

UN PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PARA MÉXICO. ¿OTRA MANIOBRA PARA CENTRALIZAR EL PODER?

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Lo relevante del principio de subsidiariedad.*
II. *La subsidiariedad vista por los jueces.*

El 20 de septiembre de 2007, más del 70% de los senadores de la República aprobaron una proposición legislativa que puso en marcha el mecanismo de reforma de la Constitución federal. La moción pretende incorporar en el artículo 40 el principio de subsidiariedad como uno de los ejes rectores del federalismo en nuestro país. De ser aprobada, se añadiría un segundo párrafo al artículo mencionado. El párrafo añadido quedaría como sigue: “La subsidiariedad y el federalismo cooperativo serán los principios rectores de las relaciones entre los diferentes órdenes de gobierno”.¹

Dado que falta esperar al voto tanto en las dos cámaras del Congreso como de las legislaturas de los estados, y que el proceso de reforma constitucional ya no se anuncia tan fulgurante como en otras épocas, los académicos tenemos oportunidad de formular opiniones antes de que los políticos pretendan que al instante mismo de promulgar la nueva nor-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Véase el Proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 40 Constitucional, presentada por el senador Ramón Galindo Noriega (PAN) en sesión ordinaria del 20 de septiembre de 2007, http://www.senado.gob.mx/servicios_parlamentarios.php?ver=estenografia&tipo=O&a=2007&m=09&d=20 (consultado por última vez el 20 de mayo de 2008).

ma se generen cambios providenciales en las prácticas institucionales.² Con el afán de contextualizar tales intenciones partidistas, que al parecer refieren el concepto de la subsidiariedad al ámbito europeo, nos será de utilidad conocer la manera como se fue gestando el principio en el ámbito comunitario; acaso puedan servir también estas ideas, en el entendido de que la inclusión de normas de carácter supranacional es una realidad que se expande en todos los países, y que tal vez esa intención también está inmersa en la iniciativa de reforma que se comenta.

El objeto de la presente comunicación es efectuar una revisión crítica de la subsidiariedad para demostrar que igual que en muchos temas, una noción compleja parece empleada de forma aproximada (por no decir incompleta, tergiversada o incorrecta) por algunos de los actores que obedecen más a jerarquías políticas que a razones jurídicas.

Ideológicamente, esta herramienta tiene una orientación etiquetada de nacimiento. La noción de subsidiariedad surge en 1931 como parte de la doctrina social de la Iglesia católica. La encíclica de Pío XI, *Quadragesimo Anno*, afirma que

Igual que es incorrecto desposeer al individuo [de una competencia] para otorgársela a un grupo [de] lo que una empresa privada o la industria pueden conseguir [por sí mismos], lo es para una más amplia asociación el atribuir funciones que puedan ser llevadas a cabo más eficientemente por sociedades más pequeñas y más cercanas [al individuo]... Una comunidad de mayor orden no debe interferir en la vida interna de otra comunidad de menor orden, porque privaría a la segunda de sus funciones; en cambio, de ser necesario, debe apoyarla y ayudarla a coordinar sus actividades con las del resto de la sociedad siempre con la visión del bien común.³

El momento de suscribir este documento no es irrelevante; dos años antes, el mismo papa había firmado el pacto del Vaticano con Mussolini:

² En la exposición de la propuesta precitada, el senador panista pontificaba: “Durante una visita oficial del Ministro de Economía, de la República Federal de Alemania, a Lima, Perú, un periodista preguntó al funcionario sobre el milagro alemán, como se había dado esto, sin vacilar, el Ministro alemán respondió: hemos sabido entender y aplicar el principio de subsidiariedad”; *idem*. Da la impresión de que con este supuesto hallazgo se pretendía encontrar la clave para la solución de todos los males del federalismo mexicano.

³ Del párrafo 79 del texto original, en Dweyer, Judith, *The New Dictionary of Catholic Social Thought*, Collegeville, Liturgical Press, p. 927. Una caracterización del concepto en Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 45-52.

