

EL SISTEMA COMPETENCIAL EN EL TRATADO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

MARTIN NETTESHEIM (*)

I. LAS CUATRO DIMENSIONES DEL DEBATE COMPETENCIAL.—II. REPARTO COMPETENCIAL MATERIAL: 1. *Conceptos*. 2. *Flexibilidad*. 3. *Orden funcional vertical*.—III. DETERMINACIÓN, DELIMITACIÓN PRECISA Y CLARIDAD DE LAS DISPOSICIONES COMPETENCIALES: 1. *El reproche del abuso de competencias*. 2. *Aclaración a través del listado y la construcción de tipos*. 3. *Listado-catálogo de las materias*. 4. *Creación de un tipo de competencia*. 5. *Determinación del alcance de las competencias exclusivas*.—IV. NORMATIVIDAD DE LAS REGLAS DE EJERCICIO DE COMPETENCIAS: 1. *La discusión sobre las reglas de ejercicio de competencias*. 2. *Delimitación sustancial y racionalidad discursiva*. 3. *Mecanismo de alerta rápida*.—V. NIVEL DE JURIDIFICACIÓN DEL EXAMEN Y CONTROL DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: 1. *El reproche de la ausencia de control jurídico*. 2. *El recurso de subsidiariedad en el Tratado de Constitución*.—VI. COMPETENCIA, LEGITIMIDAD Y CUALIDAD ESTATAL TEÓRICA DE LA UE.

I. LAS CUATRO DIMENSIONES DEL DEBATE COMPETENCIAL

Un sistema de dominio público, en el cual los distintos niveles de toma de decisión se interrelacionan, se caracteriza fundamentalmente por el reparto competencial. La distribución de competencias define las particularidades esenciales del sistema, sus tareas y su finalidad. Su capacidad de dominio de los problemas y su eficiencia son expresión de este reparto. Según la técnica

(*) Profesor Dr. Martin Nettesheim, Facultad de Derecho, Universidad Eberhard-Kares de Tübingen. Traducción de Inés Crespo Ruiz de Elvira, becaria de la Fundación Cajamadrid en el Europa-Institut, Saarbrücken.

normativa existen cuatro criterios a través de los cuales es posible tipificar los distintos órdenes competenciales constitucionales:

- Los *principios materiales de reparto competencial*;
- el grado de *determinación y delimitación precisa de la atribución de competencias*;
- el grado de la *normatividad de las reglas de observación de competencias*, y
- el grado de *juridificación del control de competencias*.

Es evidente que a estas *cuatro dimensiones del orden competencial* (1) les corresponde en el fondo un significado constitucional. Las competencias definen la finalidad material de la UE y constituyen a su vez una vital decisión sobre la futura trayectoria de la UE entre organización internacional y Estado constitucional. La autoridad europea que no tiene su raíz ni su legitimación en una competencia atribuida (2) no tiene lugar en el pensamiento constitucional de Europa (3). Por ello no es sorprendente que en cada aportación de la doctrina de los últimos años sobre el problema de la promulgación de una Constitución en Europa la cuestión competencial haya sido abordada (4). En caso de que se postularan en sentido jurídico general unos «principios adecuados federales y correspondientes» a un orden competencial, en el

(1) Una clasificación más sencilla en F. C. MAYER: «Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte», *ZaöRV*, 61 (2001), 577 (578 y ss.).

(2) STJCE, Asunto 230/81, Luxemburgo/Parlamento, 1983, 255, 39; STJCE, Asunto C-57-95, Francia/Comisión (Participación en los fondos de pensiones), 1997, I-1627. Esto también es aplicable a los fondos presupuestarios: STJCE, Asunto C-106/96, Gran Bretaña/Comisión, 1998, I-2729 (al respecto A. DASHWOOD: «The limits of the European Community Powers», *ELRev.*, 1996, 113).

(3) En relación con estatalidad y competencia, fundamentalmente CH. MÖLLERS: *Staat als Argument*, 2000, 256 y ss.

(4) Sobre la estructura competencial por ejemplo U. EVERLING: «Kompetenzordnung und Subsidiarität», en W. WEIDENFELD (ed.): *Reform der EU*, 1995, 166; T. BEYER: *Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften, Der Staat*, 1996, 189; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, 1997; H.-D. JARASS: «Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten», *AöR*, 121, 1996, 173; P.-CH. MÜLLER-GRAFF: «Kompetenzen in der Europäischen Union», en W. WEIDENFELD (ed.): *Europahandbuch*, 1999, 779; T. FISCHER y N. SCHLEY: *Europa föderal organisieren*, 1999, 145 y ss.; BOECK: *Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der EU*, 2000; G. DE BÚRCA y B. DE WITTE: *The post-Nice delimitation of powers*, Konzeptpapier v. 3, 3 de mayo de 2001; CHR. VEDDER: «Das System der Kompetenzen der UE unter dem Blickwinkel einer Reform», en V. GÖTZ y J. MARTÍNEZ SORIA (ed.): *Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten*, 2002, 9; M. NETTESHEIM: «Kompetenzen», en A. VON BOGDANDY (ed.): *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 415.

caso de que se manifestaran propuestas materiales concretas sobre el cambio de competencias en un sistema de más niveles y, por último, en caso de que se estableciesen disposiciones institucionales y procedimentales para la realización y supervisión de las delimitaciones competenciales, las reflexiones sobre las competencias constituirían «el cogollo» de una aportación académica al debate sobre la Constitución (5). También en la labor desempeñada por el Consejo Europeo en Laeken tuvo un papel central el análisis, elaboración y reforma del sistema competencial (6).

En el trabajo de la Convención el tratamiento de la cuestión competencial estaba también subyacente. Estos aspectos aparecen claramente menos controvertidos de lo que permitían esperar los debates previos a la celebración de la Convención (7). Sin embargo, también jugaba un papel el hecho de que las deliberaciones sobre la cuestión competencial siempre estuvieran encomendadas a cuatro grupos de trabajo. Así, el Grupo de trabajo I (Subsidiariedad) se ocupó de la cuestión del desarrollo del principio de subsidiariedad y proporcionalidad; aquí era de especial relevancia examinar cómo lograr un mayor control de la observancia de disposiciones del principio de subsidiariedad (8). En cuanto al objeto de estudio se dieron algunos solapamientos con el Grupo de trabajo IV (Papel de los Parlamentos de los Estados), que se ocupó de la cuestión del reforzamiento de la posición institucional de los Parlamentos de los Estados miembros en el proceso de toma de decisión de la UE. En particular, el «mecanismo de alerta rápida» para la aplicación del principio de subsidiariedad tenía aquí un especial significa-

(5) Ver P. HÄBERLE: *Die Herausforderung des europäischen Juristen von den Aufgaben unserer Verfassungs-Zukunft: 16 Entwürfe auf dem Prüfstand*, DÖV 2003, 429.

(6) Fuente: <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf>. Aquí, R. WÄGENBAUR: «Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der EU», *EuZW*, 2002, 65.

(7) Ver J. SCHWARZE: «Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht», *DVB1*, 1995, 1265; P. KIRCHHOF: «Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen», *JZ*, 1998, 965; I. PERNICE: «Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund», *JZ*, 2000, 866; TH. FISCHER y N. SCHLEY: «Organizing a federal structure for Europe», en *EU Catalogue of Competences*, 2000; A. VON BOGDANDY y J. BAST: «Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union», *EUGRZ*, 2001, 441; R. BIEBER: *Abwegige und zielführende Vorschläge: Zur Kompetenzabgrenzung der Europäischen Union, integration*, 2001, 308; I. PERNICE: «Eine neue Kompetenzordnung für die Europäische Union», *WHI-Paper*, 15/02 (www.whi-berlin.de); «European Public Law Group, Proposal on the debate on the European Constitution», *European Papers*, Nr. 2, 2003; E. TEUFEL: *Leitlinien für die Ordnung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im künftigen Verfassungsvertrag* (Fuente: <http://register.consilium.eu.int>); J. SHOW: «Flexibility in a “Reorganized” and “Simplified” treaty», *CMLRev.*, 2003, 279.

(8) Informe final del Grupo de Trabajo I de 23 de septiembre de 2002, CONV 286/02.

do (9). En el Grupo de trabajo V (Competencias Complementarias) se discutió sobre el papel y lugar de las «competencias complementarias» o «competencias de apoyo»; en una amplia interpretación de la labor encomendada también se trató la cuestión sobre cómo incrementar la transparencia del orden competencial común (10). La dimensión competencial también la refleja el trabajo del Grupo IX («Simplificación»), que aborda fundamentalmente la cuestión de la jurisprudencia, los instrumentos de tratamiento y la jerarquía normativa, sin perder de vista en ningún momento la referencia a la problemática competencial (11). En el Pleno se suscitó la cuestión competencial tres veces con especial protagonismo: el 15 y 16 de abril del 2002 los miembros de la Convención debatieron sobre la forma de mejorar el sistema competencial y la forma de optimizar la distribución de competencias (12), el 23 y 24 de mayo de 2002 se trató el problema del ejercicio de las competencias (13) y, finalmente, el 12 y 13 de septiembre de 2002 se trató la simplificación de instrumentos y procedimientos (14).

El Tratado sobre una Constitución para Europa aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno el 18 de junio de 2004 —CIG 86/04— (distinto del Proyecto de Tratado de Constitución adoptado por la Convención Europea (15) el 18 de julio de 2003) no sólo promete un avance esencial frente al derecho vigente, sino que, al margen de las conocidas tensiones de contenido, rupturas y redundancias, se sitúa en un nivel superior aun teniendo en cuenta que no se trata de una Constitución completa en sentido jurídico-constitucional estricto (16). La estructura de unión constitutiva permanece-

(9) Informe final del Grupo de Trabajo IV de 22 de octubre de 2002, CONV 335/02.

(10) Informe final del Grupo de Trabajo V de 4 de noviembre de 2002, CONV 375/1/02.

(11) Informe final del Grupo de Trabajo IX de 29 de noviembre de 2002, CONV 424/02.

(12) Informe de síntesis del plenario, CONV 40/02.

(13) Informe de síntesis del plenario, CONV 60/02.

(14) Informe de síntesis del plenario, CONV 284/02.

(15) Valoraciones sobre el método y forma de trabajo de la Convención en: T. OPPERMANN: «Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, 1; S. MAGIERA: «Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvent und der Parlamentarismus», *DÖV*, 2003, 578; D. BLUMENWITZ y varios: *Der Europäische Verfassungskonvent, Pol. Studien, Sonderheft*, 1/2003; R. KNÖLL y M. W. BAUER: «Der Konvent zur Zukunft der EU - eine Zwischenbilanz aus Sicht der deutschen Länder», *NVwZ*, 2003, 446; J. SCHWARZE: «Aufakt für Europas Reform», *Financial Times Deutschland* de 08.07.03; E. TEUFEL: *Konturen der europäischen Verfassung, Forum Constitutionis Europae*, 3/2003; M. TER STEEG: «Eine neue Kompetenzordnung für die EU», *EuZW*, 2003, 325; F. C. MAYER: «Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung», *ZaöRV*, 63, 2003, 59.

(16) Primeras valoraciones en TH. OPPERMANN: «Eine Verfassung für Europäische Union», *DVB1*, 2003, 1165 y 1234; J. SCHWARZE: «Ein pragmatischer Vertrag über eine Verfassung für Europa», *EuR*, 2003, 535; P. M. HUBER: «Das institutionelle Gleichgewicht

ce inalterada (17), el salto cualitativo, esto es, el cambio de la identidad de la UE (18) no ha tenido lugar (19). Los resultados de la Convención, en su contenido moderado, actualizador y de consolidación se constituyen como un significativo paso hacia delante (20). En particular, el logro de la transparencia y la depuración de los Tratados vigentes deben ser vistos como un gran fenómeno. También son corregidos en el sentido institucional importantes defectos de desarrollo del Tratado de Niza (21), respecto al tamaño de la Comisión o a la forma de los acuerdos en el Consejo (22). No obstante, si observamos el Tratado sobre una Constitución para Europa en relación a su contenido de regulación competencial, el juicio que se puede extraer ya es diferente. Esto resulta claro si se leen los resultados de la Convención a la luz de las críticas expectativas que fueron formuladas con carácter previo al trabajo de la Convención.

zwischen Rat und Europäischen Konvent in der künftigen Verfassung für Europa», *EuR*, 2003, 574.

(17) Aquí I. PERNICE: «Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *CMLRev.*, 36, 1999, 703; TH. ÖHLINGER: *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999; J. SCHWARZE (ed.): *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000; J. SCHWARZE: «Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht», *EuR*, 1/2000, 7; G. F. SCHUPPERT: «Anforderungen an eine Europäische Verfassung», en H.-D. KLINGEMANN y F. NEIDHARDT (ed.): *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, 2000, 237; H. BAUER: «Europäisierung des Verfassungsrechts», *JB1*, 2000, 749; P. KIRCHHOF: *Der Verfassungsstaat und seine Mitgliedschaft in der EU, Liber Amicorum Oppermann*, 2001, 201; I. PERNICE: «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL*, 60, 2001, 147; P. M. HUBER: «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL*, 60, 2001, 196; A. PETERS: *Elemente einer Theorie der Verfassung*, 2001; T. SCHMITZ: *Integration in der supranationalen Union*, 2001; A. HATJE: «Entwicklungen zu einer Föderation von EU und Mitgliedstaaten», en B. HESS (ed.): *Wandel der Rechtsordnung*, 2003, 3; CHR. MÖLLERS: «Verfassungsgebende Gewalt - Verfassung - Konstitutionalisierung», en VON BOGDANDY (ed.): citado en nota 4; H. H. RUPP: «Anmerkungen zu einer Europäischen Verfassung», *JZ*, 2003, 18.

