

CONCEPTOS BÁSICOS DE UNA DOCTRINA DE LA COMPETENCIA DEL ENTE SUPRANACIONAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El orden competencial vigente*. III. *Sobre la reforma del orden competencial*. IV. *La competencia del ente y los verdaderos problemas del futuro*.

El derecho público concierne a las instituciones que están dotadas de poder público. El término jurídico para ese poder público es precisamente la competencia, por lo que las teorías sobre las competencias constituyen un elemento central de toda teoría del derecho público. Las competencias adquieren aún mayor relevancia cuando el poder político está distribuido en distintos niveles y ello constituye un hito de la constelación posnacional que ha de regir el nuevo derecho público.

No resulta extraño que la cuestión de las competencias, en el contexto europeo, haya supuesto un importante tema jurídico y político desde principios de la década de los noventa. Este texto, publicado conjuntamente con Jürgen Bast en el año 2001, se ocupa de las tensiones políticas y los fundamentos dogmáticos, a la vez que analiza las posibles respuestas. Algunas de estas respuestas las ha dado el Tratado de Lisboa; como se esboza someramente en el trabajo que aparece en este libro bajo el número II.1. Por ese motivo, el lector encuentra a continuación sólo las consideraciones teóricas y dogmáticas que mantienen su significación aún después de la reforma de los Tratados (Tratado de la Unión Europea —TUE— y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—). Ello también es válido para la categoría dogmática de la

* La versión original fue publicada bajo el título “El orden competencial vertical de la Unión Europea”, en García de Enterría, Eduardo y García, Ricardo Alonso (eds.), *La endruciada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas Ediciones, 2002, pp. 19-67. Traducción del doctor Benito Aláez Corral, profesor titular de Derecho constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo.

competencia concurrente, aunque ahora se la ha de clasificar como grupo que forma parte de las competencias paralelas, tal como se desprende del sentido del artículo 2.2, TFUE. Fuera del marco europeo, estas consideraciones podrían ser interesantes para las teorías sobre las competencias aún en desarrollo de las organizaciones regionales latinoamericanas, tales como Mercosur, Comunidad Andina, Sistema de la Integración Centroamericana, entre otras. La experiencia de la Unión Europea también puede aportar enseñanzas para las teorías generales de las organizaciones internacionales y, en consecuencia, para otros modelos de integración.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea es un poder público porque dispone de competencias. Estas competencias del ente (o *competencia del ente*, en la medida en que se refiera a su conjunto) están sometidas a examen. Conforme a la Declaración núm. 23 al Tratado de Niza, la Declaración sobre el futuro de la Unión, se debe tratar en el denominado proceso posterior a Niza la cuestión de “cómo se puede establecer y preservar una más precisa delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que se corresponda con el principio de subsidiariedad”.¹

Este tema se revela como una estrategia en relación con la crisis de legitimidad de la Unión: los ciudadanos perciben a la Unión como una entidad demasiado difusa. Además, las entidades subnacionales que deben poner en práctica el derecho de la Unión como, por ejemplo, los Estados federados alemanes quieren defenderse de una determinación europea en sus capacidades de ejecución.² Como trasfondo queda la idea de que el orden competencial de la Unión refleja un automatismo que “priva” de competencias al ámbito de los Estados miembros y, con ello, pone en cuestión su cualidad de Estado.³

¹ DOCE 2001, C 80/85.

² *Cfr.*, en especial, la Resolución del Consejo Federal alemán “Exigencias de los Estados federados en relación con la conferencia gubernamental de 1996”, *Suplemento del Boletín del Consejo Federal alemán* 667/95; además, Reich, D., “Zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer”, *EuGRZ*, 2001, pp. 1 y ss.

³ Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional alemán), *BVerfGE*, 89, pp. 155, 210. Sobre el debate Pernice, I., “Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund”, *JZ*, 2000, pp. 866, 867.

El tema general no es nuevo. Desde principios de la década de los noventa se han tratado de forma intensa las cuestiones competenciales.⁴ Sin embargo, hasta hace muy poco tiempo el debate se ha concentrado en las reglas de *ejercicio* de las competencias (en especial el principio de subsidiariedad) y las cuestiones del orden competencial horizontal (*Organ-kompetenz*), es decir, la distribución de competencias entre los órganos de la Unión. Por el contrario, la competencia del ente (*Verbandskompetenz*), el orden competencial vertical, de sumo interés para el proceso posterior a Niza, se ha investigado muy poco desde un punto de vista dogmático jurídico.⁵ Quizás por ese motivo la discusión actual se reconduzca demasiado a un nivel exclusivamente político.

El siguiente trabajo prepara, en primer término, los contenidos centrales de la vigente competencia del ente (*Verbandskompetenz*), para después, en segundo término, analizar las diversas propuestas políticas de mejora de ésta. Se presuponen dos aspectos. En primer lugar, este trabajo no aborda la competencia de creación normativa propia del Tribunal de Justicia, que, sin duda, es una parte esencial de la competencia del ente. La justificación de esta limitación reside en el interés del debate político continuo; además, la “doma” de la creación judicial de derecho exige otros instrumentos distintos de una modificación del orden competencial.⁶ En segundo lugar, este trabajo entiende a la Unión como una organización que —hasta la reforma por el Tratado de Lisboa— comprendía dentro de sí a las Comunidades Europeas, de modo que el derecho comunitario era una parte cualificada del derecho de la Unión.⁷ La traslación general de los conocimientos desarrollados sobre las competencias comunitarias encontraba justificación en la medida en que también bajo los títulos V y VI TUE (ahora 5a. parte y 3a. parte, título V, capítulos 1, 4 y

⁴ Cfr. Steindorff, E., *Grenzen der EG-Kompetenzen*, 1990. De una nueva lectura se desprende que la más reciente jurisprudencia asume bastantes de estas críticas.

⁵ Cfr. las bibliografías de Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, 1997; Boeck, I., *Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union*, 2000.

⁶ Everling, U., “Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft”, *JZ*, 1998, 217, pp. 225 y ss.

⁷ Sobre la antigua discusión en cuanto a la exacta relación entre las Comunidades Europeas y la Unión, Kadelbach, J., Koenig, C., Zuleeg, M., von Bogdandy, A. y Everling, U., *EuR Supplemento* 2/1998; von Bogdandy, A., “The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System”, *CMLRev.*, 36, 1999, pp. 887 y ss.

5 TFUE) los órganos continuaban estrictamente sujetos a sus competencias.⁸ Tras la reforma por el Tratado de Lisboa, se disolvió la estructura complementaria de la Unión Europea y las Comunidades Europeas. Sin embargo, la Unión Europea sigue siendo una organización que se basa en dos Tratados distintos, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por esa razón, sigue tanto más razonable que los conocimientos desarrollados sobre las competencias en un Tratado se pueden trasladar generalmente al conjunto de los Tratados.

Dado que las siguientes reflexiones toman su punto de partida del Tratado de la Comunidad Europea (ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), son inevitables ciertas imprecisiones desde el punto de vista del Tratado de la Unión Europea (aún Tratado de la Unión Europea). Sin embargo, se puede suponer que las teorías competenciales desarrolladas para la protección de los Estados miembros bajo el TCE (ahora TFUE) se aplican también sobre las competencias previstas en el TUE (aún TUE).

II. EL ORDEN COMPETENCIAL VIGENTE

1. *Fundamentos terminológicos y dogmáticos*

Muchos participantes en el debate sobre la modificación del orden competencial europeo parten de una imagen distorsionada del actual marco jurídico. Eso es peligroso: un diagnóstico insuficiente conduce fácilmente a resultados inadecuados. Para evitarlo, las siguientes reflexiones abordan las líneas fundamentales del vigente orden competencial. Terminológicamente hay que decir previamente que este trabajo considera sinónimos los términos “potestad” (por ejemplo de los artículos 5.1, 7.1, frase 2 TCE), “habilitación” (por ejemplo del artículo 300.1 y 2 TCE) y “competencia” (en la versión francesa del artículo 5.1 TCE o en la inglesa del artículo 230.2 TCE), utilizados por los Tratados en la versión de Niza, lo mismo que el término dogmático “fundamento jurídi-

⁸ Pechstein, M. y Koenig, C., *Die Europäische Union*, 3a. ed., 2000, marginal 193; en otro sentido, sin embargo, Manin, P., *Les Communautés européennes l'Union européenne*, 5a. ed., 1999, marginal 128.

co”.⁹ Esta diversidad terminológica que carecía de virtualidad jurídica¹⁰ se disolvió por la reforma del Tratado de Lisboa a beneficio del término “competencia” (por ejemplo los artículos 4.1, 5.1 TUE, y artículo 1.1 TFUE).