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.⁴

En su forma prístina, se entiende entonces que el Estado no debe intervenir a menos que sea necesario.⁵ Al trasplantar este principio al ámbito constitucional del reparto de competencias territoriales, la autoridad central debe actuar sí y sólo si las tareas asignadas no pueden ser mejor ejercidas a un nivel territorial más inmediato al gobernado. Si aceptamos sin cuestionar las nobles intenciones de los jefes del partido político que plantea esta reforma para México, merecería la pena preguntarnos si en la forma como se pretende consagrar en la Constitución este principio va a poder ser válidamente aplicado o si se trata de otra más de las múltiples declaraciones de buenas intenciones que quedará pomposamente incrustada en nuestra enmendada carta fundamental. Pero si, al contrario, denunciáramos lo que tal vez esconde esta reforma constitucional, podríamos encontrar intereses distintos o disimulados. Entre otros problemas, es imposible prever si el principio, después de ser aprobado, va a poder ser aplicado de manera vinculante por las autoridades del país; pero hay otro asunto que nos parece acaso más urgente: podría ser que determinados grupos oligárquicos estén impulsando la adopción de este principio para contribuir a crear el fundamento jurídico de una concentración de poder en manos de cacicazgos regionales.

En este trabajo nos disponemos a hacer primero una revisión del contenido que expresa (esperando nos permita describir lo que *no* expresa) este principio, para después apuntar algunas de las lecturas que han sido formuladas jurisprudencialmente por los tribunales encargados de interpretar la Constitución en otros países. Para responder a nuestra interrogante veremos hasta qué punto la intervención subsidiaria de las entidades centrales (que en el caso de México lo sería la federación) ha sido entendida por los jueces, quedando más como un instrumento político y

⁴ Peterson, John, "Subsidiarity: a definition to suit any vision?", *Parliamentary Affairs*, vol. 47, núm. 1, January 1994, p. 116.

⁵ 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*, núm. 29, 1992, p. 1111.

menos como uno jurídico. Estos elementos nos conducirán a cuestionar el sentido de la reforma como la búsqueda deliberada de espacios de indefinición en el reparto de competencias.

I. LO RELEVANTE DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Antes de revisar la forma en que los aplicadores del derecho han entendido y moldeado la noción de subsidiariedad en otros países conviene entender qué elementos jurídicos relevantes a la organización del Estado son en parte dependientes de la manera en que se interprete tal principio.⁶ Para esto, iniciamos esta colaboración describiendo la forma en que se empezó a moldear la idea de soberanía hasta refundarla en el Tratado de Maastricht, que acaso es el punto de arranque de la forma en que los tribunales constitucionales entienden el concepto de subsidiariedad en la actualidad como inscrito en un marco más general de distribución territorial del poder.

1. *¿Qué noción de poder rima con la de subsidiariedad?*

Desde que los europeos, en su afán de llevar a buen puerto el proyecto comunitario, optaron por hacer renunciias expresas a sus competencias nacionales, las lecturas tradicionales de los elementos del Estado se vieron obligadas a denunciar la aparente presencia de amenazas a la soberanía.⁷ 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.

La noción de poder (que se entiende inmersa en las cuatro entidades que acabo de referir) lleva siempre implícita la capacidad de fomentar o

⁶ Peterson, *cit.* n. 4, pp. 117-119.

⁷ Sobre las fases subsecuentes entre el reporte de 1975 y Maastricht, véase en Cass, *cit.*, núm. 5, pp. 1113-1122.

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*).⁸ Siguiendo con esta distinción, el poder político implica una capacidad genérica de tomar decisiones que vayan en la misma dirección de los intereses colectivos (algunos dirán del bien común), para entonces asegurar el reparto de los recursos económicos disponibles en una comunidad. En términos actuales, es 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 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 como podemos distinguir las dos manifestaciones del poder; es sólo a través de un proceso de asimilación, mejor llamado de legitimación, como la actuación del Estado puede llegar a considerarse efectiva a lo largo del tiempo.⁹

Ahora bien, adelantábamos que un poder soberano es aquel 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 limi-

⁸ McCormick, Neil, "Sovereignty, Democracy, Subsidiarity", *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, vol. 25, núm. 3, 1994, pp. 281 y 282.

⁹ *Ibidem*, p. 283.

taciones por parte de otro poder; la soberanía legal implica una autoridad legal que no puede ser contradicha por otra autoridad de mayor jerarquía.