(18) Ver W. GRAF VITZTHUM: «Die Identität Europas», *EuR*, 2002, 1; TH. OPPERMAN: *Europarecht*, 2, 1999, 333 y ss.; W. LOTH (ed.): *Das europäische Projekt zu Beginn des XXI Jahrhunderts*, 2001; A. BLECKMANN: «Die Wahrung der "nationalen Identität" im Unionsvertrag», *JZ*, 1997, 265.

(19) Sobre el debate constitucional ver CHR. DORAU: *Die Verfassungsfrage der Europäischen Union*, 2001.

(20) Sobre el consentimiento a través del plebiscito, F. MAYER: «Ein Referendum über die Europäische Verfassung?», *EuZW*, 2003, 321.

(21) Ref. en G. PLEUGER: *Der Vertrag von Nizza: Gesamtbewertung und Ergebnisse, Integration*, 2001, 1; K. H. FISCHER: *Der Vertrag von Nizza*, 2001.

(22) A. HATJE: «Die institutionelle Reform der Europäischen Union - der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand», *EuR*, 2001, 143.

II. REPARTO COMPETENCIAL MATERIAL

1. *Conceptos*

En los círculos de la política, pero también entre la doctrina, se viene denunciando en los últimos años que al sistema de la UE se le ha escapado el planteamiento conceptual, en otros tiempos claro. Después de la exitosa creación de la Unión aduanera, el mercado interior y la política agraria en los años sesenta, setenta y ochenta, las atribuciones de la UE se han expandido. En cada nueva ronda las competencias de la UE fueron ampliadas sin que, sin embargo, se pudiera reconocer una vigencia rectora de principios vinculantes o un concepto claro del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros. En los años ochenta y a principios de los noventa este desarrollo dio lugar a debates, más bien indiferenciados, entre aquellos que consideraban cada atribución competencial hacia los niveles europeos como un beneficio para la integración europea, y aquellos que acusaban en esto una «pérdida de soberanía» para los Estados miembros digna de ser denunciada y combatida (23). En parte este tipo de líneas frontales se encuentran hasta el momento actual, por ejemplo, en relación a la demanda generalizada de privar, a través de las «cláusulas de posición segura» (24), a determinados ámbitos de política estatal (por ejemplo, al ámbito de las prestaciones básicas) de los efectos jurídicos de la disciplina del mercado europeo (25). En gran medida este estado del debate ya se ha superado (26) y se han buscado principios materiales que guíen desde el punto de vista normativo el reparto competencial entre la UE y

(23) Ver: J. H. KAISER: «Grenzen der EG-Zuständigkeiten», *EuR*, 1980, 97; E. STEINDORFF: *Grenzen der EG-Kompetenzen*, 1990.

(24) Ver: Cif. II.4.b de la Intervención del Presidente de la Conferencia Intergubernamental 2000, 24/25, 03.2000, 10 y ss., 12: «El objetivo es mantener un ámbito esencial de prestaciones básicas, como el sistema de los bancos y de cajas de ahorro, la libertad pública de circulación y movimiento de las personas, las instituciones público-jurídicas de radiodifusión y las estructuras de seguridad sociales bajo la única competencia de las regiones (Länder)». E. SOIBER: *Perspektive für Europa*, Discurso en Bruselas de 10.05.2000 (www.bayern.de/Poitik/Reden/2000/05-10-html), 10: «Respeto de las estructuras orgánicas de las prestaciones sociales en los Estados miembros, en tanto que así no se perjudique la libre competencia transfronteriza».

(25) Ver Decisión del Consejo «Forderungen der Länder zur Regierungskonferenz 1996», *BR-DRS*, 667/95. Aquí también, D. REICH: «Zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer», *EuGRZ*, 2001, 1.

(26) Son ajenos al derecho comunitario vigente los ámbitos excepcionales en conjunto: STJCE, Asunto 9/74, Casagrande, 1974, 773, 6; STJCE, Asunto 281, 283-285, 287/85, Alemania/Comisión, 25; STJCE, Asunto C-285/98, Kreil, 2000, I-69, 15.

los Estados miembros. A menudo estas cuestiones se discuten también bajo el expresión de «Finalidad de la integración europea» (27).

Entre tanto en el debate académico —de parte de los positivistas, por ejemplo, la defensa de la vigente situación de integración apoyada en el art. 2 TUE— se han desarrollado dos tendencias principalmente. El que se aproxima a la cuestión competencial bajo enfoques de eficiencia no sólo destacará la importancia del sistema de libre competencia en la UE, sino que finalmente llegará a la conclusión de que en muchos ámbitos —por ejemplo, política social, industrial o agraria— se demanda una devolución de competencias a los Estados miembros. Una contraposición de una UE liberalizada económicamente y Estados socialmente responsables se ve aquí como un modelo de gran porvenir de un orden moderno de más niveles, orientado por la libre competencia y eficiente (28). Asimismo, está próximo a esta perspectiva reclamar la derogación de la competencia del artículo 308 del TCE, la llamada «cláusula de flexibilidad», y suprimir así una puerta de entrada tan peligrosa (por indiferenciada) para intentos de regulación por parte de la Unión. Una ampliación de las competencias de la UE sólo podría ser considerada entonces en los ámbitos en los que la idea del sistema de libre competencia no se puede aplicar estructuralmente, en particular en el ámbito de la política exterior y de seguridad. El que, por el contrario, se aproxima a la cuestión competencial desde una idea de la unidad de lo político no querrá admitir una fractura entre la labor de mantener la libre competencia y la de responsabilidad por el desarrollo social del hombre. Los defensores de esta perspectiva ven serios peligros en el objetivo de la realización del bienestar común si esta competencia para lo económico-social no se pone en una «única mano», sino que se dispersa: sólo a una política económica y una política social «de la misma mano», que sirva como equilibrada balanza de los efectos, se le puede atribuir la responsabilidad del bien común y la autoridad pública (29). La supresión de estructuras estatales, originada a través del reconocimiento de ciertas libertades públicas (libertades comunitarias) y el programa de mercado interior en las últimas dé-

(27) Ver CHR. TOMUSCHAT: «Das Endziel der Europäischen Integration», en M. NETTESHEIM y P. SCHIERA (ed.): *Der Integrierte Staat*, 1999, 155. Así como, J. FISCHER: «Vom Staatenverband zu Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration», *Integration*, 23, Nr. 3, 2000, 149.

(28) Ver L. GERKEN: «Vertikale Kompetenzverteilung in Wirtschaftsgemeinschaften», en la obra del mismo autor *Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung*, 1995, pág. 3; T. APOLTE: «Vertikale Kompetenzverteilung in der Union», en M. E. STREIT y VOIGT (ed.): *Europa reformieren*, 1996, 13. Más recientemente, EUROPEAN CONSTITUTIONAL GROUP: *Kritik am Entwurf für eine europäische Verfassung*, 11 de noviembre de 2003.

(29) Ver. E.-W. BÖCKENFÖRDE: *Welchen Weg geht Europa?*, 1997.

cadadas, servirá como justificante para la irresponsabilidad de un sistema que compite en dos niveles y en el cual se da una tensión con motivo de las diferentes disposiciones constitucionales teóricas y constitucionales prácticas. Los partidarios de esta posición denuncian particularmente la presión de la competencia que afecta a los sistemas sociales de los Estados miembros y abogan normalmente (en cualquier caso de forma indirecta) por la consecución de un Estado social europeo.

Evidentemente, en una unión federal la cuestión sobre quién es competente para realizar qué labores debe ser continuamente valorada, de la misma forma que, en estos tiempos de tumultuosos y vertiginosos desarrollos sociales y globales, la cuestión competencial debe ser objeto de permanente atención. Así, se habría esperado que aquel Consejo que se encargase de regular el futuro desarrollo de la UE se ocupase en primer lugar del reparto competencial entre la UE y los Estados miembros (30). Esta expectativa fue expresada también de forma explícita en la Declaración de Laeken (31). Y sin embargo la Convención no alcanzó soluciones avanzadas relativas a esta cuestión. Desde el punto de vista material el Tratado de Constitución no produce ningún desplazamiento competencial esencial entre UE y Estados miembros. No se encuentra en el Tratado ni un solo traspaso de competencias a los Estados miembros en aquellas materias que hasta ahora había asumido la UE, a pesar de que esto sería posible gracias al avanzado estado de integración y al cambio de las condiciones sociales. Los motivos son claros: las oposiciones que cabía esperar de los Estados habrían sido tan fuertes, que la aceptación política de los resultados de la Convención o quizás incluso el mismo trabajo de la Convención habrían sido inevitablemente perjudicados. Esto es aplicable a cualquier ámbito de política en el que la política de la UE se concentre sobre la (abierta o escondida) distribución financiera. Para los receptores netos la distribución financiera es intocable desde el punto de vista político. Pero tampoco en ámbitos cuya dimensión financiera es de menor entidad se encuentra la voluntad de hacer incisiones, fundamentalmente porque cada transferencia se ve como paso hacia atrás desde una visión de integración política, y quizás incluso como paso a un nivel asimétrico, que es precisamente idóneo para dañar el proceso general de integración europea. La antigua imagen de la integración como hilo con-

(30) De forma escéptica P. CH. MÜLLER-GRAFF: «Der Post-Nizza-Prozess: Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Verfassung?», *Integration*, 2/01, 208, 210.

(31) «Esto puede conducir a que les sean nuevamente atribuidas tareas determinadas a los Estados miembros así como a que le sean encomendadas nuevas tareas a la UE o que las existentes sean ampliadas en tanto que debe ser observada la igualdad de los Estados miembros y su solidaridad recíproca» (Fuente: <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf>).

ductor que no permite ni la parada ni la vuelta atrás puede haber influido aquí.

Así el Tratado Constitucional no conlleva ninguna limitación importante de la competencia de la UE en materia de mercado interior. Como ya se sabe, en los últimos años se han expresado consideraciones críticas en contra de que la UE posea una competencia más allá de las propias del mercado interior que le sirva para cubrir con la presión liberalizadora el espacio general de actividad económica en los Estados miembros (32). La UE, basándose en el artículo 95 TCE, no sólo puede obligar a los Estados miembros a través del derecho derivado a la apertura de sus ordenamientos jurídicos y así generar presión de competencia donde las estructuras de mercado ya existen o deben ser establecidas, sino que además es característico del artículo 95 TCE que una enorme cantidad de competencias materiales y la finalidad liberal de competencia (33) coincidan (34). De esta forma a la UE le es posible, a través de los medios del derecho de competencia europeo, evitar intervenciones de los Estados miembros en la actividad económica ajenas al mercado. En particular la aplicación de las subvenciones europeas a las prestaciones básicas de los Estados ha desatado en los últimos años una importante irritación. Los intentos previos al trabajo de la Convención y los mismos llevados a cabo en la Convención (35) de limitar considerablemente

(32) Para una profundización de esta afirmación: V. GÖTZ: «Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten nach dem Europäischen Rat von Laeken», en V. GÖTZ y J. MARTÍNEZ SORIA (ed.): *Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten*, 2002, 83 (93 y ss.); CHR. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzzusübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung», *EuGRZ*, 2003, 181 (182).

(33) En este sentido es clara la Sentencia del STJCE en el Asunto C-376/98, Alemania/Parlamento y Consejo, 2000, I-8419 (Directiva de etiquetado de tabaco).

(34) Es un antiguo punto de vista erróneo el que considera que las competencias de la UE se pueden diferenciar por su contenido material y su finalidad. Todas las competencias de la UE se refieren a un determinado campo, cada uno, por cierto, es de diferente extensión. Asimismo, también es distinto el nivel de sobrecarga que admiten estas competencias (ver ZULEEG, en H. GROEBEN, J. THIESING y C.-D. EHLERMANN (ed.): *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 1997, art. 3.b EGV, 4; P.-Ch. MÜLLER-GRAFF: «Kompetenzen in der Europäischen Union», en W. WEIDENFELD (ed.): *Europahandbuch*, 1999, 779 y ss.).

(35) Ver artículo 32.1 del Proyecto de Constitución de Freiburg que prevé que una armonización en el mercado interior de aquí en adelante sólo será lícita en los casos de aquellas disposiciones administrativas y jurídicas de los Estados miembros que tengan «una referencia específica e inmediata al mercado común». Mientras esta propuesta pueda servir efectivamente como fundamento para un equilibrio entre los objetivos de una circulación económica libre de fronteras y la protección de las facultades de configuración de los Estados miembros, la forma de este equilibrio por la indefinición en su formulación permanece a merced del juego de las fuerzas políticas.

la competencia del artículo 95 TCE, sin embargo, no han tenido éxito (36). En este sentido, las eficaces estructuras del mercado interior sí que se mantienen. El artículo III.122 destaca así (como hasta ahora lo hacía el art. 16 TCE) la importancia y el valor de los servicios de interés económico general y, especialmente, su relevancia en la promoción de la cohesión social y territorial. La búsqueda de un equilibrio entre los intereses europeos en la creación y defensa de mercados eficientes y abiertos y el interés estatal en la protección de sus prestaciones básicas al servicio del bien común deberá ser proseguida en la nueva Constitución (37).