A. La exigencia competencial como una conquista evolutiva

La exigencia de un catálogo de competencias europeas, de un nuevo orden competencial o de adicionales reglas para el ejercicio de las competencias se basa en un dato fundamental del derecho constitucional europeo muy poco tenido en cuenta: el *principio de la legalidad constitucional de la actuación de la Unión*. Este principio de legalidad se descompone en dos institutos parciales: el de legalidad positiva y el de legalidad negativa. Conforme al *principio de legalidad negativa* toda actuación, que sea imputable a la Unión, está obligada a respetar las normas de rango superior. Todo acto de derecho derivado debe estar de acuerdo con la totalidad del derecho convencional vigente¹¹ y con los principios generales del derecho¹² que poseen su mismo rango.¹³ Con ello se da fundamento a una estricta jerarquía interna del ordenamiento de la Unión.¹⁴ El artículo 5o. TUE (ahora similar el artículo 13.2 TUE) expresa este carácter paramétrico de los Tratados de forma omnicomprendensiva para los cinco órganos principales de la Unión y respecto de to-

⁹ En detalle sobre la dogmática alemana, Stettner, R., *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, 1983, pp. 42 y ss.

¹⁰ Sobre las incertidumbres lingüísticas en la redacción de la versión inglesa de la “Declaración sobre el futuro de la Unión”, de Búrca, G. y de Witte, B., *The Post-Nice Delimitation of Powers* (manuscrito presentado a un Congreso el 3 de mayo de 2001), pp. 2 y ss.

¹¹ Incluidos los actos que los modifican o completan y que tienen su mismo rango.

¹² Schilling, T., “Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts”, *EuGRZ*, 2000, pp. 3 y ss.

¹³ Sentencia del TJUE del 23 de abril de 1986, *Les Verts./Parlamento* (294/83, Rec. 1986, 1339), apdo. 23; Dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Tratado del Espacio Único Europeo I* (1/91, Rec. 1991, I-6079), apdo. 21.

¹⁴ Como único supuesto de excepción, el derecho de la Unión conoce la potestad de los órganos de la Unión para crear derecho originario (el denominado complemento autónomo de los tratados, por ejemplo, del artículo 221.4 TCE (artículo suspendido por el Tratado de Lisboa; sin embargo, el artículo 222.1, frase 2 TCE (ahora artículo 252.1, frase 2 TFUE) también contiene una forma de complemento autónomo de los tratados).

dos sus ámbitos de actuación (por tanto, también respecto del título V y VI, TUE, ahora 5a. parte y 3a. parte, título V, capítulos 1, 4 y 5 TFUE); en relación con el derecho creado por los órganos de la Unión se deduce de forma especialmente clara del artículo 230.2 TCE (ahora artículo 263.2 TFUE). El principio de legalidad negativa rige sin excepciones: rige, pues, la absoluta primacía jerárquica de la Constitución de la Unión.

Nada *pone mejor de relieve* el extraordinario éxito que ha tenido la constitucionalización de los Tratados que la circunstancia de que ello mismo parezca una cuestión trivial. Tan evidente como es hoy en día la vigencia de este instituto, lo fue bien poco para la primera Comunidad Europea.¹⁵ El carácter paramétrico del Tratado fundacional de una organización internacional respecto del derecho creada por ella es un desarrollo relativamente reciente. El derecho internacional tradicional desconoce, en principio, la jerarquización de sus fuentes del derecho (con excepción del *ius cogens*).¹⁶ La estricta jerarquización se debe a la jurisprudencia del TJUE. Éste, a partir de la premisa de un orden jurídico autónomo, dedujo consecuentemente el carácter exclusivo del procedimiento previsto en los Tratados para la reforma de éstos (el artículo 48, TUE, aún artículo 48 TUE) y, con ello, impidió cualquier posibilidad de influencia paralegal de los Estados miembros. No es posible suspender provisionalmente la estricta normatividad de los Tratados mediante acuerdos informales,¹⁷ ni tampoco derogar el derecho originario a través de una práctica constante de los órganos.¹⁸ También se encuentra plenamente sujeto al derecho originario el derecho aprobado en el Consejo por unanimidad. Esto rige de forma absoluta, como ha establecido el TJUE, frente a la resistencia de los Estados miembros, incluso aunque el Consejo se apoye en una norma habilitante tan amplia como el artículo 308

¹⁵ Carstens, K., “Die kleine Revision des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl”, *ZaöRV*, 21, 1961, pp. 1, 14, 37.

¹⁶ Verdross, A. y Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 1984, § 640; von Heinegg, H., en Ipsen, H., *Völkerrecht*, 4a. ed., 1999, § 20, marginal 1; Kadelbach, S., *Zwingendes Völkerrecht*, 1992, p. 26.

¹⁷ Sentencia del TJUE del 13 de noviembre de 1964, *Comisión./ Bélgica y Luxemburgo* (90 y 91/63, Rec. 1964, 1329, 1345); Sentencia del TJUE del 8 de abril de 1976, *Defrenne* (43/75, Rec. 1976, 455 ss.), apdo. 56; Sentencia del TJUE del 3 de febrero de 1976, *Manghera* (59/75, Rec. 1976, 91), apdo. 21.

¹⁸ Sentencia del TJUE del 23 de febrero de 1988, *Gran Bretaña./Consejo (Hormonas)* (68/86, Rec. 1988, 855), apdo. 24; sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1996, *Parlamento./Consejo (EDICOM)* (C-271/94, Rec. 1996, I-1689), apdos. 24 y 34.

TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE).¹⁹ En consecuencia, esta disposición ya no se califica de una competencia para "completar los Tratados".²⁰ Si no hubiese actuado el Consejo, sino una conferencia de Estados que represente a la totalidad de los Estados miembros (los "representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo"), también es de aplicación el principio de primacía del derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros, en último extremo con la misma eficacia para la preservación de la legalidad negativa.²¹

La consecuencia teórico constitucional de ello es una notable dicotomización entre el status y las posibilidades de actuación de los Estados miembros. En tanto poderes constituyentes y de reforma constitucional, aunque se encuentran ampliamente²² fuera de la legalidad de la Unión, sólo pueden influir en ella a través del dificultoso procedimiento del artículo 48 TUE (aún artículo 48 TUE); en la práctica, esto significa la protección del ordenamiento constitucional de la Unión. Al mismo tiempo, los Estados miembros están a través del Consejo, *poder constituido de la Unión*, en el centro del poder público constituido por los Tratados pero por ello se encuentran estrictamente sujetos al derecho originario. Este proceso de simultánea exclusión e inclusión de los "señores de los Tratados" se asemeja de forma sorprendente a la formación de la legalidad constitucional en los Estados miembros: los parlamentos, aunque *representan* al soberano, al mismo tiempo se encuentran sujetos también de forma estricta a la normatividad de las Constituciones y de los procedimientos de creación normativa en ellas establecidos.²³

El *principio de legalidad positiva*, del que se deriva el de *reserva de una norma fundadora de la competencia* encuentra su fundamento en esta normatividad de la Constitución. Todo acto de derecho derivado de la Unión debe tener un fundamento jurídico reconducible a los Trata-

¹⁹ Sentencia del TJUE del 18 de febrero de 1970, *Comisión./Italia* (38/69, Rec. 1970, 47 ss.), apdos. 12 y s.

²⁰ Así, en la década de los setenta, Ipsen, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 22/15; también carece hoy día de fundamento su denominación como "parcial competencia sobre la competencia" (en este sentido Kaiser, J., "Grenzen der EG-Zuständigkeiten", *EuR*, 1980, pp. 97, 115).

²¹ Sentencia del TJUE del 15 de enero de 1986, *Hurd* (44/84, Rec. 1986, 29), apdo. 39.

²² *Cfr.*, sin embargo, los artículos 6.1, 7.1 TUE (ahora artículos 2o., 7.1, TUE) y la Sentencia del CEDH del 18 de febrero de 1999, *Matthews./United Kingdom*, *EuGRZ*, 1999, pp. 200 y ss.