Según la lectura imperante al menos hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, la soberanía (en sus dos vertientes) 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”.¹⁰

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 pueblo soberano. En esta dirección, haremos un somero repaso a cuestiones que tienen que ver con la aceptación de ese poder soberano en la colectividad, tal y como esas nociones básicas fueron agrupadas en 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 a la declaración de Maastricht, y subrayando la manera como la estructura del reparto de competencias

¹⁰ Esta noción ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana desde los años noventa; 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, 2003.

derivado de la iniciativa que se pretende adoptar en México no parece tan compatible con aquellos desarrollos.

2. El trayecto previo a la construcción del principio

Si históricamente el recién independizado Estado mexicano se volcó a favor de una defensa irrestricta a la soberanía (acaso como forma de construir una idea artificial de nación, en peligro constante por las invasiones de segunda mitad del siglo XIX y principio del XX), los europeos consideraron también que este atributo del Estado era la 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 refugie 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 conforme se fue avanzando, la causa del activismo democrático (es decir, la enarbolada por ciudadanos que se saben capaces de participar en las decisiones colectivas en igualdad de circunstancias) chocó de frente con la realidad del elitismo de las decisiones cotidianas (tomadas en realidad por virtuosos en instancias alejadas del individuo promedio, como serían los ministerios, los consejos de ministros, los tribunales, las comisiones parlamentarias o los órganos de entidades supranacionales, 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 de que toda soberanía popular depende no sólo de crear mecanismos de renovación del poder que garanticen el voto de cada ciudadano, sino 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.¹¹

Pero 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 si la jurisdicción de un país hubiera omitido la aplicación de alguna regla de la Convención, pues "...duplicar el procedimiento interno con la Comisión y la Corte [EDH] aparecería como poco compatible con el carácter subsidiario de la maquinaria protectora establecida por la Convención".¹²

Siguiendo con esta misma decisión, 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 al 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.

¹¹ Del caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. "Belgium", sentencia del 23 de julio de 1968, serie A, núm 6, párr. 10, *cit. por* Shelton, Dinah, "Subsidiarity and Human Rights Law", *Human Rights Law Journal*, vol. 27, no. 1-4, April 2006, p. 9.

¹² *Eckle v. Germany*, sentencia del 15 de julio de 1982, núm. 51, serie A, en *Human Rights Law Journal*, núm. 3, 1982, p. 303.

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.

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 aquellos espacios en donde no exista una soberanía unitaria”.¹³ Para los autores que han tratado de caracterizar al 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 órdenes de gobierno subsecuentes.

En un primer extremo (procesal), podemos ilustrar la manera en que (por ejemplo, dentro de las reglas de derecho comunitario) la intervención de la entidad supranacional 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.¹⁴ En el extremo contrario (sustantivo), la competencia quedaría determinada por aquel ámbito del ejercicio del poder que demostrara ser el legítimamente más afectado por la decisión.¹⁵ Recientemente se ha tomado prestada la fórmula que Robert Alexy empleara para equiparar principios, de la que

¹³ Føllesdal, Andreas, “Subsidiarity, Democracy and Human Rights in the Constitutional Treaty of Europe”, *Journal of Social Philosophy*, núm. 37, 2006, p. 64.

¹⁴ Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 256.

¹⁵ Pogge, Thomas, *World Poverty and Human Rights*, p. 187, cit. por Koler, Avery, “Subsidiarity, Secession and Cosmopolitan Democracy”, *Social Theory and Practice: An International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, vol. 32, núm. 4, octubre 2006, p. 661. Este último señala otro criterio por el cual se puede asignar una competencia a una instancia central o a una subnacional. 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 competen-

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 según 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, sino que debe además efectuarse una estimación del tipo de necesidad que se pretende atender en cada caso.¹⁶ Una vez más volvemos 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, 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.

3. *La consagración del principio en el Tratado de Maastricht*

Por paradójico que parezca, la inclusión de este principio dentro del artículo 3 b del TUE se debe ubicar en la línea de una expansión en las atribuciones de las instancias comunitarias y no al revés.

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

ciales encargadas de tomar una decisión en diferentes niveles (*i. e.*, nacional vs. regional), *ibidem*, p. 662.