La reclamación de devolución de competencias por parte de los Estados miembros a la UE no sólo no ha sido resuelta, sino que, al contrario, se tiende a una construcción competencial de la UE más amplia y, por cierto, no en la medida en que lo hacían, por ejemplo, el Tratado de Maastricht o el de Ámsterdam. En el ámbito interno el Tratado de Constitución prevé nuevas competencias en materia de política energética, protección de la propiedad intelectual, en el ámbito de la salud pública, en defensa de catástrofes, en la astronáutica y en el deporte. De especial relevancia es la introducción de una competencia permanente propia para la coordinación política-económica y ocupacional que se vuelca en la recientemente vigente competencia socio-política. En contra de todas las manifestaciones políticas hechas antes de las deliberaciones de la Convención, los críticos del papel social y político de la UE no han logrado poner límites precisos a las furtivas intromisiones de la UE en el ámbito de lo social, y tampoco han logrado reprimirlas. Muy al contrario, prevé el Tratado de Constitución un avance más allá: por un lado definiendo el artículo I.3.3 PTCE como objetivos de la Unión el establecimiento de una economía de mercado social (en competencia), pleno empleo y progreso social y, por otro lado, recogiendo el artículo I.15.3 PTCE la obligación de formular medidas de coordinación y política de empleo y el apartado 4 la facultad de adopción de iniciativas para la coordinación de la política social. El debate sobre si la UE, en el ámbito económico y social, debe conservar un papel de contrapunto liberal frente a los ordenamientos estatales o si debe asumir la responsabilidad por lo social en Europa (38) se cierra con la decisión del Proyecto de Constitución a favor de la

(36) Para un análisis del artículo 95 TCE: W. CLEMENT: *Europa gestalten - nicht verwalteten*, 12 de febrero de 2001 (www.whi-berlin.de/clement.htm), 23.

(37) En detalle, R. HRBEK/M. NETTESHEIM (ed.): *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseiwoorsorge*, 2002.

(38) Sobre el estado de la discusión, E. J. MESTMÄCKER: «Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung», en J. SCHWARZE (ed.): *Europäisches Wettbewerbs-*

última de las opciones enunciadas. Ésta asegura el potencial para una conversión omnicompreensiva de la Constitución económica de la UE (39).

Desde el punto de vista competencial el Tratado de Constitución contiene un sistema de atribuciones escalonado. Según el artículo I.13.1.c) del Tratado, la UE tiene competencia exclusiva en política monetaria en los Estados miembros que hayan introducido el euro. Las competencias compartidas subsisten en el ámbito de la política social que se recogen en la Parte III del Tratado [art. I.14.b)]. Entre los artículos III.209 y artículo III.219 se encuentran parte de las competencias de armonización y legislación, por ejemplo el artículo III.210.1 y el artículo III.210.2.b) en el ámbito seguridad social y protección social de los trabajadores, protección de los trabajadores en caso de finalización del contrato, representación y defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios, así como condiciones de empleo de los nacionales de terceros Estados que residan regularmente en el territorio de la UE. En otros ámbitos como, por ejemplo, la clasificación profesional de personas en el mercado de trabajo o la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el mercado laboral, existe la competencia para promulgar disposiciones mínimas y medidas de fomento [art. III.210.1 y art. III.210.2.a)]. Estas competencias son limitadas por cláusulas de exclusión y protección; así el artículo III.210.5.a) PTCE impide la vulneración de los principios de los sistemas estatales de seguridad social o las interferencias graves en el equilibrio financiero del sistema. Esto permanece naturalmente bastante indefinido y abierto a la UE a pesar de los esfuerzos de delimitar los supuestos de invasión en los sistemas sociales de los Estados. El Fondo social europeo (art. III.219) posibilita las medidas de apoyo financiero (a un nivel considerablemente bajo).

El Proyecto prevé una profundización de las competencias sustanciales de la UE en el ámbito de política interna y de justicia, y sobre todo en relación al Europol. Esta autoridad podrá perseguir en el futuro todos los delitos «que perjudiquen un interés común que sea objeto de una política de la Unión». El Europol está autorizado para tomar medidas operativas para la cooperación y acuerdo con las autoridades estatales. En la política exterior y de seguridad se encuentra (además de las significativas cláusulas de apoyo según el art. I.40 del Proyecto —defensa mutua— y el art. I.43 —terror y catástrofes—) la habilitación para el establecimiento de una oficina euro-

srecht im Zeichen der Globalisierung, 2002, 11; A. HATJE (ed.): *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, Beiheft Europarecht*, 1/2002.

(39) Ver A. HATJE: «Wirtschaftsverfassung», en A. VON BOGDANDY (ed.): *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 683.

pea para armamento, investigación y capacidades militares cuya labor será transmitir la necesidad operativa en las capacidades militares europeas y cooperar para cubrir esa necesidad. El alcance práctico de las nuevas competencias de política exterior y de seguridad se reduce notablemente ya que en este ámbito siempre rige el principio de unanimidad. En una UE de 25 o más Estados miembros esta circunstancia puede privar a una norma competencial de parte de su importancia práctica. Según el artículo IV.444 el paso al principio de la mayoría es posible («Pasarela»); pero todavía no se puede evaluar si los Estados se pronunciarán de forma unánime a favor de este paso.

2. Flexibilidad

La cuestión sobre el futuro del artículo 308 TCE (40) pertenece seguramente a uno de los puntos de conflicto a los que más atención se prestó en las deliberaciones previas a la Convención. Como es sabido, este precepto faculta a la UE a promulgar derecho derivado en aquellas materias en las que el derecho originario no le atribuye una competencia explícita, cuando sea necesaria una actuación a la luz de los (comúnmente vagos) objetivos del Tratado. La autorización para sobrepasar los límites del orden competencial material en virtud de los objetivos de la UE levantó sobre todo la crítica de los representantes del parlamento alemán: ellos veían en esta genérica competencia un instrumento peligroso y políticamente innecesario para desplazar los límites competenciales fijados convencionalmente (41). La crítica se basaba sobre todo en el libre uso que se hizo de esta disposición en los años setenta y ochenta, por ejemplo, para la incorporación de las competencias en materia de medio ambiente. En efecto, el antiguo artículo 235 TCEE ofrecía a la comunidad un trampolín a través del cual aventurarse en los ámbitos en los que una intervención comunitaria supranacional aparecía como razonable, mientras que, sin embargo, no fueron llevadas a cabo las modificaciones necesarias en los Tratados (42). El hecho de que casi todos los ámbitos que se incorporaron a través del artículo 235 TCEE fueran más tarde objeto de

(40) Comparación con M. BUINGENBERG: «Integración Dinámica», artículo 308 y la reivindicación de un catálogo de competencias, *Consejo Europeo*, 2000, 879.

(41) Aquí D. REICH: «Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer», *EuGRZ*, 2001.

(42) Sobre la reacción al respecto del STJCE, A. TIZZANO: «Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee», *Riv. Dir. Eur.*, 1981, 139; R. DEHOUSSE: *La Cour de justice des Communautés européennes*, 1994, 53.

competencias explícitas se puede entender como confirmación de las políticas anteriores. Al respecto cabe decir que no siempre se reconoce suficientemente por parte de los críticos del artículo 308 que la importancia de este precepto en los últimos años ha disminuido considerablemente; en estos últimos años la UE no se ha vuelto a permitir realizar más intromisiones en el ámbito competencial de los Estados miembros sobre la base de este precepto (43). De todas formas, la desconfianza de los Estados miembros respecto a esta cláusula se ha mantenido.

En la Convención se deliberó de forma muy controvertida sobre el objeto que habría de tener esta cláusula de flexibilidad. Sin embargo, los detractores de la cláusula no han logrado imponer su derogación. Ni siquiera han podido limitar el ámbito material de aplicación de la cláusula de flexibilidad (art. I.18 del Tratado de Constitución). Mientras que la redacción del artículo 308 TCE hasta este momento sólo legitimaba una competencia de actuación cuando «una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad», el Tratado prevé que las competencias de actuación existan siempre que «en el ámbito de las políticas definidas en la Parte III» sea necesario para alcanzar los objetivos de la UE. De esta forma se abre el hasta ahora limitado ámbito de aplicabilidad de la cláusula y se extiende al conjunto de campos de actividad de la UE. Así y todo, en virtud del artículo I.18.3 del Tratado está vedado a la UE promulgar disposiciones para la armonización del derecho y disposiciones administrativas sobre la base de la cláusula de flexibilidad si la armonización está excluida por la Constitución. El artículo I.18.1 no se puede emplear para ampliar las limitaciones del Tratado a la armonización; si bien esto es evidente a luz del principio de la interpretación sistemática, destacarlo tiene un significado político muy importante. Además, los obstáculos de procedimiento técnicos para el uso de la cláusula de flexibilidad son ahora mayores que antes: sólo se puede hacer uso de la cláusula en el Consejo de Ministros por unanimidad. Los Estados miembros han conservado su derecho de veto; esta circunstancia y el aumento del número de Estados miembros mermará todavía más el significado político del precepto. A través del requisito de la aprobación del Parlamento europeo (44) aplicar la cláusula de flexibilidad se hace todavía más difícil. El político «mecanismo de alerta rápida» a través del cual los parlamentos nacionales de los Estados miembros se hacen partes en el proceso de control del mante-

(43) T. LORENZ y W. PÜHS: «Eine Generalemächtigung im Wandel der Zeit: Art. 235 EG-Vertrag», *ZG*, 1998, 142, 150; DE BÜRCA y DE WITTE (nota 4), 12-14.

(44) MÜLLER-GRAFF (nota 30), 211.

nimiento del principio de subsidiariedad (45), se aplica según el artículo I.18.2 PTCE también en el control y supervisión de la utilización de la cláusula de flexibilidad. En este contexto el artículo I.18 PTCE debe interpretarse generalmente como un compromiso adoptado entre los intereses de flexibilidad de la UE y la preocupación de los Estados miembros sobre la intervención incontrolada de la UE en sus esferas competenciales. Hay que lamentar que en el artículo I.18 PTCE no se contenga ninguna cláusula de vencimiento que permita derogar las cláusulas de flexibilidad transcurrido un tiempo determinado (46).

3. Orden funcional vertical

La cuestión competencial de la que se ha ocupado la Convención también incluye el problema de la división funcional vertical y horizontal (47). El sistema actual se caracteriza fundamentalmente por la desarrollada división vertical de poderes *en las funciones*, en el ámbito legislativo a través del juego de las Directivas y del derecho traspuesto nacional, y en el ámbito de la ejecución a través del principio del federalismo ejecutivo (48). A diferencia de lo que sucede en el «federalismo de separación» americano, los Estados miembros han mantenido la capacidad y obligación para la ejecución del derecho europeo en el ámbito propio del derecho comunitario. Este principio no opera sin excepción. Así, por ejemplo, la ejecución del derecho de la competencia está en manos de la Comisión. Característicamente la idea de separación entre legislación y ejecución está calando poco a poco. Esta idea fue reforzada en la Conferencia Intergubernamental de Ámsterdam (1997) en una declaración del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad: en virtud de la misma «la ejecución admi-

(45) Fundamentalmente: C. CALLIES: *Subsidiaritäts - und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2.^a ed., 21999; R. v. BORRIES: «Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union», *EuR*, 1994, 263; S. PIEPER: *Subsidiarität*, 1994; G. BERMANN: «Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States», 94, *Colum. L. Rev.*, 1994, 332.

(46) Aquí, TH. OPPERMAN (nota 16), 1173.

(47) Buenas representaciones de la vigente situación jurídica: K. LAENERTS: «Some reflections on the separation of powers in the European Community», *CML Rev.*, 1991, 11, 19 y ss.; K. LAENERST y P. VAN NUFFEL: *Constitutional Law of the European Union*, 1999, 458 y ss.; ver también, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 1997, 74.

(48) B.-O. BRYDE: «¿Sobre qué nivel político deben primar qué problemas?», en B. SITTER-LIVER (ed.): *Herausgeforderte Verfassung, Suiza en el contexto global*, 1999, 223 (235 y s.).

nistrativa del derecho comunitario debe permanecer fundamentalmente en manos de los Estados según sus propias preceptos constitucionales». En el derecho constitucional positivo este principio se sintetiza en el artículo 175.4 TCE, según el cual «los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente». Últimamente, sin embargo, el principio de la división de poderes vertical en las funciones se ha expuesto, en un doble sentido, a la presión de la adaptación.

Los espacios de ejecución estatal, por un lado, serán socavados por el legislador de la Unión que hace disposiciones materiales de forma cada vez más detallada. La idea originaria de que las Directivas sólo podían regular lo fundamental y de que debían dejar a los Estados la suficiente libertad para determinar la transposición fue olvidada hace tiempo. Entre tanto, el tipo de Directiva que proporciona detalladas regulaciones a los Estados se ha impuesto como regla general. Esta tendencia le es plenamente conocida a las partes del tratado. Según el artículo 6 del Protocolo adoptado en Ámsterdam (1997) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, las medidas de la Unión, también en lo relativo a la densidad normativa, no pueden ir más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos. Esta regulación todavía no ha tenido efectos perceptibles (49). Tampoco el Tratado de Constitución se esfuerza aquí por mayores delimitaciones, ni si quiera sabiendo que a los preceptos jurídico-constitucionales se les exige demasiado al pretender que limiten eficazmente la legislación de derecho derivado. El artículo I.33 PTCE toma las formulaciones que rigen para las Directivas según el artículo 249 TCE para describir los efectos jurídicos de «la ley marco europea». Un intento de asegurar espacios libres a los Estados miembros tampoco se lleva a cabo en el Tratado de Constitución. La pretensión de que se estableciera un «tipo de competencia general» con la cual se hubiera podido controlar la densidad de la legislación europea (50) no tuvo, finalmente, ninguna consideración.