²³ Luhmann, N., "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", *RJ*, 1990, p. 176.

dos fundacionales. Este fundamento jurídico puede deducirse directamente de una norma del Tratado o también de un acto de derecho derivado que pueda ser reconducido, por su parte, a los Tratados.²⁴ Mientras que en el caso del principio de legalidad negativa se trataba (sólo) de limitar un poder público ya establecido, la exigencia de una norma fundamentadora de la competencia va un paso más allá y se cuestiona su fundamento de validez. Con ello es posible —y ello es un punto importante en el actual debate— que una modificación del orden competencial limite desde su misma fuente el poder público supranacional. Ambos institutos no se diferencian en sus consecuencias: en caso de antijuridicidad, la consecuencia jurídica habitual es la anulabilidad, mientras que en los casos de vicios especialmente graves y evidentes puede llegar a ser incluso la inexistencia.²⁵

B. *La extensión de la exigencia de competencia*

El instituto de la legalidad positiva, conforme al cual la Unión no puede ejercer más poder público que le ha sido atribuido por los Tratados, ha sido reconocido desde hace tiempo y se suele denominar como principio de habilitación limitada o como principio de atribución. En ello está implícito que la Unión carece de una competencia normativa general.

En ocasiones, cuando la actuación de que se trate no conlleva ninguna injerencia en los derechos de los ciudadanos o en los ordenamientos de los Estados miembros, se pone en duda la imprescindibilidad de una norma del Tratado fundamentadora de la competencia.²⁶ Frente a ello, el TJUE ya desde muy temprano también ha supeditado estos actos favorables a la existencia de un fundamento competencial.²⁷ La aportación de dinero como instrumento de dirección no es neutra desde un punto de vista jurídico,²⁸ de forma que no se puede hablar de una “competencia

²⁴ Es sumamente discutido si opera esa reconducción a la Constitución en la misma medida respecto de la actuación estatal, Möllers, C., *Staat als Argument*, 2000, pp. 256 y ss.

²⁵ Sentencia del TJUE del 15 de junio de 1994, *Comisión/BASF (PVC)* (C-137/92 P, Rec. 1994, I-2555), apdos. 48 ss.

²⁶ Bleckmann, A., *Europarecht*, 6a. ed., 1997, marginal 382.

²⁷ Sentencia del TJUE del 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke./Alta Autoridad* (111/63, Rec. 1965, 893 y ss.), p. 911.

²⁸ *Cfr.* von Bogdandy, A. y Nettesheim, M., en Grabitz, E. y Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, 2001, artículo 3 b EGV, marginal 17.

auxiliar” general de la Unión. El TJUE ha afirmado frente a prácticas problemáticas de la Comisión que la aportación de fondos financieros europeos se halla sometida a la doble exigencia de una habilitación presupuestaria y de un acto legislativo que le sirva de fundamento.²⁹

No está totalmente clara la necesidad de un fundamento competencial para aquellos actos orgánicos que por la forma de su manifestación no tienen ninguna consecuencia jurídica. En la práctica constitucional, junto a las recomendaciones no vinculantes convencionalmente previstas, y frente a la adopción de posiciones en los dictámenes, se han desarrollado otras formas igual de no vinculantes. Las más frecuentes son la resolución del Consejo y la comunicación de la Comisión. La necesidad de legitimación de toda actuación de los ejercientes del poder exige también para estas medidas la fundamentación de la competencia. Por ello, el TJUE con razón ha declarado nulas por incompetencia (!) las comunicaciones de la Comisión que, en razón de su contenido, parecían imponer obligaciones jurídicas.³⁰ Lo mismo debe ser válido respecto de las equivalentes resoluciones del Consejo. Por el contrario, en lo que respecta a las notificaciones que fijan los resultados (provisionales) de la deliberación de un órgano en las primeras fases de un proceso de creación normativa, es posible partir de la existencia de una competencia implícita no escrita, derivada de los Tratados, que se deduce de la potestad de autoorganización de dichos órganos en el marco de sus funciones constitucionales.³¹ Además, de la adopción de un tipo de competencia no regulativa (sobre ello, véase más adelante) también se deriva precisamente la necesidad de, en principio, entender la exigencia de competencia de forma amplia, y el que no pueda reducirse a la noción de acto jurídico en sentido estricto.

²⁹ Sentencia del TJUE del 12 de mayo de 1998, *Gran Bretaña./Comisión* (C-106/96, Rec. 1998, I-2729). Sobre el problema, Dashwood, A., “The Limits of European Community Powers”, *ELRev.* 1996, pp. 126 y ss.; sobre la praxis precedente Dewost, J.-L., “Décisions des institutions en vue du développement des compétences et des instruments juridiques”, en Bieber y Ress (eds.), *Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts*, 1987, pp. 321 y ss., 328.

³⁰ Sentencia del TJUE del 20 de marzo de 1997, *Francia ./Comisión (Fondo de pensiones)* (C-57/95, Rec. 1997, I-1627).

³¹ Respecto de las resoluciones del Parlamento, véase la Sentencia del TJUE del 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo./Parlamento* (230/81, Rec. 1983, p. 255), apdo. 39.

La derivación de una competencia de la potestad de autoorganización de los órganos plantea la cuestión de si, a través de mecanismos interpretativos, no se puede dejar sin efecto el principio de la atribución competencial. En relación con ello, tiene especial significación la figura jurídica de la competencia implícita³² y la deducción de competencias no expresamente previstas de los objetivos y fines de los Tratados (artículo 2o. TUE, artículos 2o. y 3o. TCE (ahora similar los artículos 3o. TUE y 8o. TFUE). De los artículos 5.1 y 308 TCE (ahora artículo 5.2 TUE y artículos 352 y s. TFUE) se deduce necesariamente que en este punto rigen límites estrictos.³³ Una doctrina comunitaria de los *implied powers* sólo puede tener el status de *regla interpretativa* de las normas competenciales expresas. Presupuesto para ello es que no se pueda ejercer de forma razonable una competencia existente sin que pueda extenderse también a los ámbitos que no están expresamente cubiertos por su tenor literal. Dejando a un lado la potestad de autoorganización, ello es relevante sobre todo respecto de la acción internacional de la Unión: el Consejo puede, paralelamente a sus potestades internas y *con base, precisamente, en este fundamento jurídico*, celebrar también convenios externos.³⁴ Por el contrario, es totalmente ilícita la derivación de competencias a partir de fines.³⁵ La falta de claridad de la década de los ochenta³⁶ se ha resuelto en el sentido de que tal deducción no es admisible.

C. Normas competenciales y normas-criterio

Los dos aspectos parciales del principio de legalidad como fuente y criterio de la producción normativa de la Unión son constitutivos del carácter constitucional de los Tratados de la Unión. La frontera entre normas que fundamentan una competencia y normas que en tantos criterios

³² Nicolaysen, G., “Zur Theorie von den Implied Powers in den Europäischen Gemeinschaften”, *EuR*, 1966, pp. 129 y ss.

³³ Dashwood, *op. cit.*, nota 29, pp. 124 y ss.

³⁴ Sentencia del TJUE del 31 de marzo de 1971, *Comisión./Consejo (AETR)* (22/70, Rec. 1971, 263), apdos. 15 y 19.

³⁵ M. Zuleeg ya lo había sostenido muy tempranamente de forma decidida, en “Der Verfassungsgrundsatz der Demokratie und die Europäischen Gemeinschaften”, *Der Staat*, 17, 1978, pp. 27 y ss., como se puede recordar especialmente frente a la equívoca cita de la sentencia Maastricht (*BVerfGE*, 89, pp. 155, 210).

³⁶ Sentencia del TJUE del 9 de julio de 1987, *Alemania y otros ./Comisión* (281, 283–285 y 287/85, Rec. 1987, 3203), apdo. 28.

delimitan su ejercicio, discurre a lo largo de la distinción entre legalidad positiva y legalidad negativa. Por ello, las normas competenciales de los Tratados son sólo una parte del derecho originario de la Unión.