¹⁶ Held, David, *Global Covenant: The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004, pp. 99 y 100.

mejor, debido a las dimensiones 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.¹⁷

Con base en su redacción, el concepto tenía que ver no sólo con el ejercicio de las atribuciones de los órganos comunitarios, pero también del reparto de competencias entre las instancias nacionales y las supra-nacionales.

Pero en su momento la idea de asignación de poderes a la instancia más cercana al individuo fue criticada 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.¹⁸ 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 de la Corte Europea de Justicia”.¹⁹ Estas primeras reacciones reflejaban la incertidumbre que se generaba al incluir este concepto expresamente en el texto del Tratado, que en efecto 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

¹⁷ En el Tratado Constitucional de la Unión Europea, 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 artículo I-11 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 16 de diciembre de 2004, en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:ES:HTML> (consultado por última vez el 2 de junio 2008).

¹⁸ La primera ministra hizo suya una expresión acuñada por el residente 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 TUE en Maastricht); “A formula for failure”, *The Times*, Londres, diciembre 8 de 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*, núm. 3-4, 1995, p. 731.

¹⁹ Toth, A. G., “The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty”, *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, p. 1105.

entenderse como concurrentes (entre estados nacionales y la Comunidad) los poderes de establecer tratados con terceros hasta en tanto una de las dos entidades ejerciera tales competencias.²⁰

Lo cierto es que una vez incluido este principio en el texto del Tratado, al hacer referencia a competencias exclusivas y no exclusivas de la Comunidad Europea frente a las instancias nacionales, se produjo al menos 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 ya entenderse en primer término 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 al 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. Además, la intención de delimitar el concepto e insertarlo en el artículo 3 b 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,²¹ 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.

Un ejemplo para entender esta lógica lo tenemos en la forma en que el TUE asignó competencias a los órganos comunitarios en materia de fusiones de empresas. Antes de aprobar una normativa comunitaria a este respecto²² se habían generado algunos cuestionamientos sobre las competencias que ya ejercían instancias europeas en esta materia, especialmente en lo relativo a los efectos entre países. Aunque el TUE estableció una competencia concreta a favor de la Comunidad en materia de reglas de competencia y de monopolios, no se estableció una mención específica sobre las fusiones. La respuesta se dio tomando en cuenta la regulación precitada, imponiendo un umbral bastante alto como condición para que actuaran al respecto instancias comunitarias; esto es, la fusión

²⁰ Re Kramer [1976] ECR 1279, 1308-11.

²¹ Dashwood, W., "The Limits of European Community Powers", *European Law Review*, núm. 21, 1996, pp. 114-116.

²² Regulación comunitaria 4064/89 O. J. L. 395/1 del 30 de diciembre de 1989.

debía ser sometida a instancias comunitarias cuando el monto total de las acciones correspondiera a una suma mínima de 250 millones de *Ecu* si se trataba de acciones dentro de la Comunidad, o de cinco billones acumulados globalmente a nivel mundial. Eso significa que la competencia comunitaria en esta materia se restringe a las grandes fusiones.

Ahora bien, otro debate es el que se ha generado en torno a lo factible de invocar este principio ante las jurisdicciones comunitarias. 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 eterna cuestión de la subsidiariedad 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 lo procesal y lo sustantivo encontramos (como en tantos otros ámbitos) la intervención creciente de los tribunales, aunque no sólo de los comunitarios. De esta forma, continuaremos en la segunda parte tratando de entender hasta qué punto la noción que pretende echar a andar el legislador mexicano corre el riesgo, como advertimos, de quedar en simples buenas intenciones de algunos de nuestros legisladores, y nos preguntaremos hasta dónde se trata de un subterfugio para asignar competencias de manera arbitraria y con seguridad difícil de predecir en su parte de control jurisdiccional.

II. LA SUBSIDIARIEDAD VISTA POR LOS JUECES

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.

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?”, *European Law Review*, núm. 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, núm. 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 Parlamento Europeo determinó, en una resolución del 12 de julio de 1990 (O.J. C231/63 12), que el principio sí es justiciable.