El Tratado de Constitución presenta una verdadera laguna en tanto que no se ocupa de la cuestión del reparto de competencias administrativas. El sistema hasta ahora vigente de la competencia fundamental de los Estados miembros, por otro lado, está siendo últimamente presionado al servirse la UE cada vez en mayor medida de las instituciones y delegaciones propias e

(49) ZULEEG (nota 34), 6 sobre el artículo 3.b) del TCE; H. P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 21/29.

(50) Ver W. CLEMENT: *Europa gestalten - nicht verwalten* de 12 de febrero de 2001, www.whi-berlin/clement.htm. 18-21 [CLEMENT ciertamente reúne en uno densidad y rango normativo (inmediata aplicabilidad)].

independientes para asumir labores administrativas comunitarias a niveles europeos. Mientras que la mayoría de estas instituciones hasta ahora se limitaban a recopilar y difundir información, han aparecido en los últimos años instituciones cuyas decisiones tienen efecto jurídico inmediato para los ciudadanos europeos. El ejemplo más conocido quizás es la Oficina de Marcas europea. Aquí no sólo se suscitan desde el plano constitucional y práctico cuestiones de control democrático apenas superadas. También desde puntos de vista de tutela jurídica esta evolución arroja muchas cuestiones hasta ahora no solucionadas. En cualquier caso es seguro que el desarrollo del conjunto de instituciones (de la administración europea inmediata) todavía no ha llegado ni mucho menos al final. Muy al contrario la Comisión ha declarado en el Libro Blanco sobre «la gobernanza europea» (51) que es voluntaria de impulsar la construcción de la administración europea mediata. La dimensión constitucional y política de este desarrollo resulta claramente comprensible. Por ello es todavía más deplorable que el Tratado de Constitución se abstenga de proponer una estructura normativa de esta problemática. Quizás se manifiesta en este tipo de ámbito el limitado poder político de creación de la Convención; el procedimiento convencional está dirigido a la consolidación y esclarecimiento, pero no a la audaz configuración política orientada al futuro. La erosión cada vez mayor del traspaso y de la ordenación de las competencias de los Estados miembros no es revisada por el Tratado. Así, se confirma también aquí la impresión general de que el Tratado de Constitución, en cuanto al orden político competencial, está desde luego más dirigido a la consolidación que a la modificación.

III. DETERMINACIÓN, DELIMITACIÓN PRECISA Y CLARIDAD DE LAS DISPOSICIONES COMPETENCIALES

1. *El reproche del abuso de competencias*

Todavía está en la memoria cómo apareció a finales de los años ochenta y en los noventa especialmente el reproche de que los órganos de la UE utilizarían las disposiciones competenciales del derecho comunitario siempre de forma expansiva-extensiva, quizás incluso en gran medida de forma arrogante-mente contraria a derecho (52). Aquí se trata de la interpretación —de las au-

(51) COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco sobre «la gobernanza europea»*, COM (2001).

(52) Sobre la antigua discusión sobre todo: H. LAUFER: «Kriterien der Kompetenzabgrenzung», en W. WEIDENFELD (ed.): *Reform der Europäischen Union*, 1995, 201; H. LAUFER y T.

toridades, sobre todo la judicial— de los preceptos constitucionales del derecho originario (libertades públicas, prohibición de discriminación, obligaciones de cooperación leal), con los cuales era posible abrir amplias y profundas brechas en muchos ámbitos de los ordenamientos estatales (53): además del derecho administrativo económico, estas disposiciones determinan a su vez una parte importante del derecho administrativo (54) estatal así como del derecho procesal (55). Los reproches se dirigen además contra el uso de las competencias que habilitaban a los órganos de la UE para la promulgación de derecho derivado: algunos opinaban que estaban presenciando cómo los órganos comunitarios reunían en un todo normas competenciales y disposiciones de objetivos (56). Hechos evidentes como el que el artículo 6-6 TCE no sea ninguna norma de creación competencial (57), parecían tambalearse (58). Surgieron las expresiones del abuso de competencia (59) y del «acto jurídico evasor» (60). El Tribunal Constitucional federal alemán aclaró en su «Sentencia-Maastricht» que en cualquier caso en Alemania este tipo de actos debían

FISCHER: «Zur Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten», en W. WIDENFELD (ed.): *Reform der Europäischen Union*, 1995, 214. Sobre el estado de la discusión en los años setenta: V. CONSTANTINESCO: *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, 1974.

(53) Sobre el papel del TJE: U. EVERLING: «Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft», *JZ*, 2000, 217; TH. OPPERMANN: *Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, 191; I. PERNICE: «Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund», *EuR*, 1996, 27; O. DUBOS: *Les juridictions nationales, juge communautaire*, 2001; T. ÖHLINGER: *Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, *FS für Thomas Fleiner*, 2003, 719.

(54) ST. KADELBACH: *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluss*, 1999, 296 y ss.; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ*, 1997, 289.

(55) F. SCHOCH: «Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts», *JZ*, 1995, 109; E. SCHMIDT-ASSMANN y W. HOFFMANN-RIEM (ed.): *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrecht*, 1999; H.-J. BLANKE: *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2000; J. BERGMANN (ed.): *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluss: Handbuch für Justiz, Anwaltschaft und Verwaltung*, 2002.

(56) Inseguridades en STJCE 281, 283-285, 287/85, Alemania/Comisión (Política de inmigración), 1987, 3203, 28. Asimismo, M. ZULEEG: «Der Verfassungsgrundsatz der Demokratie und die Europäischen Gemeinschaften», *Der Staat*, 17, 1978, 27.

(57) D. SIMON, en V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR y D. SIMON (ed.): *Traité sur l'Union européenne*, 1995, artículo F, 17 y s.; A. PUTTLER, en C. CALLIES y RUFFERT (ed.): *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, artículos 6 EU, 199 y ss.

(58) El TC alemán se ocupó de esta cuestión en la Sentencia-Maastricht a lo largo de muchas páginas (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, 89, 155).

(59) En detalle F. C. MAYER: *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000.

(60) Aquí, W. SCHROEDER: «Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft», *EuR*, 1999, 452.

carecer de cualquier validez (61). Algunos observadores no pudieron evitar la impresión de que límites competenciales presuntamente sólidos se deshacían en manos de los órganos de la UE y generaban un ilimitado espacio de poderes, que era utilizado para invasiones siempre nuevas y más amplias. Estos temores no fueron completamente injustificados: también en los círculos amigos de Europa se reconoce hoy que la cuestión competencial en tiempos en los que se decidió a través de la unanimidad fue utilizada como problema político por los Estados con derecho a veto. Su dimensión jurídica ganó importancia cuando en el Consejo tuvo lugar el paso al principio de la mayoría; además, con las intromisiones de la UE en las competencias de los países, entraron en escena actores políticamente no autorizados para negociar. Ayudó poco que un miembro de la judicatura europea dijera en una ocasión con un tono casi triunfante: «There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community» (62).

Las primeras reacciones sobre el reproche (la UE no tomó en serio las restricciones que se le hicieron a través del principio de la habilitación limitada) se recogieron justo a principios de los años noventa. Las nuevas disposiciones competenciales no sólo fueron redactadas en su contenido de una forma más precisa que antes, sino que además, en un llamativo retroceso de la idea de la transferencia de derechos de soberanía a la UE (63), también se fue haciendo uso de la posibilidad de prohibir a la UE la actividad en determinados terrenos. Así el artículo 18.3 TCE excluye la competencia de la UE en materia de pasaportes, documentos de identidad, visados de residencia, seguridad social y protección social durante la estancia en otro Estado miembro. El artículo 137.2.a) y el artículo 137.4 TCE limitan el alcance de las medidas europeas mientras se trate de los principios básicos de los sistemas de seguridad social estatales. Finalmente el artículo 157 TCE priva a la Unión de la facultad de tomar medidas de política industrial que afecten a las facultades fiscales de los Estados miembros o a los derechos e intereses de los trabajadores asalariados, especialmente al derecho de cogestión de los trabajadores en la empresa.

El orden competencial actual ha recibido críticas por ser poco comprensible para los europeos, y en gran medida para los expertos jurídicos. Es prácticamente imposible tener una visión completa sobre el perfil competen-

(61) Sentencia Tribunal Constitucional alemán, 89, 155, 210.

(62) LENAERTS: «Constitutionalism and the many faces of federalism», 38 *AJIL*, 205, 1990, 220.

(63) Aquí fundamentalmente: D. KÖNIG: *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses - Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, 2000.

cial de la UE sin una previa e intensa experiencia práctica. Sólo es posible descubrir las facultades de la UE realizando un repaso integral del derecho originario y buscando las normas competenciales, colocadas casi escondidas, entre un número de tres cifras de artículos convencionales. Además, determinados tipos de normas competenciales, en particular las que recogen competencias implícitas (64), no se encuentran reguladas positivamente en el Tratado sino sólo en Anexos. Hay que ser un experto en derecho europeo que reconozca en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo las competencias implícitas para poder describir de forma adecuada las facultades de la Unión Europea. Otras competencias continúan siendo confusas en su contenido concreto y en su alcance. En concreto apenas es posible deducir del derecho originario la transformación de la Unión de integración, de federación de cooperación de liberalización económica en titular genuinamente político de autoridad. Y para el ciudadano que se pregunte para qué existe realmente Europa y en qué dirección va Europa, los tratados no ofrecen información real.

2. *Aclaración a través del listado y la construcción de tipos*

En la declaración de Laeken no sólo se dice que el reparto competencial «debe ser adaptado a la luz de los nuevos desafíos que tiene frente a sí la Unión». En esta Declaración también se dice que «el reparto de las atribuciones entre la Unión y los Estados miembros debe ser clarificado y simplificado». Se trataba de que los redactores de esta Declaración aclarasen lo suficiente la estructura competencial dispuesta en los tratados como para que los ciudadanos puedan conocer qué tareas debe cumplir la UE y qué facultades tiene para ello. El Tratado logró esta aclaración y con ello una relevante mejora de la claridad y transparencia del orden competencial de modo que en la Parte I formula los principios generales del reparto competencial. Sin que para ello existiera un cambio jurídico, se resalta después en el artículo I.11.2 del Proyecto de Tratado de Constitución que la UE sólo tiene competencias allí donde le fueron atribuidas por el derecho originario (Principio de atribución) (65).

(64) STJCE 22/70, Comisión/Consejo, 1971, 263, 15/19; Informe 1/94 OMC, 1994, I-5267, 76; En la doctrina: G. NICOLAYSEN: «Zur Theorie von den Implied Powers in den Europäischen Gemeinschaften», *EuR*, 1966, 129; O. DÖRR: «Die Entwicklung der ungeschriebenen Aussenkompetenzen der EG», *EUZW*, 1996, 39; M. HILF: «Ungeschriebene EG-Kompetenzen im Aussenwirtschaftsrecht», *ZfV*, 1997, 295.

(65) Aquí, H. P. KRAUSSER: *Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht*, 1991.

En el cumplimiento de sus competencias la UE debe observar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (arts. I.11.3 y I.11.4 del PCE). En aceptación de la técnica del orden competencial de la Constitución (66) se definen los diferentes tipos de competencias en los artículos I.12-I.17; los ámbitos materiales puestos en manos de la UE son así clasificados en un tipo competencial. Ahí reside un verdadero avance cualitativo en diferentes sentidos.

3. Listado-catálogo de las materias

Es importante que el Tratado de Constitución recoja de forma clara (67) las materias que le son transferidas a la UE. La técnica ordenadora del Tratado se aproxima a la formulación requerida normalmente en el debate político (68) de catálogo competencial (69). También los que no son expertos podrán deducir en qué ámbitos está legitimada la UE para actuar (70). En este contexto es importante que el Tratado encomienda por primera vez competencias a la UE misma —y no sólo a los órganos habilitados para actuar—; ya no existe la necesidad de tener que deducir las competencias de la Unión a partir de las competencias de sus órganos. La lista de competencias en la Parte I del Tratado de Constitución tienen rango jurídico, sin embargo, no

(66) En la dogmática alemana R. STETTNER: *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, 1983, 42 y ss.; del mismo autor en R. DREIER (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 1998, artículos 70, 17 y ss.

(67) Sobre falta de transparencia, C. SCHMID: «Konsolidierung und Vereinfachung des europäischen Primärrechts», *EuR Beiheft*, 2/1998, 17.

(68) Como es sabido, la demanda de que se introduzca un catálogo de competencias en el que las facultades transferidas a la UE se enuncien y se hagan constar claramente pertenece a las demandas estándar que fueron formuladas con carácter previo a las negociaciones de Niza, y también con carácter previo a las negociaciones de la Convención. Muchos partidarios de esta demanda parecen estar motivados por la creencia de que un catálogo de competencias podría ser un instrumento eficaz para impedir las diferentes intromisiones competenciales y desplazamientos de poder. Era cierta la opinión de que la técnica competencial diferenciada y a la vez de alcance difícilmente calculable no da resultado y de que por ello debía ser sustituida por otro modelo.