Sin embargo, esta clara diferencia teórica es en ocasiones de difícil aplicación a los Tratados, dado que un buen número de normas competenciales no sólo establecen un título competencial abstracto —como sucede en la mayoría de las Constituciones (en Alemania en los artículos 73 ss. GG (ley fundamental alemana) o en los artículos 148 y 149 de la Constitución española)—, sino que, al mismo tiempo, imponen presupuestos materiales al ejercicio de las competencia —con la finalidad de orientar y limitar al poder público europeo— y someten a los órganos a la persecución de fines sumamente exigentes. Por ello, en algunos casos, determinar qué presupuestos de hecho se imputan del lado de la *formación* de una competencia y cuáles se consideran criterios aplicables a su *ejercicio*, es una cuestión de convenciones y de técnica en la formulación. No obstante, esta dificultad no debería dar pie a prescindir, con carácter general, de la distinción dogmática entre normas competenciales y normas-criterio. Con eso se rechaza la posición dogmática de que las normas-criterio constitucionales, como por ejemplo los derechos fundamentales, sean disposiciones competenciales negativas.³⁷

La distinción conceptual entre el “sí” de una potestad de actuación y el “como” de su lícito ejercicio es fundamental también porque el derecho positivo la presupone en los artículos 230.2 TCE (ahora artículo 263.2 TFUE) y 35.6 TUE (artículo suprimido por el Tratado de Lisboa). Por tanto, no se deben englobar bajo el concepto de competencia todos los presupuestos para la legalidad de la actuación del poder público, sino sólo los que tienen por objeto la abstracta atribución de ese poder. Son normas competenciales, tal y como aquí se definen, los títulos abstractos que atribuyen un poder jurídico cuyo ejercicio está sujeto a presupuestos formales y materiales referidos específicamente a esa potestad y que se halla limitado por un conjunto de normas-criterio.³⁸ Esta propuesta con-

³⁷ Así Mayer, F., “Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte”, *ZaöRV*, 61, 2001, p. 7.

³⁸ El derecho de la Unión conocía muy pocas normas-criterio válidas para todas las normas competenciales de los tratados de la Unión, en concreto, los derechos fundamentales vigentes en virtud del artículo 6.2, TUE (ahora artículo 6.3 TUE), como principios generales del derecho; por el contrario, numerosas normas-criterio regían de forma amplia respecto de las potestades incluíbles dentro del derecho comunitario, como, por

ceptual se corresponde con la diferenciación presente en la declaración núm. 23 al acta final del Tratado de Niza, que separa claramente la cuestión competencial del debate acerca de la Carta de derechos fundamentales.

D. Competencia del órgano y competencia del ente

Otra importante diferenciación dogmática, por su potencial clarificador, es la de *competencia del ente* (*Verbandskompetenz*) y *competencia del órgano* (*Organkompetenz*). La competencia del ente se refiere a la relación vertical existente entre el Estado miembro y la Unión, mientras que la competencia del órgano hace referencia a la relación horizontal existente entre los distintos órganos de la Unión.³⁹ La competencia del ente y la orgánica describen, pues, diferentes cuestiones constitucionales y diferentes situaciones conflictuales.⁴⁰

No obstante, la necesaria separación de estas dos dimensiones se ve dificultada por el hecho de que la competencia de la Unión como ente se deduce como regla general a partir de la competencia de sus órganos. Las normas de los Tratados, fundamentadoras de competencias, son formuladas de tal modo que no habilitan para la creación normativa a la Unión como tal (a diferencia de lo que sucede en los artículos 73 y ss. GG, o en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española), sino que habilitan a

ejemplo, conforme al artículo 5.2 TCE (ahora artículo 5.3 TUE), el principio de subsidiariedad. Ahora, tras la reforma por el Tratado de Lisboa, las normas-criterio más importantes incluso las arriba citadas se encuentran en el TUE.

³⁹ En Francia se usa el concepto *compétence* para la competencia del ente y el concepto *pouvoir* para la competencia del órgano, Constantinesco, V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, 1974.

⁴⁰ Esto no excluye que en un conflicto horizontal, especialmente entre el Parlamento y la Comisión de un lado, y el Consejo del otro, pudiera darse también un conflicto vertical, esto es, que el Consejo (en tanto órgano de los Estados miembros) discuta la competencia del ente. Sin embargo, en la práctica aún no se ha dado un caso semejante. En estas situaciones de conflicto el Consejo más bien sólo suele sostener que se trata de una competencia sujeta a la exigencia de la unanimidad (normalmente el artículo 308 TCE, ahora artículos 352 y s. TFUE).

Sobre el reparto competencial horizontal existe una rica jurisprudencia, resumida en la Sentencia del TJUE del 25 de febrero de 1995, *Parlamento ./ Consejo* (C-164/97 y C-165/97, Rec. 1999, I-1139). En estos procedimientos, por regla general, no se discute que la Unión posea la competencia como ente respecto de los actos jurídicos impugnados.

órganos de ésta (“el Consejo aprobará...”).⁴¹ Por ello, las competencias del ente sólo se pueden reconstruir a partir de las competencias de sus órganos.⁴²

Si se deja a un lado esta dificultad, la distinción de categorías entre competencia del ente y de los órganos tiene un potencial clarificador para el actual debate constitucional. La pregunta relativa a una “precisa delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que se corresponda con el principio de subsidiariedad”⁴³ sólo se refiere, en su formulación clara, a la competencia del ente; no se trata, pues, de la pregunta acerca de qué órgano de la Unión y a través de qué procedimiento debe actuar.⁴⁴

Bajo el término competencia de los órganos se deben analizar aquellas cuestiones que están vinculadas a la efectividad del sistema decisorio de la Unión ampliada y a su ulterior democratización. Además, sería un grave equívoco que el fin de la reforma, dirigido a elevar la aceptación de los ciudadanos mediante un aumento de la transparencia, se aplicase únicamente al complejo de problemas de la competencia del ente. Se puede suponer que del complejo reparto de competencias entre los órganos se deduce una falta de transparencia igual o mayor a la existente respecto del reparto vertical de competencias. Una más clara delimitación de las funciones de los órganos y una concentración sobre el procedimiento de codecisión como método ordinario de la creación normativa supranacio-

⁴¹ Significativamente el artículo 6.4 TUE (ahora artículo 311.1 TFUE), formulado de otra forma, no es entendido como una competencia, Simon, D., en Constantinesco, V. *et al.*, *Traité sur l'Union européenne*, 1995, artículo F, marginal 17 y ss.; Puttler, A., en Callies y Ruffert (eds.), *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, artículo 6 EU, marginal 199 y ss.

⁴² El dominio de los órganos como punto de partida del marco competencial aparece también en su resultado final. Los actos normativos llevan “grabada en la frente” su imputación a uno o varios órganos de los que emanan, tal y como se puede apreciar en su título, el preámbulo y su rúbrica. La paternidad jurídica se imputa a aquel órgano que ha fijado el tenor literal de las disposiciones del acto aprobado. Su atribución orgánica define la exclusiva responsabilidad jurídica y la principal responsabilidad política por el contenido del acto

⁴³ Declaración núm. 23 al Acta Final del Tratado de Niza (DOCE C 80/2001), p. 1, 85.

⁴⁴ Hay que subrayar un traslado competencial en favor del Consejo no ofrece ninguna protección en el orden competencial vertical. Esto ya se deduce del hecho de que el especialmente crítico artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE) requiera el acuerdo unánime (!) del Consejo (!).

nal es imprescindible para la realización de una mayor claridad en la responsabilidad. Sobre ello se ha de volver más adelante.

2. *Los aspectos cruciales del reparto vertical de competencias*

A. *Competencias de la Unión y de los Estados miembros*

El tema central de actual debate es el de la razonable atribución de competencias a la Unión como ente titular de un poder público propio. Sin embargo, las competencias de la Unión no se pueden contemplar separadas de las de los Estados miembros. Esto se deduce, en primer término, de que en la Unión no se haya puesto en práctica el modelo americano de la separación, sino el alemán de la interdependencia, de modo que las competencias de los distintos sujetos ejercientes del poder se refieren unas a otras recíprocamente y están interconectadas entre sí. Los Estados miembros y la Unión colaboran en una forma muy estrecha que algunos consideran un sistema cooperativo de división de poderes.⁴⁵ Ello impone estrictos límites a la desconcentración de las competencias entre los distintos niveles (competenciales), lo que muchos piden con la finalidad de alcanzar una mayor transparencia en la responsabilidad.

Una correcta comprensión de la competencia de la Unión como ente exige tener en cuenta su reflejo en las competencias de los Estados miembros. En primer término ha de mantenerse que la atribución convencional de una competencia a la Unión no conduce, según la opinión hoy ya mayoritaria, a una pérdida “material” de la competencia por parte del Estado miembro; esta vieja lectura, tendencialmente “imperialista”, ya no es sostenida hoy por nadie.⁴⁶ No obstante, los Estados, vinculados como miembros, pueden verse privados permanentemente de su ejerci-

⁴⁵ Pernice, I., “Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund”, *JZ*, 2000, pp. 866 y ss., 871; Kirchhof, P., “Gewaltenbalance zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen”, en Isensee (ed.), *Gewaltenteilung heute*, 2000, pp. 99 y ss.