Dicho de otra forma, imaginar que todo individuo fuera capaz de proclamar, en el mismo tono que lo hiciera Luis XIV “el Estado soy yo”.²⁴

Los jueces constitucionales de las democracias contemporáneas parecen haber encontrado 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 contramayoritaria de un tribunal, que sin contar con jueces electos democráticamente podía agregar lecturas nuevas a la Constitución,²⁵ 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.²⁶ Actualmente tribunales de los dos lados del Atlántico 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 de 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: mientras que Estados Unidos o Canadá observan una mayor concentración de atribuciones hacia los órganos federales, los

²⁴ *L'Etat, c'est moi!* La famosa locución fue en efecto exclamada en el Parlamento de París en abril de 1655 por Luis XIV ante la negativa de algunos los magistrados que cuestionaban la legalidad de unas contribuciones que tenían por objeto financiar la guerra contra España. El rey tenía apenas un año ejerciendo el poder bajo la sombra de Mazarin, quien le aconsejó optar por esa vía de financiamiento. Cuando el presidente del Parlamento expuso su negativa, invocando el “interés del Estado”, el joven rey le espetó: “El Estado soy yo”. Esta frase puede bien complementarse con otra fórmula sacramental del absolutismo que se enunciaba al momento de validar alguna iniciativa parlamentaria y hacerla propia (y entonces válida): “*le Roi le veut*” “el rey así lo quiere”, o en caso de haber generado algún comentario real que implicara modificaciones, quedaba asentado como “*le Roi s'avisera*” “el rey enunciará sus consideraciones”, Brewer, E. Cobham, “Louis XIV”, *Dictionary of Phrase and Fable*, Londres, 1898.

²⁵ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, 1986, pp. 16 y 17.

²⁶ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, p. 87.

tribunales europeos tienden a validar la creciente asignación de competencias a favor de instancias comunitarias.²⁷ 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.

1. *¿Qué criterios valida el juez al analizar la subsidiariedad?*

A nivel jurisdiccional, es posible encontrar una primera dificultad interpretativa, dado que la Corte Europea de Justicia estimó desde 1964²⁸ que la Comunidad [europea] constituye un orden normativo distinto al de los miembros, mucho más allá de la idea de un subsistema 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 sólo se confería al Tribunal Constitucional la posibilidad de pronunciarse sobre los límites de la discreción que ejercía el 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 de acuerdo con aspectos que probaran que la asignación de una competencia se traduce en una mejor garantía de la igualdad, tanto de individuos como de órganos del Estado.²⁹

²⁷ Edwards, Denis J., "Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, núm. 4, fall, 1996, p. 540.

²⁸ *Costa v. ENEL*, caso 6/64.

²⁹ 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 en 1993, en Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, pp. 109-113.

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 la legislación federal la que ocupe el espacio.³⁰ Parece 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 situarse en mala posición al hacer efectivo un principio (como el de subsidiariedad) que se anuncia desprovisto de calidad predominantemente jurídica. Por 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 involucren la percepción política individual de cada uno de los jueces que componen cada tribunal.³¹ 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

³⁰ En palabras del juez Black, “la legislación estatal no puede permanecer como un obstáculo [que dificulte] la instauración y la ejecución de los propósitos y objetivos del Congreso”, en *Hines v. Davidowitz*, 312 US 52 (1941), p. 67; términos equivalentes a la nomenclatura norteamericana de prevalencia 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). Cfr. Edwards, *cit.* núm. 27, p. 541.

³¹ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 221 (1976) (con opinión disidente de *Rehnquist*).

precio sea barato, vende cuando sea caro”.³² 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.³³

No representaba pues ninguna novedad interpretativa que la Corte Constitucional italiana declarara conforme a la Constitución que las grandes obras de infraestructura debían realizarse con base en la oportunidad (política) en que se deben plasmar las normas nacionales.³⁴ Esto era así en coincidencia con el artículo 117 de la Constitución italiana, que establece 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.³⁵ 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.

³² *Cit. por* Bermann, *cit.* n. 23, pp. 447 y 464.

³³ Weiler, “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2431-2450.

³⁴ Decisión de la Corte Constitucional núm. 443/2001.

³⁵ *Akdivar v. Turkey*, Reports 1996, párr. 69, en *Human Rights Law Journal*, núm. 18, 1997, p. 203.

2. *¿Fines nacionales o subnacionales?*

Los jueces constitucionales parecen en segundo lugar limitados para tomar una decisión jurídicamente coherente, en tanto están llamados a evaluar al mismo tiempo la capacidad real de apegarse a determinados fines. O lo que es lo mismo, que 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 están ahí.