(69) Así, H.-P. FOLZ: *Demokratie und Integration*, 1999, pág. 383; I. BOECK (nota 4); G. HIRSCH: «EG: Kein Staat, aber eine Verfassung», *NJW*, 2000, 46. En las deliberaciones de la Convención por un lado se habló en contra de un catálogo de competencias taxativo pues esto conllevaba necesariamente una rigidez innecesaria y perjudicial. Por otro lado se indicó también que un catálogo de competencias no ofrecía la precisión necesaria para conseguir una clara delimitación competencial.

(70) La propuesta de aprobar una Carta de competencias como documento independiente no fue aceptada (F. C. MAYER: nota 1, 611).

tienen naturaleza creadora de facultades (a diferencia de otros documentos constitucionales con catálogo de competencias). Esto hace necesarias las reiteraciones: las normas creadoras de competencias se encuentran en la Parte III del Tratado de Constitución. Aquí el Tratado permite —como en la actualidad el derecho comunitario vigente— que impere una precisión mucho mayor de lo que permitiría un mero catálogo competencial. Especialmente las disposiciones competenciales introducidas en los años noventa ofrecen una precisión decisiva y protegen a los Estados miembros de intromisiones en el ámbito legislativo. De igual forma, las formulaciones de la primera parte del Tratado de Constitución no son despreciables desde el punto de vista jurídico: se deben utilizar como ayuda en la interpretación y aplicación de las normas competenciales de la Parte III, desde luego sin vulnerar los límites establecidos por el tenor literal de las disposiciones de la tercera parte. Lo mismo sirve para las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales: ciertamente el Tratado pone mucho énfasis en que las disposiciones de la Carta no se consideren como normas competenciales (71). Ahora bien, para la protección de la unidad del Tratado constitucional las disposiciones de la tercera parte deben ser leídas a la luz de las aspiraciones existentes detrás de las normas de derechos fundamentales (72).

La comprensión del orden competencial se ve, sin embargo, perjudicada por las desbordantes disposiciones de ejecución en los ámbitos de política exterior y de seguridad común (art. I.40 PTCE), de la política de seguridad y defensa (art. I.41 PTCE), así como de la «Realización de la libertad, la seguridad y el derecho» en la política interior y de justicia (art. I.42 PTCE) del Título V de la primera parte, que se integran dentro del esquema de clasificación básico. Así como no se puede cuestionar que este tipo de reminiscencias del TUE relativas a la estructura de los tres pilares no sean objetivamente necesarias, de igual manera hay que admitir que la abarcabilidad de las competencias de la UE se resiente debido a esta técnica normativa: sobre cada materia hay hasta tres diferentes apartados en el Tratado que son aplicables. Asimismo, es problemático que el Tratado de Constitución renuncie a recoger en una lista taxativa las materias que se subsumen en la categoría de competencias compartidas. Esta técnica normativa no sólo provoca que la transparencia del Tratado se vea dañada notablemente: quien se quiera informar acerca de los ámbitos en los que es competente la UE debe hacer un recorrido por todos los artículos de la tercera parte del Tratado.

(71) Artículo II.111.2 PCE.

(72) Sobre el objeto de los Derechos Fundamentales en general: TH. SCHILLING: «Bestand und allgemeine Lehre der bürgerschützender allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ*, 2000, 3.

Desde el punto de vista constitucional tiene especial relevancia que el Tratado suprima simultáneamente la enunciación de objetivos y de tareas del hasta ahora vigente artículo 3 TCE. Con esta omisión se da un paso más (de especial relevancia constitucional) en el camino de la transformación de la UE de una organización internacional clásica en una federación estatal: mientras que lo primero indica que fue fundada por Estados miembros en persecución de unos objetivos definidos, no es posible resolver el mandato del bien común de una autoridad estatal a través de objetivos particulares y si así fuera, sólo sería posible bajo una referencia a los valores de la justicia, la paz, la libertad, etc... Este tipo de declaraciones valorativas se encuentran en el artículo I-2 y artículo I-3 en gran medida. Mientras es posible discutir sobre cuán grande es el efecto integrador de este tipo de disposiciones constitucionales (en los círculos científicos han sido tachadas de intentos de idealización), no hay ninguna duda de que aquí se expresa un cambio de tendencia cualitativo. Todavía no se ha llegado tan lejos competencialmente para dejar a los Estados miembros ámbitos competenciales residuales en los cuales estén protegidos de las influencias de la Unión. Un paso de este tipo habría sido adecuado para vencer la propia imagen de los Estados de verse a sí mismos como entes soberanos (73).

4. Creación de un tipo de competencia

El hecho de que el Tratado de Constitución determine explícitamente los tipos de competencia existentes debe ser visto, desde luego, como un avance (74). En principio el Tratado dispone para la tipología qué facultades de la Unión y de los Estados miembros en el *ámbito legislativo* les corresponden a cada uno respectivamente: tipológicamente se distinguirán exclusivamente competencias paralelas (compartidas) de competencias de coordinación y protección. El artículo I.14.1 califica la categoría de las competencias compartidas como categoría residual que se da cuando una competencia no ha sido designada como exclusiva o como competencia de apoyo. Esto implica fundamentalmente que las materias recogidas en la Parte III que no han sido reconducidas a una de las categorías de la Parte I deben ser vistas como competencias compartidas. En parte esta delimitación de los distintos ámbitos supondrá dificultades interpretativas, por ejemplo, cuando el artículo

(73) Así, J. SCHWARZE: «Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht», *JZ*, 1998, 1077, 1085 y ss.

(74) Así las consideraciones de PERNICE, nota 7, 875; MÜLLER-GRAFF, nota 30, 209.

lo I.14 PTCE define «los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública» como competencia compartida y a la vez se asume «la protección y mejora de la salud humana» como competencia de apoyo (art. I.17 PTCE).

A pesar del esfuerzo que hace el Tratado en la definición de los tipos de competencias, se plantearán una serie de cuestiones en su tratamiento. Así, se dispone, por ejemplo, que en el ámbito de las competencias exclusivas únicamente los órganos de la UE están habilitados para adoptar actos jurídicamente vinculantes. El Tratado deja abierto en qué medida los Estados miembros pueden operar con los medios del control no jurídico. En virtud de la técnica normativa del artículo I.12 y en el contexto de la inequívoca definición del artículo I.12.1, se puede concluir que los Estados miembros en los ámbitos de «las competencias exclusivas» —frente al significado literal aparente— no tienen totalmente prohibida la intervención; por el contrario les es posible fomentar objetivos políticos con medios que se sitúan en los umbrales de la vinculación jurídica.

Asimismo, la concepción constitucional que subyace a la definición de «competencia compartida» no deja de plantear problemas. Según el artículo I.12.2 (frase segunda) el derecho a legislar corresponde tanto a la Unión como a los Estados miembros en todos aquellos ámbitos en los que la Constitución establezca competencias compartidas. Mientras que la noción de «competencia compartida» despierta la impresión de que la Unión Europea y los Estados miembros pueden en todo momento actuar de manera independiente, el artículo I.12.2 (frase segunda) aclara que se trata de competencias concurrentes por naturaleza (75). Allí se constata que los Estados miembros sólo pueden ejercer su competencia cuando la Unión no la ha ejercido o se ha decidido a no ejercerla. Estas formulaciones permiten reconocer que el constituyente tiene presente un verdadero efecto de bloqueo, como el que se desprende del artículo 72 de la Constitución alemana. No es la primacía del derecho derivado (76) la que priva a los Estados miembros del derecho a actuar, sino el mismo precepto constitucional. El Tratado, sin embargo, no es muy claro en relación a cuándo debe operar el efecto de bloqueo. No obstante, sí que se percibe directamente que el derecho de bloqueo de la Unión siempre debe quedar sin efecto cuando la Unión ya ha hecho uso de sus poderes. Frente a esto el significado objetivo de la segunda alternativa se pre-

(75) Esto corresponde a la situación jurídica vigente pero, teniendo en cuenta la ausencia de claridad en la doctrina académica, requiere de un mayor desarrollo.

(76) Así la situación jurídica bajo el derecho vigente A. DASHWOOD, nota 2, 126; A. VON BOGDANDY y M. NETTESHEIM, en E. GRABITZ y M. HILF (ed.): *Das Recht der Europäischen Union*, 2001, artículo 3.b) TCE, 13.

senta más bien ambiguo. Si se interpreta la disposición literalmente, los Estados miembros pueden también actuar cuando la Unión no ha utilizado su competencia pero a su vez sí ha decidido que no hará uso de la misma en el futuro. No sólo se plantea la cuestión acerca de si le puede corresponder a una decisión de los órganos europeos un derecho de bloqueo de este tipo, sino que también sería cuestionable en este caso en qué forma y con qué claridad debería proceder una decisión de este tipo.

Los problemas jurídicos se plantean también en la medida en que el Tratado de Constitución establece competencias compartidas en «los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio» y «en cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria» (art. I.14.3 y art. I.14.4 PTCE), pero a su vez dispone que el ejercicio de esta competencia por parte de la Unión no impide a los Estados miembros ejercer la suya. De esto se puede desprender que a la UE se le prohíbe legislar de forma vinculante en estos ámbitos, porque de lo contrario, no se trataría aquí de competencias compartidas sino de competencias de apoyo, y la clasificación del artículo I.14 sería contradictoria. Pero el tenor de estas disposiciones permite también deducir que la UE está habilitada para legislar, aunque ese derecho no tendrá ningún efecto vinculante para los Estados miembros. En virtud de la protección de la eficacia del derecho derivado, una interpretación de este tipo no parece del todo convincente. Aquí existe todavía la necesidad de un mayor desarrollo.

Allí dónde le sean atribuidas a la UE competencias de coordinación y de apoyo, ésta no puede promover legislación vinculante con el objetivo de armonizar los ordenamientos jurídicos estatales y sus disposiciones administrativas. Desde un punto de vista de técnica legislativa es desafortunado que este tipo de competencias de coordinación se encuentren tanto en el artículo I.15 como en el artículo I.17. En esas mismas disposiciones, donde el Tratado atribuye a la UE competencias de coordinación y apoyo, se encuentran también sustancialmente competencias compartidas. De esta forma, las competencias de coordinación y de apoyo se perciben como una subcategoría de las competencias compartidas.

El Tratado de Constitución no logra desafortunadamente mantener la tipificación referida a las competencias legislativas para todas las materias. Al margen de la tipología esbozada en el artículo I.12 PTCE, a la UE le corresponden facultades en el ámbito de política exterior y de seguridad. El Tratado de Constitución no sitúa esta competencia entre las facultades legislativas, sino que la coloca prácticamente entre paréntesis: sin mayor diferenciación el artículo I.16 dispone que «la competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la polí-

tica exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión». No se intenta integrar esta competencia en la tipología del artículo I.12 del Tratado. Sustancialmente se debe hablar de una competencia compartida en materia de política exterior y seguridad común. Se debe entender que esta competencia, en relación con la celebración de acuerdos internacionales, no se convierte en una competencia exclusiva cuando se da alguno de los supuestos del artículo I.13.2: el artículo I.16 PTCE debe observarse como una norma extraordinaria y taxativa que excluye la aplicación del artículo I.13.2. La ubicación especial del artículo I.16 se debe a la circunstancia de que en la actualidad les está absolutamente vedado a los Estados miembros, desde un punto de vista político, admitir el surgimiento de competencias exclusivas de la UE en materia de política exterior y seguridad común y perder de esta forma ellos sus capacidad de intervención. La obligación de observar las medidas adoptadas por la UE de todas formas permanece inalterada. Aparte de eso, los actos de la Unión y de los Estados miembros en el ámbito exterior se modulan sobre la recíproca obligación de cooperación leal (art. I-5).

Por otra parte, merece una apreciación crítica el hecho de que en la primera parte del Tratado no exista ninguna mención a los llamados «métodos abiertos de coordinación» (77). Aquí es posible entender que sólo se trata de una forma y técnica especial de coordinación y ésta se contiene en los tipos generales de competencias (competencia compartida y facultad de coordinación). Igualmente habría contribuido a la transparencia del Tratado y a la accesibilidad del derecho comunitario que esta creciente e importante forma de cooperación de la Unión y los Estados miembros hubiese encontrado alguna mención especial. Esta reserva del Tratado Constitucional pone de manifiesto las diferentes concepciones políticas sobre el valor y eficiencia de los métodos de coordinación: mientras algunos tienen importantes expectativas políticas y materiales en estos métodos, otros ven en ellos un furtivo intento de la Unión de abrirse nuevas esferas competenciales. Los críticos no le conceden especial importancia al hecho de que estos métodos de coordinación no confieran a la UE facultades legislativas. Ellos hacen hincapié, con razón, en que la presión de actuación fáctica que se puede ejercer a través de los instrumentos de los métodos abiertos de coordinación puede ser elevada.

(77) Aquí, M. W. BAUER y R. KNÖLL: «Die Methode der offenen Koordinierung: Zukunft europäischer Politikgestaltung oder schleichende Zentralisierung?», *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2003, 33; B. SCHULTE, «Die "Methode der offenen Koordinierung"- Eine neue politische Strategie in der europäischen Sozialpolitik auch für den Bereich des sozialen Schutzes», *ZSR*, 2002, 1.