⁴⁶ Grabitz, E., *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966, pp. 41 y ss.; también se ha abandonado parcialmente la teoría conforme a la cual la Unión sigue siendo una especie de “ejerciente fiduciario” de competencias estatales. Más bien, las competencias de la Unión han nacido originariamente con los tratados, *BVerfGE*, 37, pp. 271, 280; en un sentido diverso, sin embargo, Flint, T., *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, pp. 85 y ss.

cio.⁴⁷ En el estado actual de desarrollo del derecho de la Unión, los Estados miembros ya no pueden ejercer muchas de sus competencias constitucionales o sólo pueden hacerlo al servicio del derecho de la Unión.⁴⁸ Además, el Estado miembro individual ha perdido la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), en la medida en que ya no puede extender unilateralmente sus *propias* posibilidades de actuación en detrimento del ámbito de la Unión. Además, también la actuación conjunta de todos los Estados miembros, en tanto “señores de los Tratados”, se halla sujeta al procedimiento del artículo 48 TUE (aún artículo 48 TUE). Al mismo tiempo, el principio de la atribución convencional de competencias garantiza que permanezcan instalados en el ámbito de los Estados miembros las competencias sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales no existe una competencia positiva en favor de la Unión.

El mantenimiento del orden competencial puede ser controlado judicialmente en su totalidad, a excepción de las medidas adoptadas conforme al título V, TUE.⁴⁹ Existe, no obstante, una extendida desconfianza acerca de que el TJUE asuma esta tarea satisfactoriamente. Esta desconfianza se encuentra históricamente justificada en la medida en que el alto tribunal no atajó los excesos en el uso por parte del Consejo del artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE, ahora artículos 352 y s. TFUE) durante la década de los setenta y ochenta.⁵⁰ La postura subyacente a esta desconfianza encontró su expresión en el dictamen sobre el Espacio Económico

⁴⁷ Los mecanismos de esa complementariedad de las competencias, divergentes según de qué tipo se trate, se discuten más abajo.

⁴⁸ No se trata de entrar aquí a analizar la figura teórico-estatal de la omnicompetencia del Estado.

⁴⁹ Esto lo demostraba el artículo 35.6 TUE (artículo suspendido por el Tratado de Lisboa) respecto del título VI, TUE (ahora 3a. parte, título V, capítulos 1, 4 y 5 TFUE); el tratado de Niza extendió los controles judiciales de las medidas adoptadas bajo el artículo 7o. TUE (aún artículo 7o. TUE), sólo a los vicios de procedimiento, artículo 46, letra f TUE (artículo suprimido por el Tratado de Lisboa). Tras la reforma por el Tratado de Lisboa, siguió extendiéndose la jurisdicción del TJUE aunque queden algunos ámbitos excluidos, véase por ejemplo los artículos 275.1, 276 TFUE.

⁵⁰ Sobre la jurisprudencia en particular, Tizzano, A., “Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee”, *Riv.Dir.Eur.*, 1981, pp. 139 y ss.; Dehousse, R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, 1994, pp. 53 y ss.

Europeo.⁵¹ Sin embargo, después el TJUE ha tomado más conciencia de su función como tribunal competencial también frente al Consejo.⁵² Entre tanto, el TJUE ha reforzado en la sentencia de la publicidad sobre el tabaco que quiere y está en disposición de asumir esa función como supremo tribunal competencial.⁵³

Hasta el momento, no ha quedado suficientemente claro en qué medida el reparto competencial vertical se encuentra bipolarmente estructurado, esto es, en qué medida, junto a las atribuciones competenciales positivas a la Unión, también comprende determinaciones competenciales negativas *en favor* de los Estados miembros. El artículo 5.1 TCE (ahora artículo 5.2 TUE), por ejemplo, puede ser interpretado como una cláusula general en favor de las competencias de los Estados miembros, de forma semejante al artículo 30 GG.⁵⁴ Otras disposiciones del Tratado son interpretadas por algunos también como disposiciones competenciales negativas *de carácter especial*.⁵⁵ Como auténticas competencias negativas del ente se tienen en cuenta, en particular, los artículos 149.1, 150.1 y 152.5 TCE (ahora artículos 165.1, 166.1 y 168.7 TFUE), que establecen expresamente la responsabilidad de los Estados miembros respecto de los “contenidos docentes y la configuración del régimen educativo”, “el contenido y la configuración de la formación profesional”, “la organización del régimen sanitario y de la asistencia médica”. Se puede entender estas disposiciones como cláusulas de seguridad, a través de las cuales los autores de los Tratados reflejan un determinado reparto competencial con carácter previo a la introducción del correspondiente título, y cuya preservación debe mantenerse como obligatoria. La situación

⁵¹ Dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Tratado del Espacio Único Europeo I*, *cit.*, nota 13, apdo. 21.

⁵² Frente a la Comisión ya había asumido con anterioridad esta función; *cfr.* Sentencia del TJUE del 9 de julio de 1987, *Alemania y otros ./. Comisión*, *cit.*, nota 36, p. 3203.

⁵³ Sentencia del TJUE del 5 de octubre de 2000, *Alemania ./. Parlamento y Consejo* (C-376/98, Rec. 2000, I-8419); también, Dictamen del TJUE del 15 de noviembre de 1994, *Dictamen sobre la OMC* (1/94, Rec. 1994, I-5267), apdo. 9; Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *Dictamen sobre el CEDH* (2/94, Rec. 1996, I-1763), apdos. 10 y ss.

⁵⁴ Mayer, *op. cit.*, nota 37, p. 6.

⁵⁵ Recopilados en Mayer, *ibidem*, pp. 10 y ss. y Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 874; en este mismo sentido también la concepción *de lege ferenda* de Fischer, T. y Schley, N., *Organizing a Federal Structure for Europe: An EU Catalogue of Competences*, 2000, pp. 17 y ss.

competencial, así creada, es comparable a la situación bajo los artículos 117, 118 TCEE (antigua redacción) ante la introducción del Protocolo Social. El estado en el que se encontraban entonces los Tratados, reconocido por la jurisprudencia del TJUE, dejaba en manos de los Estados miembros la competencia general en el ámbito social, lo que, no obstante, no excluía la adopción de medidas de contenido político social, con base en otro fundamento jurídico.⁵⁶ Esto prueba que las determinaciones negativas de la competencia sólo tienen un alcance limitado: el derecho de la Unión Europea desconoce excepciones que protegen fidedignamente determinados ámbitos materiales de su influencia por actos jurídicos correctamente emanados desde un punto de vista competencial.⁵⁷

Un análisis más preciso demuestra que es más convincente considerar estos elementos como características fácticas negativas solamente de las específicas normas habilitadoras en las que se hallan y, por tanto, no reconstruir la Constitución de la Unión como un orden competencial bipolar de implicaciones jurídicas imprevisibles.⁵⁸ Aquellos elementos no actúan como normas transversales para la limitación de la competencia del ente como tal, sino que limitan, desde un punto de vista de los presupuestos fácticos, la extensión de la concreta potestad atribuida por una norma competencial específica. Esto se deduce claramente de su tenor literal para la mayoría de las disposiciones que entrarían dentro de dicha categoría.

Esta forma de entenderlas sirve también para las prohibiciones de armonización de los artículos 149.4, 150.4, 151.5 TCE (ahora artículos 165.4, 166.4 y 167.5 TFUE): se refieren exclusivamente a las medidas a tomar bajo estas competencias, pero no a otros fundamentos jurídicos, de modo que no adoptan ninguna posición respecto de la competencia del ente.⁵⁹ Ciertamente hay que admitir que su formulación convencional es

⁵⁶ Sentencia del TJUE del 9 de julio de 1987, *Alemania y otros./Comisión, cit.*, nota 36, apdo. 14.

⁵⁷ Sentencia del TJUE del 3 de julio de 1974, *Casagrande (9/74, Rec. 1974, 773)*, apdo. 6; Sentencia del TJUE del 9 de julio de 1987, *Alemania y otros./Comisión, op. cit.*, nota 36, apdo. 25; por último, Sentencia del TJUE del 11 de enero de 2000, *Kreil (C-285/98, EuGRZ, 2000, 144 y ss.)*, apdo. 15.

⁵⁸ Sobre eso más abajo, III 3.