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 autorreferencial, para utilizar la terminología de Niklas Luhmann.³⁶ 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 supranacional 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

³⁶ Este carácter autorreferencial 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 supranacional 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.

la subnacional. En repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional alemán ha 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.³⁷

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, 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 qué 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.³⁸ 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.³⁹ De ahí que los efectos de una disposición comunitaria no pueden impactar la esfera de la soberanía alemana hasta en tanto no se produzca (por ejemplo, un decreto de aplicación) por parte de una autoridad alemana, sea ésta federal o local.

³⁷ Currie, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 43-46.

³⁸ *BVerfGE* 89, 155 (1993).

³⁹ Dicho esto por el Segundo Senado del Tribunal Federal alemán “hasta el momento, no existe una intención de crear una entidad que pudiéramos expresar como los Estados Unidos de Europa”, *ibidem*, p. 156.

Ahora bien, la suscripción del Tratado, continúa el Tribunal, también aumenta la responsabilidad del *Bundestag* (de manera análoga que debería ocurrir en los demás países firmantes). Lo anterior, en la medida en que las normas comunitarias deben tener un seguimiento e inscripción dentro de la normativa nacional. Vemos pues que no se trata de transformaciones automáticas de las normas, sino que la dinámica comunitaria empieza generando prácticas en instancias nacionales. Ahora bien, el mismo principio de subsidiariedad también condiciona la actuación de las instancias nacionales a preferir siempre la actuación de la instancia territorial más cercana al gobernado, con lo cual es en realidad una limitación para las instancias (en este caso) federales en beneficio de las subnacionales. 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.

3. *¿Forma, escrita o tácita?*

Este principio implica consecuencias muy importantes, igual si 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”.⁴⁰ 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 tiempo, que es a nivel individual como 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 multicitada encíclica papal, del respeto a los que estén más cerca territorialmente e ideológicamente con la toma de decisión en materia de derechos subnacionales.

Tenemos por otro lado el ejemplo italiano, en el cual hasta el 2001 toda ley que atribuía competencias nuevas a las colectividades territoria-

⁴⁰ Serna de la Garza, *cit.*, núm. 3, p. 51

les debía pasar por el control de la Corte Constitucional. Decíamos 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 aquel 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 extrañamiento que parezca, reafirmaba las atribuciones de lo nacional sobre lo subnacional.⁴¹ 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 es el caso del hoy renovado reclamo de la caricatura nacionalista de Umberto Bossi). Y sobre todo, en la misma sentencia, los jueces de Roma apuntalaron la idea de “interés nacional” para poder emplear, de forma inversa, 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 esta noción se entendía a principios 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 a 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 considerarse con el poder de última decisión sobre sus asuntos internos.⁴² 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 normativa comunitaria obliga a los países

⁴¹ Decisión de la Corte Constitucional, núm. 303/2003

⁴² McCormick, Neal, *cit.* núm. 8, pp. 286 y 287.

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 tal criterio de evaluación ante la Corte Suprema. Por ende, podrían ser combatidas por este motivo no sólo la legalidad o la constitucionalidad de un acto, sino también 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.⁴³ 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 aquel periodo.

Para concluir, valdría la pena preguntarse si es necesario consagrar el principio de subsidiariedad en la Constitución mexicana o si mejor valdría la pena que su contenido siguiera inserto en líneas más generales de la asignación de competencias, como en Estados Unidos, donde esta característica queda implícita en elementos normativos de amplísima utilización, como la *Commerce clause* o los derechos de libertad de asociación.

⁴³ Bibas, Stephanos, "How Apprendi Affects Institutional Allocations of Power", *Iowa Law Review*, núm. 87, 2002, p. 465.

Por su parte, de los desarrollos paulatinos de la Europa comunitaria podemos inferir que la aparente renuncia de las soberanías (centrales y subnacionales) ha implicado consecuencias colaterales que más bien parecen beneficiosas para asegurar el ejercicio del poder dentro de la Unión. En materia de relaciones internacionales, ningún país puede considerarse como sujeto a algún actor externo a la Unión Europea, con lo cual parece haberse generado una especie de soberanía externa y extensiva que se proyecta frente al resto de países. 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. Pero lo que parece incongruente con esta evolución institucional es la forma en que los políticos europeos han seguido refiriéndose al Estado, empleando elementos retóricos (todavía durante los noventa), que parecen presentar a una colectividad necesitada de reafirmar el sentido decimonónico de la soberanía.