5. Determinación del alcance de las competencias exclusivas

En primer lugar es importante señalar que el Tratado pondrá fin a las discusiones que siempre se han producido sobre el alcance de las competencias exclusivas. En el pasado se han dado especialmente discusiones en torno a la cuestión de hasta qué punto la competencia para el establecimiento del mercado interior es una competencia exclusiva. Mientras la Comisión, por ejemplo, expresaba en repetidas ocasiones la opinión de que la tarea de llevar a cabo el mercado interior era una tarea que naturalmente sólo podía asumir la UE [debiendo tratarse, en consecuencia, de una competencia exclusiva (78)], los Estados miembros expresaban claramente que la posibilidad de la propia configuración en materia de mercado interior les debía seguir asistiendo, en tanto en cuanto no vulneraran el derecho comunitario. En este debate se pusieron de manifiesto diferentes concepciones de la noción de competencia exclusiva. El Tratado se decide —como mientras tanto lo hizo el TJCE (79)— por una apreciación según la cual la noción de competencia exclusiva no depende de quién debe resolver una tarea determinada, sino de que una de las tareas transferidas a la UE sólo pueda ser cumplida de manera satisfactoria si a los Estados miembros se les impide intervenir de manera absoluta y permanente (80). Este tipo de efecto de bloqueo absoluto sólo lo recoge el Tratado de Constitución en algunas materias: el establecimiento de «las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior», la política monetaria de los Estados miembros que hayan adoptado el euro, la política comercial común, la unión aduanera, así como la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (art. I.13.1 PTCE). Al margen de la —redundante— «Uniónización» de partes de la política de mercado interior (aquí las normas de derecho derivado sobre competencia tendrían igualmente efecto) (81), el Tratado de Constitución equivale en lo esencial a lo que hoy se entiende por derecho originario (82). Ningún precepto constitucional directo recoge la competen-

(78) Sobre la posición de la Comisión especialmente *Agence Europe v.* 30.10.1992, Nr. 1804/05. Así como, Conclusiones del Abogado General FENNELLY, en Asunto 376/98, Alemania/Parlamento y Consejo, 2000, I-8419, 135-149.

(79) STJCE, Asunto C-491/01, «British American Tobacco», *EuR*, 2003, 80, 177 y ss.

(80) Así también, en relación con el artículo 95 TCE: PH. MANIN: «Les Communautés européennes l'Union européenne», 5 *Aufl.*, 1999, 143; W. KAHL, en C. CALLIENS y M. RUFFERT (ed.): «Kommentar zum EU-Vertrag», 2, *Aufl.*, 2002, artículo 95 TCE, 20 y ss.

(81) Sobre el reciente desarrollo: C.-D. EHLERMANN: «The modernization of EC antitrust policy: A legal and cultural revolution», *CMLRev.*, 37, 2000, 537.

(82) En contra de la posición de la Comisión (*Agence Europe v.* 30.10.1992, Nr.

cia de actuación de los Estados miembros como «Defensores del interés común» (83), competencia no escrita y reconocida por el TJCE. Ésta es, por cierto, una laguna tolerable.

Por primera vez, se definen en el artículo I.13.2 PTCE cada una de las competencias anexas de la UE en el ámbito exterior que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lleva postulando desde hace más de treinta años en su recurrente y variada jurisprudencia del Asunto «AETR» en forma creadora de derecho. El Tratado sistematiza la vigente situación jurídica en lo esencial. Se trata de una codificación sobre todo en la medida en que se atribuye a la UE una competencia exclusiva ahí donde es necesaria para poder ejercer las competencias internas. Así, no va más allá del derecho vigente cuando el artículo I.13.2 establece: La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicho acuerdo «afecte a un acto interno de la Unión». Esta formulación deja un margen de interpretación ciertamente reducido: a los Estados miembros sólo se les prohíbe actuar cuándo y en la medida en que el acuerdo internacional que se proponen adoptar se oponga de manera suficientemente palpable a los efectos jurídicos de un acto de la UE. Finalmente, también merece un comentario la tercera precisión del artículo I.13.2 pues es confusa en su contenido y cuestionable desde un punto de vista jurídico-político. En virtud de esta cláusula a la UE debe corresponderle una competencia exclusiva «cuando dicha celebración (de un acuerdo internacional) esté prevista en un acto legislativo de la Unión». Esta «cláusula de autohabilitación» no tiene en cuenta que no en todos los casos en los que según el derecho derivado se prevea la celebración de un tratado internacional, se exige la inmediata exclusión de la intervención de los Estados miembros. Asimismo, no está claro por qué la programática del derecho derivado (un acto de derecho derivado no puede crear una competencia) debe conducir a un bloqueo de la intervención de los Estados miembros. Aquí se amplía demasiado y de manera poco convincente la eficacia del derecho derivado en relación con la UE y los Estados miembros. Las acciones de los Estados miembros que pudieran perjudicar el procedimiento de la Unión de adopción de acuerdos se pueden atajar con la cláusula de cooperación leal (art. I.5 PTCE). Hay que admitir, sin embargo, que

1804/05) no se trata especialmente la política agraria como competencia exclusiva de la UE (J.-C. PIRIS: «Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?», *EuR*, 2000, 311, 332).

(83) Ver. M. PECHSTEIN: *Die Mitgliedstaaten als «Sachwalter des gemeinsamen Interesses»*, 1987, 75 y ss.; R. STREINZ: «Europarecht», 5. Auflage, 2001, 131.

el Tratado en esta formulación se ha apoyado en la noción de competencia del TJCE (84).

IV. NORMATIVIDAD DE LAS REGLAS DE EJERCICIO DE COMPETENCIAS

En la actualidad no es posible probar la constancia de un orden constituido federal (85) en el que el orden competencial sólo contenga competencias exclusivas, es decir, en el cual se haya llevado a cabo una separación de facultades completa y nítida. El tipo competencial dominante es el de las competencias compartidas o concurrentes. Esto es así no sólo porque no hay otro tipo de competencia que, más allá de favorecer, fuerce una comprensión discursiva de los niveles sobre soluciones materialmente adecuadas, sino porque además este tipo de competencia proporciona un dominio extraordinariamente flexible de las situaciones problemáticas que se planteen (86). No obstante, este tipo competencial también entraña desafíos y peligros, en concreto la determinación de cuándo deben ser llamados a regulación los niveles altos y los bajos, cuándo deben permanecer indefinidos y cuándo deben ser puestos en manos del proceso político. Teniendo en cuenta que en el ámbito de competencias compartidas el nivel superior tiene necesariamente primacía, las intromisiones e invasiones se pueden evitar difícilmente.

1. *La discusión sobre las reglas de ejercicio de competencias*

Para un conocedor de la vida constitucional resulta evidente que ni siquiera el orden competencial más elaborado puede impedir el juego de las fuerzas políticas, el abuso de los límites competenciales y, en ocasiones, los desplazamientos buscados políticamente. En ningún otro sitio es el orden constitucional «más político», en sentido de poder oponer resistencia a las fuerzas políticas que actúan en acuerdo. Tampoco un tribunal constitucional querrá contener a las fuerzas políticas en cuestiones competenciales, ni siquiera cuando

(84) Al respecto la Sentencia del TJCE sobre competencias de tráfico aéreo (STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C-475/98, Comisión/Austria, EWS 2002, 591).

(85) Sobre la diversidad de formas de federalismo D. ELAZAR: *Exploring Federalism*, 1987; J. H. H. WEILER: «Federalism and Constitutionalism. Europe's Sonderweg», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 10/00.

(86) La reclamación política de implantación de competencias exclusivas (v. J. FISCHER: nota 27, 149) muestra no observar los costes de la rigidez inherente a ello.

éstas son expresión del actuar acordado. Así que no es de extrañar que mientras los Estados miembros tuvieron derecho a veto en el Consejo debido a la aplicación del principio de unanimidad, el TJCE no opusiera ninguna resistencia al vaciado del orden competencial comunitario políticamente querido, e impulsado por la Comisión y por el Consejo, ni tampoco a su sobre-expansión durante tanto tiempo. En aquel tiempo el TJCE sólo intervino en los conflictos de competencia cuando se trataba de proteger las estructuras básicas de la integración o la garantía del equilibrio de fuerzas entre los órganos comunitarios (como por ejemplo la protección del derecho de participación del parlamento). En este contexto que el principio de subsidiariedad sea capaz de poner límites al juego de las fuerzas políticas o, en cualquier caso, de dirigir ese juego en determinadas direcciones, debería aparecer rápidamente como una ilusión. Ciertamente no se puede poner en duda que el principio de subsidiariedad es un correctivo limitante con el cual el ejercicio de las competencias puede ser racionalizado (87). Sin duda el principio no puede —en todo caso en la redacción que le ha dado el art. 5 TCE (88)— poner límites materiales sin un previo acuerdo sobre los objetivos propios del principio en la relación de tensión entre unidad jurídica europea y libre competencia del sistema y ordenamientos jurídicos (89). Un acuerdo de este tipo no se ha logrado, y ni siquiera se ha intentado políticamente. De hecho ni tan siquiera los correspondientes principios están recogidos hoy en la teoría constitucional europea (90). En este contexto no puede sorprender que el Tribunal Europeo muestre especial reticencia en la aplicación del principio (91). Igualmente tampoco es sorprendente que a los críticos del «impulso competencial hacia arriba» sin duda todavía existente, les cueste demostrar una vulneración del principio de subsidiariedad (92). Calificar esto como expresión de una exitosa innovación del derecho comuni-

(87) Aquí, R. VON BORRIES: «Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union», *EuR*, 1994, 268; H. LECHER: *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1993.

(88) Intentos de desarrollar una expresión más precisa por ejemplo en FISCHER/SCHLEY (nota 4), 18 y ss.

(89) Propuestas de formulación para una expresión más precisa y delimitante en I. BOECK (nota 4), 174-176.

(90) Sobre la idea de una forma jurídica europea común, P. HÄBERLE: «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ*, 1991, 261; del mismo autor, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, en R. BIEBER y P. WIDMER (ed.): «L'espace constitutionnel européenne. Das Verfassungsrecht in der Europäischen Union», *EUR*, 1997, 1.

(91) Ver STJCE, Asunto C-84/94, Gran Bretaña/Consejo, 1996, I-5755; Asunto C-233/94, Alemania/Parlamento y Consejo, 1997, I-2405; Asunto C-36 y 37/97, Kellingusen, 1998, I-6337.

(92) Respecto del informe de subsidiariedad del Gobierno Federal alemán de 18.08.2000, BT-DRS. 14/4017; sobre esta problemática también R. v. BORRIES: «Rechtset-

tario (93) resulta difícil. Imponer una obligación de dar cuentas anualmente a la Comisión (94) no ayuda mucho en esta situación. Pocos años después de que se adoptara el principio, un debate se ocupó de cómo precisar y esclarecer su contenido. La mayor parte de los que participaron en el debate vio la solución en las precauciones institucionales (95).

No faltaban este tipo de propuestas; el número de las propuestas de modificación que se hicieron en los últimos años apenas es abaricable (96). Estas propuestas van desde la creación de tribunales de competencia y subsidiariedad a través de la instalación de comités políticos de vigilancia de las competencias [en concreto, comités de subsidiariedad (97) formados por miembros de los parlamentos nacionales (98)] y la instauración de un Ombudsmann o de un defensor de la competencia europeo (99) hasta una revalorización del Comité de Regiones en una tercera cámara codecisoria en cuestiones competenciales (100). Observadores reflexivos apuntan que muchas de las propuestas de solución conllevarían pagar un alto precio. Las ampliaciones institucionales de cara al debate conducirían a notables perjuicios de la eficiencia y de la capacidad decisoria de la UE; la atribución de responsabilidad decisoria y la reclamación de responsabilidad política se agravaría más; las soluciones propuestas de forma unilateral pondrían en manos de los órganos de los Estados la capacidad decisoria sobre conflictos competenciales. No siempre se ha tenido en cuenta que también se puede desarrollar una «Europeización» de la perspectiva de los Estados miembros en los medios de control estatales. Y algunos críticos pasan por alto que las jurisdicciones constitucional europea y nacional se encuentran en una situación de latente antagonismo debido a las diferentes medidas probatorias y responsabilidades constitucionales, situación que justo ahora tiene un efecto de racionalización importante en la cuestión competencial.

zung in der Europäischen Gemeinschaft: Der Jahresbericht 2000 der Europäischen Kommission, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, ZG, 2001, 79 y ss.

(93) Así BOGDANDY y BAST (nota 7), 456.

(94) Nr. 9, último guión del Protocolo de Subsidiariedad.

(95) Buena visión en CHR. KOENIG y R. A. LORZ: «Stärkung des Subsidiaritätsprinzips», *JZ*, 2003, 167.

(96) F. MAYER: *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, 330 y ss.; F. MAYER (nota 1), 592 y ss.

(97) CHR. CALLIES: «Subsidiaritäts - und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union», 2. Aufl., 1999, 287 y ss.; PERNICE (nota 7), 876.

(98) PERNICE (nota 7), 876; L. SIEDENTOP: *Democracy in Europe*, 2000, 147; J. SCHWARZE (nota 7), 1268 y s.

(99) F. C. MAYER (nota 1), 601 y ss.

(100) Aquí, I. BOECK (nota 4), 188.