⁵⁹ Expresamente el Abogado General *Fennelly* en sus conclusiones finales en el caso *Alemania ./ Parlamento y Consejo* del 15 de junio de 2000 (C-376/98, Rec. 2000, 8419), apdo. 71.

multívoca. Pero la técnica de formulación elegida se explica a partir del aumento de las competencias del ente como consecuencia de las sucesivas reformas de los Tratados. Cada una de estas modificaciones tenía lugar con respecto al *acquis communautaire*, como ponen de relieve el artículo 32 del Acta Única Europea, el artículo M del Tratado de Maastricht, el artículo 47 TUE-Ámsterdam/Niza (ahora artículo 40 TUE). Ello significa que el contenido de la competencia del ente sólo ha sido objeto de ampliación y nunca de limitación. Es cierto que no está excluida la devolución de competencias de la Unión a través del procedimiento de reforma de los Tratados, pero ello requiere una formulación expresa. Dado que falta, se ha de partir del mantenimiento del *acquis* jurídico competencial, esto es, del hecho de que la introducción de nuevas competencias en los Tratados ha dejado intactas las antiguas competencias existentes. Existe una importante excepción a este principio interpretativo: como consecuencia de su subsidiariedad con respecto a toda norma competencial expresa o implícita,⁶⁰ el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE, ahora artículos 352 y s. TFUE) ha sido difuminado en su ámbito de aplicación con cada modificación de los Tratados desde el Acta Única Europea. La consecuencia de todo ello es que sólo de forma muy limitada se puede hablar de un orden competencial bipolar de los Tratados.⁶¹

B. Tipos de competencias del ente por parte de la Unión

a. Tipología según su estructura finalista

Las siguientes reflexiones tratan de ordenar las disposiciones jurídicas sobre la competencia mediante una tipología. Una distinción que se realiza habitualmente es la que las diferencia entre competencias finalistas y competencias materiales.⁶² Esta distinción no es muy acertada terminológicamente, dado que las competencias calificadas de “materiales”, por

⁶⁰ Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *Dictamen sobre el CEDH*, *cit.*, nota 53, apdo. 29.

⁶¹ Sobre el artículo 10, TCE (ahora artículo 4.3, TUE) y el artículo 6.3, TUE (ahora artículo 4.2 TUE), véase más abajo.

⁶² Zuleeg, M., en von der Groeben *et al.* (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 1997, artículo 3 b EGV, marginal 4; Martín y Pérez de Nanclares, *op. cit.*, nota 5, pp. 153 y ss.

regla general, también reflejan una estructura finalista, tal y como ya se deduce del carácter general del artículo 2o. TUE y del artículo 2o. TCE (ahora similar el artículo 3o. TUE).⁶³ Por ello, es más preciso diferenciar entre competencias finalistas *de carácter transversal* (en especial los artículos 87, 94 y ss., y 308 TCE, ahora artículos 107, 114 y ss. y 352 y s. TFUE),⁶⁴ las competencias finalistas *circunscritas a un ámbito material acotado* (tal es el caso de la mayoría de las competencias, como por ejemplo, los artículos 37, 175 TCE, ahora artículos 43, 192 TFUE) y las puras competencias materiales, especialmente propias del ámbito institucional (por ejemplo, los artículos 195.4, 255.2 TCE, ahora artículos 228.4, 15 TFUE). Las competencias finalistas de carácter transversal, consideradas especialmente problemáticas respecto de la preservación de la competencia del ente, han experimentado en los últimos tiempos una sensible definición de sus contornos por parte del TJUE.⁶⁵

b. Tipología según las funciones

También se pueden clasificar las competencias del ente en atención a las funciones. Es objeto de crítica la función de reforma constitucional, así como su delimitación con respecto a las funciones de creación y aplicación jurídica. La falta de una competencia del ente para la reforma de los Tratados ya ha sido definida a la luz del artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE)⁶⁶ y, por lo que respecta a las lagunas jurídicas, a la luz del artículo 230.4 TCE (ahora artículo 263.4 TFUE).⁶⁷ Estas inter-

⁶³ Cfr., únicamente el artículo 37 TCE, agricultura (ahora artículo 43 TFUE), y el artículo 175, TCE, medio ambiente (ahora artículo 192 TFUE), como dos competencias que normalmente se califican de “materiales”; en el mismo sentido que aquí, Müller-Graff, P.-Ch., “Kompetenzen in der Europäischen Union”, en Weidenfeld (ed.), *Euro-pahandbuch*, 1999, pp. 779 y ss.

⁶⁴ Cfr. el escrito de conclusiones definitivas del Abogado General Fennelly, *op. cit.*, nota 59, apdos. 58, 62.

⁶⁵ Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *Dictamen sobre el CEDH*, *op. cit.*, nota 53, apdos. 23 y ss.; Sentencia del TJUE del 5 de octubre de 2000, *Alemania./Parlamento y Consejo*, *op. cit.*, nota 53, apdos. 83 y ss.

⁶⁶ Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *Dictamen sobre el CEDH*, *cit.*, nota 53, apdos. 26 y ss.

⁶⁷ Sentencia del TPI del 17 de junio de 2000, *Salamander* (T-172/98, 175-177/98, Rec. 2000, II-2487), apdo. 74.

pretaciones limitativas, realizadas por el TJUE, se corresponden en gran medida con lo que pidió el Tribunal Federal Constitucional alemán.⁶⁸

Con respecto a la aplicación del derecho, se puede asegurar que a los órganos de la Unión no les corresponde ningún poder coactivo directamente aplicable sobre los ciudadanos.⁶⁹ Por lo demás, la competencia del ente no debería contener ninguna otra limitación general en lo que se refiere a la aplicación jurídica; ello dependerá del análisis de cada concreta disposición competencial.⁷⁰ Esto se puede deducir a *sensu* contrario del Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad.

La Unión es una comunidad de creación jurídica, pero no a consecuencia de que su competencia como ente sea limitada, sino debido a una decisión política y a la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta solución es convincente: pues en la práctica ya no es posible construir normativamente las funciones de creación y aplicación jurídica con suficiente precisión en el nivel de abstracción que tiene la competencia del ente.

c. Competencias exclusivas

A continuación se expondrá con más detalle la clasificación de las competencias según la forma en que la existencia y ejercicio de las competencias de la Unión inciden sobre las competencias de los Estados miembros. Conforme al artículo 5.2 TCE, ahora artículo 5.3 TUE), el derecho constitucional europeo utiliza la distinción entre competencias de creación normativa *exclusivas* y *no exclusivas*. Dentro de estas últimas se puede distinguir entre competencias concurrentes y competencias paralelas. Como subgrupo dentro de las paralelas se puede hallar también aque-

⁶⁸ *BVerfGE*, 89, p. 155, 210.

⁶⁹ Manin, *op. cit.*, nota 8, apdo. 140.

⁷⁰ De forma característica esto siempre viene siendo tratado en el marco de la competencia entre órganos como una cuestión del equilibrio institucional, que, por tanto, presupone la competencia del ente, cfr. únicamente Lenaerts, K., "Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community", *CMLRev.*, 1991, pp. 11, 19 y ss.; Lenaerts, K. y van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 1999, pp. 458 y ss.; sobre la falta de una teoría general, Simon, D., *Le système juridique communautaire*, 1997, p. 74.

llas competencias de la Unión a cuyo través se atribuyen potestades de carácter no regulador.

La competencia exclusiva es una figura jurídica creada por la jurisprudencia, que viene positivizada por el Tratado de Maastricht en el artículo 3b.2 TCE (artículo 5.2 TCE-Ámsterdam/Niza, ahora artículo 5.3 TUE). Una competencia de la Unión para la creación normativa exclusiva se define así: *la mera existencia de la norma competencial de la Unión* prohíbe la creación normativa por parte de los Estados miembros en su ámbito.⁷¹ En tanto en cuanto y mientras exista esta situación competencial creada a través de las disposiciones del Tratado, los Estados miembros tienen en principio prohibida toda creación normativa.

Los propios Tratados —en la versión de Niza— sólo calificaban expresamente de exclusivas las competencias derivadas de la política monetaria (por ejemplo, el artículo 106.1 TCE, ahora artículo 128.1 TFUE). Existía polémica en torno a esta calificación de otras competencias, en especial tras la introducción del artículo 3b.2 TCE (artículo 5.2 TCE-Ámsterdam/Niza, ahora artículo 5.3 TUE).⁷² Ya se había conocido por la jurisprudencia del TJUE la clasificación de la política comercial común bajo el artículo 133 TCE (ahora artículo 207 TFUE), esto es, un específico sector de las relaciones exteriores de la Unión.⁷³ Desde una interpretación teleológica se recomienda calificar como exclusivas únicamente aquellas competencias en las que una actuación de los Estados miembros perjudicase gravemente una posterior actuación de la Unión, y en las que sea preciso mantener una unidad del régimen jurídico *en todos los casos y desde el principio*.⁷⁴ En este punto, la situación jurídica podría ser clarificada con una pequeña intervención del constituyente.⁷⁵ La reforma por el Tratado de Lisboa, introduciendo una enumeración de

⁷¹ Sentencia del TJUE del 14 de julio de 1976, *Kramer* (3, 4, 6/76, Rec. 1976, 1279), apdos. 30 y 33; Sentencia del TJUE del 5 de mayo de 1981, *Comisión ./. Reino Unido* (804/79, Rec. 1981, 1045), apdos. 17 s.; Sentencia del TJUE del 24 de noviembre de 1993, *Mondiet* (C-405/92, Rec. 1993, I-6133), apdo. 12.; Manin, *op. cit.*, nota 8, apdo. 145; von Bogdandy y Nettesheim, *op. cit.*, nota 28, artículo 3 b EGV, marginal 12.