Ciertamente que el concepto de soberanía se encuentra en etapa de reestructuración. Dentro de las propuestas teóricas encontramos una lectura que pretende desdoblarse la idea de soberanía en dos partes: una, donde el Estado nacional cede soberanía a una instancia supranacional, y otra correlativa, donde se refuerza la atribución de competencias en favor de instancias subnacionales. Esto es lo que se ha dado en llamar la “democracia cosmopolita” (*cosmopolitan democracy*).⁴⁴ 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 este tipo de propuestas teóricas puedan servir como orientación de futuras investigaciones en la materia. Lo dicho lo proponemos además en tanto forma parte de un debate que en nuestro país apenas inicia, y que consiste en la reacción de quienes cuestionan el surgimiento de una gobernanza global. Estos cuestionamientos exigen que la tendencia (para muchos, irreversible) sea al menos compatible con entidades subnacionales autónomas que no obstante eviten la generación de condiciones idóneas para el surgimiento de emporios regionales que compitan con el poder público nacional.

⁴⁴ Véase el número especial “Cosmopolitanism and State”, de la *Social Theory and Practice*, cit., núm. 15.

Pero todo indica, según los desarrollos planteados recientemente en México, que este desplazamiento de atribuciones a favor de órganos regionales, frecuentemente confrontados a los intereses políticos de órganos nacionales (y que casi siempre encuentran su razón de ser en el aumento de competencias a las instancias más cercanas al ciudadano), puede también servir como distracción ante la necesidad de repartir efectivamente el poder.

Al otorgar una posibilidad creciente de creación normativa a las entidades subnacionales no estamos ciertamente en terrenos de pura miel sobre hojuelas. Para muestra, la llamada reforma energética que presentó al Senado el presidente Calderón el 8 de abril de 2008. Al lado de los fines legítimos de reactivación de la industria energética, no se debe descartar que lo que realmente busca esta reforma sea la construcción de empresas de capital privado de mediana escala, que a nivel regional puedan llevar a cabo funciones que hasta ahora se encuentran constitucionalmente reservadas a la nación. Con la intención deliberada de generar credibilidad frente al Congreso y al electorado, el argumento central del gobierno plantea la sustitución de las tareas que hasta ahora venían cumpliendo defectuosamente las empresas públicas productoras de petróleo y electricidad. ¿No será que lo que se pretende veladamente es erigir a nuevos emporios energéticos, o si se prefiere, caciques regionales, dóciles al mando del poder del presidente o de su partido? No olvidemos que la historia reciente de las privatizaciones de empresas y servicios en nuestro país ha generado los más grandes escándalos de corrupción y generación de fortunas que mensualmente superan sus propias marcas en la revista *Forbes*. ¿Acaso estamos presenciando la generación de la misma mecánica, pero a nivel de las regiones?.

Para documentar esta sospecha, me remito a una reforma propuesta por el gobierno de Alan García en Perú para optimizar la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, que se escuda bajo el manto de la subsidiariedad.⁴⁵ Con esta iniciativa se plantea derogar la Ley 24948, que regula el ámbito de las empresas públicas, para dejar su regulación a la Ley de Sociedades Mercantiles, y abren al capital privado a participar en la empresa pública (con un mínimo de 20% de las acciones que se deben

⁴⁵ Cfr: el proyecto 1217/2006-PE del 13 de abril de 2007, pendiente de aprobación en el Congreso, en Dammert Ego Aguirre, Manuel, "Proyecto privatista del gobierno para sepultar las empresas públicas", *Poder Ciudadano*, núm. 83, junio de 2008, p. 3, en <http://www.poderciudadano.org.pe/?p=707> (consultado por última vez el 3 de junio de 2008).

ofertar en bolsa, sin topes máximos); se impide que estas empresas sean titulares de bienes de dominio y de uso público (puertos, agua, electricidad, aeropuertos). El gobierno peruano pretende atribuir al principio de subsidiariedad una equiparación con la eficiencia del Estado basada en la iniciativa privada, y como hemos visto, esa equiparación acaso la encontramos en la encíclica papal referida.