2. Delimitación sustancial y racionalidad discursiva

La probabilidad política de que la *propuestas de modificación institucionales* formuladas previamente se aceptaran en la Convención y de que los elementos del sistema institucional de la UE fomentaran un desafío de alcance difícilmente evaluable era escasa. En último término esto no dependía de que los desplazamientos de poder que tienen lugar a través de las invasiones competenciales de la UE perjudiquen menos a los gobiernos de los Estados miembros que a los parlamentos de los Estados miembros y, en el caso de Estados miembros de estructura federal, a las corporaciones integradas. Los consejos asesores de la Convención manejaban la antigua tesis de que estas instituciones no lograrían imponer sus intereses también contra las voluntades de los gobiernos nacionales. Ha sucedido como se esperaba. La normatividad de la delimitación competencial no podía ser incrementada sustancialmente. Ciertamente la Convención intentó en parte acentuar la responsabilidad jurídica de la UE frente a los Estados miembros en el ejercicio de las competencias. Así, se encuentra en el artículo I.5.1 PTCE una precisión cuando dice: «La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Así, el Tratado de Constitución recoge la propuesta de *Ingolf Pernice*, de seguir desarrollando el artículo 6.3 TUE como garantía de «derechos fundamentales federales» (101). En esta materia se asienta una concretización importante del principio general de lealtad a la Unión (102). Si prescindimos del tenor de estas últimas limitaciones (que expresa claramente cuán profundamente se han modificado entre tanto los papeles de la UE y de los Estados miembros desde la perspectiva competencial) es posible afirmar que el Tratado de la Convención renuncia a realizar un esfuerzo por lograr una mayor precisión de las normas de ejercicio de las competencias: en el camino emprendido al introducir el principio de subsidiariedad, la UE parece haber llegado a un punto máximo natural de precisión normativa.

(101) PERNICE (nota 7), 875. Sobre alusión a las regiones CLEMENT (nota 49), 23. Ver también T. WÜRTENBERGER: *Auf dem Weg zu lokaler und regionaler Autonomie in Europa, Festschrift H. Maurer*, 2001, 1053.

(102) P. UNRUH: «Die Unionstrue - Anmerkungen zu einem Rechtsgrundsatz der Europäischen Union», *EuR*, 2002, 41.

Sin duda, los esfuerzos por lograr exactitud y precisión en las disposiciones competenciales del derecho de la Unión chocan inmediatamente con los límites naturales e inherentes a las características del lenguaje y a la naturaleza de la materia. Más allá de las seguras fronteras del derecho constitucional, la delimitación competencial debe ser comprendida, en primer lugar y sobre todo, como proceso discursivo en el cual se trata de transmitir y equilibrar los intereses nacionales con los supranacionales y fundamentalmente los intereses de las unidades infraestatales. En este sentido *delimitación competencial* significa la racionalización del discurso sobre este tipo de intereses.

No sorprende que el Proyecto de la Convención se interese en primer lugar por este objetivo, y que estimule a los actores afectados a exponer sus motivos y así se obligue al autocontrol. Sin duda el derecho comunitario vigente ya obliga a los órganos de la UE a fundamentar y motivar los actos promulgados. A cualquier conocedor del derecho comunitario le consta que los órganos de la Unión asumen con desgana esta obligación y la motivación de los actos jurídicos comúnmente oscila entre un mero parafrasear la decisión sustancial y una constatación de trivialidades poco esclarecedoras (103). Todo indica que hay que aceptar que esto es ineludible e inevitable (el legislador habla a través de la ley pero no tiene por qué explicar). A pesar de esta duda en el efecto racionalizador y limitador de los requisitos de motivación, el Tratado de Constitución continúa el camino una vez emprendido e intensifica las exigencias de motivación: el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad obliga a la Comisión expresamente a motivar sus propuestas según estos principios. Se requiere a la Comisión para que utilice un cuestionario especial en el cual realice «detalladas descripciones» sobre los efectos de las medidas, en particular en el aspecto financiero y en relación a los efectos para los Estados miembros y sus divisiones regionales. El hecho de que una medida de la Unión pueda alcanzar más fácilmente un objetivo que las medidas de los Estados miembros debe ser motivado en relación a criterios cualitativos y, mientras sea posible, también cuantitativos (104). Existe todavía cierto escepticismo acerca de si estas exigencias de motivación forzarán a los órganos de la Unión a un proceso discursivo de acuerdo, que desembocará en una modificación de la

(103) El grado de control judicial es bajo: STJCE, Asunto C-233/94, Alemania/Consejo y Parlamento, 1997, 22-28.

(104) La Comisión tiene en cuenta que la carga financiera y el despliegue administrativo de la Unión se mantengan al margen de los Gobiernos de los Estados miembros, las autoridades regionales y locales, la economía y de los ciudadanos y ciudadanas y que estén en una relación adecuada con el objetivo perseguido.

práctica política. Sin embargo, no se exige nada más lejos de la propia obligación de un legislador racional.

3. *Mecanismo de alerta rápida*

La verdadera innovación del «mecanismo de alerta rápida» consiste en que da el derecho a los parlamentos nacionales y a sus cámaras respectivas de poder expresar posiciones opuestas en el proceso legislativo europeo basándose en aspectos del principio de subsidiariedad. En virtud del principio (Nr. 5 del Protocolo de Subsidiariedad) los parlamentos nacionales de un Estado miembro o las cámaras de un parlamento nacional pueden, dentro de un plazo de seis semanas desde la comunicación de la propuesta de la Comisión, exponer en un dictamen motivado que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad. Al formular su dictamen los órganos nacionales, al igual que los parlamentos regionales con facultades legislativas, deben consultarse y deliberar entre sí (ellos actúan en este sentido como abogados de los intereses de los órganos legislativos de los Estados miembros). Los parlamentos de los Estados miembros no pueden deducir del Nr. 5 del Protocolo de Subsidiariedad un derecho (basado en el ordenamiento comunitario) a que un parlamento represente una posición determinada en su oposición. La posición aislada de los parlamentos nacionales presentes o de sus cámaras es, sin embargo, débil: el Protocolo de Subsidiariedad prevé únicamente que los órganos legislativos de la UE están obligados a «tener en consideración» las oposiciones de los parlamentos nacionales o de sus cámaras. La situación cambia cuando un grupo suficientemente grande de parlamentos nacionales alega la contravención del principio de subsidiariedad. El Protocolo de Subsidiariedad establece el umbral en un tercio de los parlamentos nacionales. Para no permitir que la diferencia entre los parlamentos unicamerales y los bicamerales repercuta, el Protocolo distribuye a cada Estado miembro dos votos que se reparten en los casos de parlamentos bicamerales. Si un grupo de órganos de parlamentos de Estados miembros que representa como mínimo un tercio del número total de votos (actualmente 30) presenta una oposición motivada de subsidiariedad, la Comisión estará obligada a reexaminar su propuesta y, en consecuencia, a decidir nuevamente sobre la misma. De esta forma se obliga a la Comisión a fundamentar su posición. Así los parlamentos nacionales y la Comisión son sometidos a un proceso discursivo de acuerdo sobre la asignación de competencias en Europa, cuyo efecto racionalizador en el proceso de transferencia de poderes «hacia arriba» desde luego puede tener efecto de freno. No obstante, este mecanismo sólo dará resultado si los parlamentos nacio-

nales (y sus cámaras respectivas) realmente están dispuestos a seguir el trabajo de los órganos de la UE críticamente y en su caso a intervenir. Esto sólo será efectivo si los parlamentos nacionales son capaces de asumir este reto desde el punto de vista organizativo —en particular deben establecerse las conexiones transversales— y acordar medidas materiales comunes. La crítica de subsidiariedad de no reconocer un contexto normativo interno, alegada hasta ahora casi sin orden ni concierto, no será capaz de provocar un cambio de orientación en los órganos de la UE.

V. NIVEL DE JURIDIFICACIÓN DEL EXAMEN Y CONTROL DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

1. *El reproche de la ausencia de control jurídico*

La caracterización y la noción de un orden competencial depende finalmente de cómo interactúan en caso de conflicto la política y el derecho sobre la legitimidad del uso de las competencias. Por ello, el derecho de la UE cede el paso al proceso político en el control del ejercicio de las competencias (los representantes de los Estados miembros presentes en el Consejo son los que tienen que llevar un control de la adecuación competencial de los actos de la UE). Esto pertenece a sus obligaciones oficiales. El derecho europeo prevé, prácticamente como segunda línea de defensa, una amplia facultad de control del TJCE, que en virtud del artículo 230 TCE puede ser requerido. En teoría esto supone una alta juridificación del control competencial, aunque en la práctica el TJCE desempeña sus tareas de control sólo de manera reservada. En cualquier caso hasta los últimos tiempos el TJCE dedicó más atención a salvaguardar el orden funcional horizontal en la UE (105) y la seguridad del sistema general institucional (106) que a delimitar las competencias en la relación vertical. Efectivamente se puede citar un sinnúmero de sentencias del TJCE en las que el tribunal ha declarado nulas medidas de la UE por motivos competenciales, sobre todo por no haberse elegido el fundamento jurídico correcto (107). El número de casos en los que el TJCE ha revocado una sentencia por vicio de competencia (entre la Unión y los Esta-

(105) Ver STJCE, Asunto 281, 283-285, 287/85, Alemania y otros/Comisión (Política de inmigración), 1987, 3203.

(106) Dictamen del STJCE 2/94, CEDH, 1996, I-1763, 10 y ss.

(107) Ver STJCE, Asunto 294/83, Les Verts/EP, 1986, 1339; STJCE, Asunto 281, 283 hasta 285 y 187/85, Alemania/Comisión, 1987, 3203; Dictamen TJCE 2/94, 1996, I-1759. En detalle ver N. COLNERIC: «Der Gerichtshof der EG als Kompetenzgericht», *EuZW*, 2002, 709.

dos) (108) es, sin embargo, pequeño (109). De manera que no es sorprendente que surja la impresión de que la jurisdicción europea no tenía intención de salvaguardar eficazmente el mantenimiento del orden competencial en el examen de los actos de derecho derivado (110). Éste es un reproche injustificado porque en un sistema federal como el de la UE no puede ser tarea de la jurisdicción intervenir (111) en los procesos de decisión política entre los Estados apoyándose en aspectos competenciales (112). Sólo después del paso al principio de la mayoría, el TJCE se aproximó a la función de un verdadero juez defensor entre las fuerzas políticas. No obstante, puede sorprender que sólo pudiera jugar este papel deficientemente, a escala infrajurídica y con muchas dificultades (113). En la Sentencia del TJCE sobre el Asunto-Etiquetado de tabaco (114) se refleja una vez más que el papel constitucional del TJCE ha variado con el paso al principio de la mayoría: el TJCE debe concebirse también como tribunal constitucional federal (115). Esto presupone la juridificación de los conflictos (116) políticos de poder (117).

(108) Aquí, por ejemplo COLNERIC (nota 106), 711 y ss.

(109) K. BOSKOVITS: *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999.

(110) Una crítica muy clara por ejemplo en R. SCHOLZ: «Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsrechtsschutz», en K. H. FRIAUF y R. SCHOLZT (ed): *Europarecht und Grundgesetz*, 1990, 97; P. M. HUBER: «Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung», *AöR*, 116 (1991), 211 (213); T. V. DANWITZ: «Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung», *JZ*, 1994, 335 (340).

(111) Otra cosa rige naturalmente para vulneraciones fundamentales para la protección de los particulares.

(112) Aquí, M. SIMM: *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt*, 1998; H. G. FISCHER: «Die Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», *ZG*, 2000, 165.

(113) La valoración del papel del TJCE en el discurso académico es diversa: por un lado, se sostiene (bajo la referencia a la sentencia sobre la prohibición de publicidad de tabaco) que el TJCE se ha constituido también como tribunal independiente para dirimir conflictos competenciales, que las reformas institucionales no son factibles (VON BOGDANDY y BAST: nota 4, 454), otros consideran por motivos políticos y estructurales al TJCE como órgano inadecuado para asumir de manera independiente el papel del órgano que tiene la última decisión en conflictos de competencia vertical (p.e. J. WEILER: «The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals», *ELRev.*, 22 (1987), 150 (155).

(114) STJCE, Asunto C-376/98, Alemania/Parlamento y Consejo, 2000, I-8419; también TJE, Dictamen 1/94 OMC, 1994, I-5267, 9.

(115) RODRÍGUEZ IGLESIAS (nota 53), 126 y s.

(116) Sobre la naturaleza de los conflictos de competencias: M. NETTESHEIM: «Horizontale Kompetenzkonflikte im Gemeinschaftsrecht», *EuR*, 1993, 246.

(117) Las posibilidades analizadas escépticamente: J. H. H. WEILER (nota 112), 155.

Hasta ahora el TJCE no ha tenido apenas ocasión de probar su eficacia en la nueva función (118). Ni siquiera son reconocibles todavía las proporciones metateóricas y los estándares con los cuales se pudiera resolver, tanto jurídicamente como en general, la tirante relación de unidad y multiplicidad (119). Una prueba en un conflicto existencial (120), decisivo y político está todavía pendiente. En la Convención existió por cierto una considerable unidad que aquí precisamente presagia una ausencia de desconfianza hacia el TJCE. Se renunció, con razón, a adoptar modificaciones institucionales con las cuales el ejercicio de las competencias (presunta o efectivamente) podría haber sido mejor salvaguardado (121). Su precio habría sido demasiado alto, las probabilidades de éxito demasiado escasas (122).

2. *El recurso de subsidiariedad en el Tratado de Constitución*

Al no prever el Tratado de la Convención modificaciones institucionales, tiende por otra parte a una acentuación del papel del TJCE como Tribunal Constitucional Federal. Las primeras reacciones atribuyeron, con razón, un significado especial al hecho de que el Protocolo de Subsidiariedad previera ya un ulterior control jurídico del principio de subsidiariedad. Evidentemente esto sólo tiene un significado declarativo, ya que el Nr. 7 del Protocolo confiere a un Estado miembro «según las modalidades del artículo III.365» recursos jurisdiccionales contra los actos legislativos (este derecho lo tiene cada Estado miembro como demandante privilegiado ya hasta ahora). Pero el Protocolo va más allá de la facultad de interponer recurso (hasta ahora vigente) al conceder a los

(118) STJCE, Asunto C-377/98, Holanda/Parlamento y Consejo, 2001, I-7079. Sobre la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, CHR. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa», *EuGRZ*, 2003, 181.