⁷² Sobre ello, *cfr.* la larga lista de la Comisión, publicada en Agence Europe del 30 de octubre de 1992, núm. 1804/05.

⁷³ En detalle Dictamen del TJUE del 15 de noviembre de 1994, *Dictamen sobre la OMC*, nota 53, apdos. 22 y ss.

⁷⁴ Con más detalle, von Bogdandy, A., en Grabitz *et al.* (eds.), *Europäisches Außenwirtschaftsrecht*, 1994, pp. 23 y ss.; Zuleeg, *op. cit.*, nota 62, artículo 3 b EGV, marginal 5.

⁷⁵ Sobre ello, en detalle, véase más abajo.

competencias exclusivas a través del artículo 3.1, TFUE, fue al menos un primer paso en esta dirección.

Junto a ellas existen competencias exclusivas de la Unión para la autoorganización de su sistema institucional, en virtud de competencias en parte expresas y en parte tácitas. Se pueden mencionar aquí, por ejemplo, el derecho funcional, conforme al artículo 283, TCE (ahora artículo 272, TFUE), o la configuración más detallada de la tutela judicial y del control jurídico a través de los tribunales europeos, que tiene lugar exclusivamente a través de las disposiciones de procedimiento del TJUE y del Tribunal de 1.ª instancia.

Una consecuencia de la atribución de una competencia exclusiva es la inaplicabilidad del principio de subsidiariedad, tal y como ha confirmado expresamente el artículo 5.2, TCE (ahora artículo 5.3, TUE). Falta precisamente la alternativa de “una actuación del Estado miembro”, presupuesto del proceso de ponderación exigido por el principio de subsidiariedad. Allí donde se ha atribuido a la Unión una competencia exclusiva, se supone que los Tratados ya han ejercido de forma general esa ponderación en favor de la actuación de la Unión.⁷⁶

La prudencia de los Tratados en la atribución de competencias exclusivas a la Unión debe ser felicitada. Se trata de un tipo de competencia sumamente problemática, puesto que el sistema decisorio de la Unión no puede satisfacer de forma suficientemente fidedigna la necesidad de un *output* legislativo.⁷⁷ El reconocimiento de una tácita competencia de los Estados miembros para normar en estados de crisis (en tanto “guardianes del interés común”⁷⁸) hace más claro el problema.

d. Competencias concurrentes

Cuando el TJUE califica las competencias, lo más que suele distinguir es entre competencias “exclusivas” y competencias “paralelas”.⁷⁹ Sin

⁷⁶ Zuleeg, *op. cit.*, nota 62, Artículo 3 b EGV, apdo. 5.

⁷⁷ De forma característica y razonable rige en el Consejo del Banco Central Europeo (BCE), su principal órgano decisorio, el principio de la mayoría simple, artículo 10.2 del Reglamento del BCE.

⁷⁸ Sobre los presupuestos con más detalle, Pechstein, M., *Die Mitgliedstaaten als “Sachwalter des gemeinsamen Interesses”*, 1987, pp. 75 y ss.; Streinz, R., *Europarecht*, 5a. ed., 2001, marginal 131.

⁷⁹ Zuleeg, *op. cit.*, nota 62, artículo 3 b EGV, apdo. 6; este concepto se recogió tras la reforma por el Tratado de Lisboa a través del artículo 2.2 TFUE.

embargo, desde un punto de vista dogmático jurídico, parece más razonable seguir diferenciando dentro del campo de las competencias no exclusivas y construir dentro de ellas dos categorías, en concreto, las de competencias de la Unión concurrentes y paralelas. En contraposición a las exclusivas, en el caso de las competencias concurrentes es posible la regulación nacional autónoma mientras la Unión no haya hecho uso de su competencia. Sin embargo, si la Unión actuase, la competencia concurrente habilita a los órganos de la Unión a regular definitivamente una materia. La consecuencia de ello es que aparece frente a los Estados miembros, *en virtud de una regla de derecho derivado, un efecto de cierre ante una regulación estatal diferente*.⁸⁰ La prohibición de una regulación diferente se puede deducir tácitamente y es imputable sistemáticamente al instituto jurídico de la primacía del derecho de la Unión; en referencia al derecho constitucional norteamericano también se denomina este efecto como *pre-emption*.⁸¹ La extensión con la que sea posible la creación normativa nacional sobre esa materia depende específicamente de la forma de actuación de la Unión (artículo 249, TCE, ahora artículo 288, TFUE): la Directiva exige una normativa nacional que la desarrolle, mientras que la misma regulación bajo la forma de Reglamento excluye casi por completo la creación normativa nacional. En el caso concreto puede ser muy difícil determinar el ámbito que es regulado por derecho de la Unión de forma excluyente. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, la prohibición se extiende, de forma paralela al ejercicio interno de la competencia, también a su ejercicio en las relaciones con terceros Estados (jurisprudencia sobre el Convenio AETR).⁸²

Las competencias concurrentes se encuentran sobre todo en el ámbito nuclear del mercado común, especialmente en los ámbitos de la unión aduanera, la política agrícola y de transportes así como en las competencias de armonización para la realización y desarrollo del mercado interior en sentido estricto. No forman parte de esta categoría aquellas competencias que limitan la competencia armonizadora de la Unión a la aprobación de normas mínimas, y que excluyen el efecto de cierre. Conforme a

⁸⁰ *Cfr.* von Bogdandy y Nettesheim, *op. cit.*, nota 28, artículo 3 b EGV, apdo. 13.

⁸¹ Dashwood, *op. cit.*, nota 29, pp. 113 y ss., 126; Cross, E. D., "Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis", *CMLRev.*, 29, 1992, pp. 447 y ss.

⁸² Resumidamente Dörr, O., "Die Entwicklung der ungeschriebenen Außenkompetenzen der EG", *EuZW*, 1996, pp. 39 y ss.

ello se debe considerar competencia concurrente la potestad de la Unión prevista en el artículo 95 TCE (ahora artículo 114 TFUE), dado que es jurídicamente posible una disposición de cierre.⁸³

Esta concepción debe tener preferencia debido a su mayor claridad y a que se encuentra en mejor disposición de hacer patentes los puntos en común existentes entre competencias exclusivas y concurrentes. Las competencias exclusivas y las concurrentes son muy distintas mientras la Unión no ha hecho uso de una competencia; sin embargo, una vez que la Unión ha actuado y crea derecho, la diferenciación afecta a un criterio técnico, en concreto, a si la norma que conduce a la exclusión de creación normativa autónoma por parte de los Estados miembros tiene rango de derecho originario o derivado. En los dos casos, la exigencia por parte de actores políticos nacionales de modificaciones de la situación jurídica ha de dirigirse exclusivamente a los órganos legislativos de la Unión.

Con este trasfondo, el debate competencial político se encuentra marcado por un equívoco notable. Conforme a la concepción aquí expuesta de las competencias exclusivas, las exigencias provenientes del “campo” que pretende alcanzar una recuperación del espacio político nacional y regional, se refieren solamente a competencias no exclusivas (sobre todo la política regional, del medio ambiente, de la agricultura). Un cambio concreto en estas políticas de la Unión se puede alcanzar con modificaciones en el ámbito del derecho derivado por los órganos de la Unión. No hace falta una modificación constitucional con el muy complejo procedimiento muy difícil del artículo 48 TUE (ahora artículo 48 TUE-Lis).