Los riesgos de la subsidiariedad se pueden presentar entonces en los 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 genera un nuevo escenario de ganadores y perdedores. Al descentralizar, es factible que se generen nuevas oligarquías desde el momento en que las elites regionales pueden quedar a salvo de ciertos mecanismos de monitoreo, que no sólo se concentran en la Federación. Pensemos la forma en que las redes ciudadanas en nuestro país tienden a operar más a nivel nacional que local. Podemos además citar el caso emblemático del estado de Texas, en donde hasta los años setenta el conservadurismo local, que ha predominado tradicionalmente, marcó una opresión hacia ciertas minorías étnicas, con la consecuente imposición de patrones morales e ideológicos a favor de grupos oligárquicos. Y no fue sino a través de intervenciones federales como las decisiones fundamentales del Poder Judicial pudieron romper el cerco creado por esas elites; para citar sólo un ejemplo, el caso *Roe v. Wade*, a partir del cual las mujeres texanas (aunque por virtud de la onda expansiva de los derechos fundamentales federales a todos los estados de la enmienda X de la Constitución norteamericana se debía considerar que todas las mujeres de ese país) podían por fin optar por la interrupción del embarazo de manera voluntaria.

Lo aquí expuesto me lleva a manifestar una preocupación (espero infundada) sobre la forma como el partido político que actualmente gobierna ha venido planteando la subsidiariedad. Para ello, cito el discurso de un gobernador de sensibilidad política de derecha que hizo suya esta causa desde antes de triunfar en las presidenciales del 2000, en el que anunciaba con bombo y platillo los fundamentos de la política económica para los años posteriores con base en este principio de subsidiariedad. La fórmula mágica para brindar oportunidades y promover nuevas estrategias de desarrollo con base en políticas económicas que se estimaran urgentes,

definía al principio como cediendo a los “sectores sociales” (y abiertamente, a la empresa) la parte más rentable de las tareas productivas.

Los gobiernos y particularmente los estatales no producimos, ni empleamos ni exportamos; nuestro papel es generar las condiciones para que la sociedad lo haga... buscamos el protagonismo de la sociedad bajo el principio de la subsidiariedad: tanta sociedad como sea posible y sólo tanto gobierno como sea necesario. Buscamos condiciones para que los sectores sociales intervengan directamente en las tareas productivas. En la práctica los llamados sectores sociales o la sociedad se reducen al empresariado o mejor, a una parte pequeña del empresariado, y el gobierno como un aliado estratégico para que aquél cumpla su función natural de generador de riqueza y de empleos.⁴⁶

Vemos entonces que desde que se inició este reclamo de la derecha mexicana, aunque la intención de asignar competencias se dirige a aumentar la esfera de derechos del individuo, el marco protector se entiende hasta ahora como creado a favor de la empresa. ¿Será el mismo sentido de subsidiariedad al que se refiere la iniciativa de reformas al artículo 40 constitucional?

Pues bien, de ser aprobada, las instancias gubernamentales (empezando por las federales) tendrán mayor margen para actuar, e incluso para fundar la asignación de tareas a las instancias “más cercanas al gobierno”. Por su parte, para muchos gobiernos locales, este enunciado podría entenderse como la asignación de espacios a la iniciativa privada, que no precisamente al individuo. Por su parte, los tribunales de nuestro país (y tarde o temprano la SCJN) deberán interpretar la extensión de este principio. Esperemos en este sentido que se tomen en cuenta interpretaciones como la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia ha determinado (sin referirlo expresamente) que el principio de subsidiariedad no tiene por objeto debilitar al centro ni favorecer las condiciones de la empresa, pero más bien atribuir derechos al individuo. Esperemos que la anunciada reasignación de competencias a las entidades subnacionales en nuestro país no se traduzca en un blindaje a medida de las oligarquías locales.

⁴⁶ Cit. por Martínez Mendizábal, David, “Las estrategias de desarrollo local frente a la marginación y pobreza: el caso Guanajuato”, *Buenaval*, núm. 4, verano de 2007, pp. 6-42.