(119) Sobre la situación constitucional bajo la cláusula «necessary and proper» en Estados Unidos, L. TRIBE: *American Constitutional Law*, vol. I, 3.^a ed., 2000, pág. 798.

(120) Esto rige en particular para el caso de que el TC alemán en aplicación del artículo 23 TCE constate la inaplicabilidad de un acto de la UE. Sobre el papel del TC alemán, p.e., J. LIMBACH: «Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur», *EuGRZ*, 2000, 417; R. NICKEL: «Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung», *JZ*, 2001, 625.

(121) Este tipo de afirmaciones en BROSS: *Bundesverfassungsgericht - Europäischer Gerichtshof - Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte*, *Verwaltungsarchiv*, 2001, 425 y ss.; CLEMENT (nota 49), 29; U. GOLL y M. KENNTNER: «Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?», *EuZW*, 2002, 101.

(122) Así, N. COLNERIC (nota 106); U. EVERLING: «Quis custodiet custodes ipsos?», *EuZW*, 2002, 357; Sobre esta problemática también F. SCHOCKWEILER: «Zur Kontrolle der Zuständigkeitsgrenzen der Gemeinschaft», *EuR*, 1996, 123.

parlamentos nacionales y a las cámaras respectivas la legitimación en el proceso según el artículo III.365 PCE (hasta entonces art. 230 TCE) (123). Esto resulta llamativo porque así los órganos constitucionales estatales por primera vez pueden exigir tutela jurídica. Ciertamente los *miembros capaces jurídicamente* de un Estado (como demandante no privilegiado) ya podían antes demandar tutela jurídica, cuando se viesan afectados inmediata o individualmente por las medidas de la UE o por la UE directamente. Por el contrario, el conflicto entre un órgano estatal y órganos de la UE no estaba todavía previsto. El Protocolo de Subsidiariedad toma como referencia ahora aquellas situaciones en las que existe un conflicto entre los órganos de la UE: así a la Comisión siempre le fue posible demandar al Consejo. Desde una perspectiva constitucional la regulación del Protocolo de Subsidiariedad pone de manifiesto cuán avanzada está la «federalización» del vínculo de integración. El antiguo y amplio trazado de límites entre el proceso político estatal y la actuación transnacional (a través de los aquí llamados órganos gubernativos) será una vez más superado. Ahora bien, todavía existen reminiscencias de la perspectiva sobrevenida en el Protocolo de subsidiariedad al ser un Estado miembro el que debe transmitir la demanda «en nombre de su parlamento nacional o de una cámara de este parlamento». La facultad de dirigir el proceso está por lo demás en manos de los gobiernos nacionales.

En esta regulación se vislumbran una serie de problemas jurídicos. Dos de ellos merecen ser citados aquí. Por un lado, el Protocolo de Subsidiariedad no define el concepto de «parlamento nacional» ni el de «cámara del parlamento nacional». Es posible deducir del sistema en contexto que debe tratarse de órganos nacionales constitucionales que colaboren decisivamente en el proceso legislativo, pues el Protocolo tiene por objeto la relación de poder y fuerzas en el ámbito legislativo. No todo órgano conectado con el proceso legislativo es subsumible en este concepto: se debe tratar de comités asesores deliberativos, como dispone el tenor literal. Un órgano como el presidente federal alemán no estará legitimado por el Nr. 7 del Protocolo, incluso si participa en el proceso legislativo, según el artículo 81 de la Constitución alemana, y tiene un derecho de examen limitado material. No cabe duda de que el Bundesrat se considera como «Cámara» de un parlamento nacional en el sentido del Protocolo de Subsidiariedad. Aunque el Bundesrat no se componga de miembros elegidos directamente por el pueblo, se trata de un órgano deliberativo en el proceso legislativo y es parte del poder legislativo establecido en la Constitución alemana. Junto al parlamento federal alemán, el Bundesrat también puede suscitar un procedimiento en virtud del Nr. 7 del Protocolo.

(123) En general, RENGELING, MIDDEKE y GELLERMANN: *Handbuch des Rechtsschutzes in der EU*, 2.^a ed., 2003.

Por otro lado, existe todavía una necesidad de aclaración con respecto a las relaciones jurídicas entre los parlamentos nacionales beneficiados por el Protocolo de Subsidiariedad y los gobiernos nacionales. Aquí se trata de relaciones jurídicas que son materialmente cubiertas por el derecho nacional. ¿Tiene el parlamento nacional —o sus cámaras respectivas— un derecho a que el «Estado miembro» —es decir, en concreto el gobierno país— «transmita» la queja? En el orden constitucional esta pregunta encontrará una respuesta afirmativa y podrá extraerse un derecho de este tipo de la obligación de lealtad recíproca. Es expresión de esta obligación que el gobierno federal mismo se encargue de la duda sobre subsidiariedad del órgano legislativo y apoye la reclamación, incluso cuando él mismo considera el acto legislativo de la UE ajustado a las competencias. Esta postura jurídica se corrobora a través de la interpretación conforme al derecho europeo, cuando el Nr. 7 del Protocolo de Subsidiariedad expresamente habla de un mero «papel transmisor» del órgano estatal de relaciones exteriores. También en el caso de que el Protocolo confiera la ordenación de la interposición del recurso en principio al «ordenamiento jurídico interno», el derecho nacional no puede ser interpretado de forma que se vacíe de contenido la protección competencial.

Por último hay que señalar que el Protocolo de Subsidiariedad no reduce la capacidad de solicitud de un parlamento o de una de las cámaras a la única posibilidad de denunciar una extralimitación o intromisión en las propias competencias. El parlamento federal y el Bundesrat pueden denunciar la vulneración del principio de subsidiariedad cuando ésta perjudique a los «Länder» debido a la distribución competencial constitucional. El recurso de subsidiariedad no puede ser entendido exclusivamente como un recurso para reprimir la vulneración de las propias competencias.

El significado práctico que el recurso de subsidiariedad pueda llegar a tener es difícilmente evaluable en este momento. Las experiencias en los contextos nacionales se manifiestan escépticas: así, la nueva redacción del artículo 72.2 de la Constitución alemana desde 1994, asegurada a través de una posibilidad de recurso constitucional especial, no ha producido hasta ahora en el orden federal alemán un cambio de dirección. Esto es así a pesar de constatar la circunstancia de que el Tribunal Federal Constitucional alemán recientemente ha declarado que en el futuro examinará la necesidad de una regulación federal unitaria (124). Si bien el Tribunal Federal Constitucional alemán ha manifestado en su jurisprudencia que considera esta dispo-

(124) Tribunal Constitucional alemán, Sentencia de 24-10-2002, *EuGRZ*, 2002, 631; aquí, H. JOCHUM: «Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes», *NJW*, 2003, 332; CHR. CALLIENS (nota 32), 181.

sición constitucional completamente justiciable, queda todavía confuso qué medidas sustanciales tomará. En virtud del acuerdo sobrevenido y profundamente enraizado de la jurisdicción europea no hay motivo para sostener la expectativa de que el principio de subsidiariedad fuera hecho tras la introducción de una facultad de recurso especial como fundamento de una jurisprudencia activa o también claramente frenadora. Por el contrario, sí que es de esperar que el TJCE se concentrará de manera primordial en el control de la justicia procesal, así como en el cumplimiento de las exigencias de motivación. Esto permite afirmar que un procedimiento de recurso ganará significado más pronto como reclamación latente en el contexto del sistema discursivo de alerta rápido establecido, que como medio para la declaración de nulidad de los actos jurídicos imputados. Esto significa para los parlamentos nacionales que no pueden apremiar el desarrollo de la confianza en la posibilidad del recurso.

VI. COMPETENCIA, LEGITIMIDAD Y CUALIDAD ESTATAL TEÓRICA DE LA UE

En el orden competencial de una liga de cooperación se refleja siempre su cualidad estatal: tanto se manifiesta en el orden competencial de un Estado la competencia en principio omnicompreensiva («Competencia-Competencia»), su responsabilidad por el bien de los individuos sometidos bajo su dominio (Bien común) y su pretensión de última decisión en caso de conflicto, como se expresa (125) en el orden competencial de organizaciones internacionales habituales su carácter funcional como mero instrumento de cooperación estatal (126). ¿Originará el Tratado de Constitución Europea en este contexto una nueva orientación o un cambio de orientación de la UE? Por lo menos el Tratado tiende a una transformación de la UE en *titular de la soberanía desde el punto de vista formal*. No obstante, se deberá negar la cuestión. Una vez más se manifiesta aquí que el Tratado implica más cambios en el sentido semántico que en el material. Asimismo actualiza la posición ambivalente de la UE entre organización internacional coordinadora y Estado responsable, pero acentúa todavía, más claramente que hasta ahora, la cualidad similar de la UE al Estado. Por un lado se describe en el artículo I-1.1 la esencia de la Unión como Unión de ciudadanos y ciudadanas eu-

(125) Aquí, M. NETTESHEIM: «Das kommunitäre Völkerecht», *JZ*, 2002, 569.

(126) Sobre la presión de modificación constitucional, G. BIAGGINI: «Die Idee der Verfassung - Neuaustrichtung im Zeitalter der Globalisierung», *ZSR*, 119 (2000), 445; I. PERNICE y F. MAYER: «De la constitution composée de l'Europe», *RTDeur.*, 36, 2000, 623.

ropeas: el Tratado de Constitución formula la pretensión de posponer la base de legitimación de la UE y colocarla en dos pilares. Hay que esperar a que esta perspectiva sea aceptada por los europeos. La estructura de los pilares existente hasta ahora con una profunda fisura en materia de las competencias de la UE es derogada (127); la cuestión acerca de si el efecto vinculante de las competencias bajo el Título V y VI del TUE, por ejemplo, se diferencia de cada una de las competencias del TCE (128), resulta irrelevante (129). Por otro lado, el Tratado expresa con claridad que la Unión deriva sus competencias exclusivamente del acto de celebración del tratado por los Estados miembros: las competencias pertenecientes a la UE todavía no descansan jurídicamente (al contrario de lo que sucede en una unión estatal) en la propia federación (130), sino que se justifican en un contexto derivado: aun cuando no se produjera una transferencia material, el fundamento tiene lugar además a través de un acto corporativo de los Estados miembros unidos.

La ambivalencia del Tratado es fácilmente reconocible también en el ámbito económico-social. Por un lado, las disposiciones programáticas y finales están establecidas para permitir la intervención de la UE en este ámbito prácticamente en igualdad de condiciones que los Estados miembros. Por otro lado, el Tratado no prevé imponer a la UE la responsabilidad genuina por el bienestar de los individuos sometidos bajo su dominio, que hoy pertenece a una de las características fundamentales de la estatalidad: a los ciudadanos de la Unión no se les garantiza como recompensa de ese tipo de responsabilidad derechos subjetivos prestacionales y de protección. Ya sólo por la ausencia de la correspondiente fuerza de financiación la UE estaría sobrecargada por completo al asumir el papel de los Estados miembros. Esto conduce a que las facultades de actuación y responsabilidad se desintegren de forma alarmante. Esta desintegración podría ser notable políticamente si la UE prohíbe a través de las medidas de coordinación y armonización la emergente competencia entre el sistema social y una adaptación de las prestaciones sociales y con ello elige un nivel que sobrecarga a los Estados más débiles económicamente. La UE no asumiría una obligación de equiparación

(127) D. CURTIN: «The constitutional structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces», 30 *CMLRev*, 1993, 17.

(128) Negándolo, M. PECHSTEIN y CH. KOENIG: *Die Europäische Union*, 3.^a ed., 2000, 193; en otro sentido, PH. MANIN: *Les communautés européennes, l'Union européenne*, 5.^a ed., 1999, 128.

(129) Sobre estos problemas, M. PECHSTEIN: «Die Justiziabilität des Unionrechts», *EuR*, 1999, 1.

(130) Según cada perspectiva las competencias se derivan de la Constitución de la liga de cooperación o directamente de su cualidad de Estado.

para las consecuencias de esta política. Al igual que no se puede poner en duda que la UE sea una «federación de bien común», igual de seguro es que la UE de forma cada vez más llamativa y curiosa debido a sus abundantes competencias no puede asumir esa responsabilidad.

En este contexto la conclusión final resulta obligatoriamente que el nuevo artículo I.11 PTCE no altera la relación básica del derecho de la UE con el derecho nacional. Por primera vez en la historia de la integración europea se instaura en este precepto la primacía del derecho comunitario positivamente. En el precepto se vuelve a reflejar la visión del TJCE según la cual la primacía rige necesariamente, y con ello también en casos de conflicto con el derecho constitucional nacional. En atención a la responsabilidad del bien común que los Estados miembros tienen, la supremacía debe encontrar también límites, desde el punto de vista de los Estados, allí donde se trata de garantizar y asegurar esa responsabilidad. Es consecuente desde la óptica constitucional que cada Estado miembro que en su orden constitucional tiene cláusulas de seguridad de estructura, les atribuya primacía a éstas por delante del derecho europeo. Por ello el artículo I.11 no puede romper este derecho, ya que a la UE le falta (todavía) el necesario valor teórico-constitucional.