizo ni el más mínimo esfuerzo por disminuir el declive de los juicios por jurados; ya que menos de 4% de las controversias en materia penal se resolvieron por jurados durante aquél período.

⁴¹ MACCORMICK, Neal, *cit.* n. 10, p. 286-287.

⁴² BIBAS, Stephanos, How Apprendi Affects Institutional Allocations of Power, *Iowa Law Review*, no. 87, 2002, pp. 465.

IV. CONCLUSIONES

Para concluir, valdría la pena preguntarse si es necesario consagrar el principio de subsidiariedad en una constitución para hacerlo efectivo, o si mejor valdría la pena que su contenido siguiera inserto en líneas más generales de la asignación de competencias.

De los desarrollos paulatinos de la Europa comunitaria, pudimos inferir que la aparente renuncia de las soberanías (centrales y sub-nacionales) ha implicado consecuencias colaterales que más bien parecen benéficas para asegurar el ejercicio del poder dentro de la Unión. Políticamente hablando, la escala de Comunidad que se ha venido construyendo ha reforzado la independencia política de sus miembros en lo individual. La combinación de esferas ha conducido al desarrollo institucional de los países europeos más allá del Estado soberano.

Ciertamente que el concepto de soberanía se encuentra en etapa de reestructuración. Dentro de las propuestas teóricas, encontramos una lectura que pretende desdoblar la idea de soberanía en dos partes: una, donde el Estado nacional cede soberanía a una instancia supra-nacional, y otra correlativa donde se refuerza la atribución de competencias a favor de instancias sub-nacionales. Esto es lo que se ha dado en llamar la “democracia cosmopolita” (*cosmopolitan democracy*).⁴³ Sin pretender confundir al lector con una más de las incontables caracterizaciones de la democracia (que en este caso particular se concentra en definir un catálogo definitivo de derechos y necesidades económicas mínimas en un contexto global) nos limitaremos a sugerir que esta tipo propuestas teóricas puedan servir como orientación de futuras investigaciones en la materia.

La subsidiariedad puede presentar márgenes de actuación tan abiertos que pueden permitir a los gobiernos anunciar que determinadas reformas requieren un plano de ciudadanos de ámbitos distintos para que se beneficie a quien está más cerca de la decisión. Pero cuando el ámbito del gobierno central queda excluido de intervenir, se podría genera un nuevo escenario de ganadores y perdedores. Esperemos contar con gobiernos que, sea desde el centro o desde la periferia, eviten excesos en la aplicación de este principio.

⁴³ Véase el número especial “Cosmopolitanism and State”, de la *Social Theory and Practice*, cit., n. 17.