Esto es especialmente válido en el ámbito agrícola. Se menciona de forma errónea, como “ejemplo paradigmático” de competencia exclusiva de la Unión, el de la competencia del artículo 37.2, frase 3 TCE (ahora artículo 43.3 TFUE).⁸⁴ Se ha de tener en cuenta, en primer término, que no todo el derecho agrario es derecho de la Unión; se puede hacer referencia aquí, por ejemplo, al derecho social agrícola, o a las disposiciones

⁸³ Manin, *op. cit.*, nota 8, marginal 143; ello se deduce del artículo 95.6, TCE (ahora artículo 114.6 TFUE), más en detalle, Kahl, W., en Calliess y Ruffert, *op. cit.*, nota 41, artículo 95 TCE, apdos. 20 y ss.

⁸⁴ En este sentido, la Comisión en sus primer trabajo sobre la subsidiariedad (*cf.* nota 72); como aquí Piris, J.-C., “Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?”, *EuR*, 2000, pp. 311 y ss., 332.

especiales del derecho sucesorio y al tráfico de inmuebles. En parte existen competencias paralelas, en especial en la política de la estructura agrícola. Es cierto que prácticamente la totalidad del derecho de ordenación del mercado agrícola se encuentra regulado a partir de las disposiciones sobre el mercado previstas en el artículo 37 TCE (ahora artículo 43 TFUE). Sin embargo, esta competencia no tiene naturaleza de exclusiva porque no existe ninguna exigencia funcional de excluir a los Estados miembros de la creación normativa también cuando falta una disposición jurídica de la Unión. La limitación es más bien únicamente la consecuencia de la densidad de las disposiciones de derecho derivado aplicables, que, de ninguna forma, viene exigida por las disposiciones del título sobre “Agricultura”.⁸⁵

Aquí se encuentra la razón de otro equívoco fundamental sobre el orden competencial de la Unión Europea, en concreto su descripción como dinámico. Ciertamente, es indiscutible que, en atención a la funcionamiento de la competencia concurrente, la frontera del actual reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros se ve desplazada debido a la adopción de nuevos actos jurídicos por la Unión, dado que, como consecuencia de ello, los Estados miembros se ven limitados en su competencia para la regulación autónoma de una materia;⁸⁶ sin embargo, esta flexibilidad no es anormal en el reparto competencial vertical de los ordenamientos federales.⁸⁷ Esta forma de “dinamismo” no es otra cosa que la expresión del tipo elegido de competencia, es decir, la competencia concurrente. Antes de formular una crítica hay que pensar que este tipo de competencia ofrece al Estado miembro un margen de configuración mucho mayor que la competencia exclusiva que es “no dinámica”. Si el ordenamiento competencial es dinámico en este punto, no lo es desde un otro punto fundamental: los órganos políticos de la Unión, a través de su actividad de creación normativa, no pueden ni modificar este ordenamiento ni interpretar con carácter vinculante el contenido de una norma competencial.⁸⁸

⁸⁵ Bieber, R., “Abwegige und zielführende Vorschläge: Zur Kompetenzabgrenzung der Europäischen Union”, *Integration*, 2001, pp. 308, 311.

⁸⁶ Piris, *op. cit.*, nota 84, p. 332.

⁸⁷ *Cfr.* sólo el artículo 74 GG, sobre ello Stettner, R., en Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 1998, artículo 74, GG, marginal 12.

⁸⁸ En relación con este polémico artículo 128 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea véanse las conclusiones definitivas del abogado general *Tesauro*

Con respecto a las competencias concurrentes de armonización se puede constatar que el alto tribunal en su sentencia sobre la publicidad del tabaco ha atribuido contornos más claros a los supuestos de hecho del ámbito de aplicación del artículo 95 TCE (ahora artículo 114 TFUE), y, con ello, se ha enfrentado con su problemática extensión. Esta competencia de armonización comprende únicamente los casos en los que la regla de la Unión contribuye a eliminar las distorsiones apreciables de la competencia o los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, causados por las diferencias existentes entre las diversas regulaciones nacionales.⁸⁹ Esta interpretación del artículo 95 TCE (ahora artículo 114 TFUE), en la que también incluye el TJUE al artículo 55 TCE (ahora artículo 62 TFUE), y en relación con él, al artículo 47.2 TCE (ahora artículo 53.1 TFUE), relativos a la prestación de servicios, se puede generalizar como una concepción común de la competencia de armonización relativa al mercado interior: las libertades fundamentales constituyen, con sus prohibiciones de discriminación y de limitación, una primera coordinación de las esferas jurídicas nacionales en el sentido de la realización del mercado interior sin necesidad de una armonización a través del derecho de la Unión. Sin embargo, en la medida en que se demuestre que las libertades fundamentales por sí solas no bastan para realizar el mercado interior en ese marco jurídico fragmentario, es posible armonizar las disposiciones de los Estados miembros mediante reglas europeas. Por tanto, el TJUE utiliza aquí las libertades fundamentales para delimitar las competencias.⁹⁰ La potestad de la Unión para armonizar el mercado interior tiene la misma extensión que el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales.⁹¹ Esta concepción tiene

en el caso *Reino Unido, Francia y Alemania./Consejo (Comett II)* del 21 de febrero de 1991 (C-51, 90 y 94/89, Rec. 1991, I-2757), apdo. 2.

⁸⁹ Sentencia del TJUE del 5 de octubre de 2000, *Alemania ./ Parlamento y Consejo, op. cit.*, nota 53, apdos. 83 y ss.; ello se corresponde con la exigencia de los Estados federados alemanes, *cf.* BR-Drs. (Boletín del Consejo Federal alemán) 667/95, p. 14.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional Federal alemán procede de una forma semejante en la determinación de la reserva parlamentaria: la denominada teoría de del contenido esencial no es otra cosa que la articulación entre los derechos fundamentales materiales y el derecho de la organización del Estado, von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, pp. 184 y ss.

⁹¹ Aquí se encuentra una implicación de la jurisprudencia *Keck*, desconocida hasta ahora, que ya deduce indiferenciadamente del ámbito de aplicación del artículo 28, TCE (ahora artículo 34 TFUE) diversas modalidades de compraventa. A ello se encuentra uni-

la indiscutible ventaja de que puede apoyarse para la delimitación de la competencia del ente en la dogmática y jurisprudencia sobre las libertades fundamentales, desarrollada con amplio detalle.⁹²

Ante este trasfondo sistemático se hace más claro por qué no puede ser aplicable la prohibición de armonización del artículo 152.4, letra c TCE, bajo el artículo 95 TCE (ahora artículo 168.5 en relación con artículo 114 TFUE). La aproximación de las legislaciones relativas al mercado interior incluye la potestad de armonización plena de aquellas disposiciones nacionales que lícitamente limitan en virtud del interés general las libertades fundamentales: la lógica de la armonización para la realización del mercado interior, conforme a la denominada nueva concepción, se basa precisamente a esta conjunción del derecho originario y derivado.⁹³ Las decisiones políticas sobre el peso relativo de los bienes e intereses jurídicos en cuestión deben ser adoptadas ahora por los órganos europeos de creación normativa. Si se pretendiese excluir al legislador de la Unión de la persecución de fines como la protección de la salud o la protección del medio ambiente en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales, ello traería como consecuencia una problemática *uni-*

da una toma de postura en relación con la extensión de las competencias armonizadoras de la Unión.

⁹² Respecto de la libre circulación de trabajadores, los artículos 40 y 41 TCE (ahora artículos 46 y 47 TFUE), respecto de la libertad de establecimiento los artículos 44, 46.2 y 47.2 TCE (ahora artículos 50, 52.2 y 53.1 TFUE), respecto de la libertad de prestación de servicios en general, los artículos 52, 55 TCE (ahora artículos 59, 62 TFUE), en relación con los artículos 46.2 y 55 (ahora artículos 52.2 y 62 TFUE,) en relación con el artículo 47.2 TCE (ahora artículo 53.1, TFUE); respecto de la prestación de servicios de transporte los artículos 71 y 80.2 TCE (ahora artículos 91 y 100.2 TFUE), respecto de la libre circulación de mercancías en el caso de productos agrícolas, los artículos 37.2 TCE (suprimido por el Tratado de Lisboa) y 152.4, letra a TCE (ahora artículo 168.4, letra a TFUE). El artículo 95.1 TCE (ahora artículo 114.1 TFUE), es aplicable al tráfico comercial en general y a la libertad de circulación de capitales, en este último caso, en tanto en cuanto no sean aplicables la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento. Respecto de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión está vigente, en todo lo demás, el artículo 18.2 TCE (ahora artículo 21.2 TFUE), respecto de la libertad de circulación de ciudadanos de países terceros, el artículo 62, núm. 3 y el artículo 63, núm. 4, TCE (ahora artículo 79.2, letra b TFUE). Debido a la existencia de disposiciones procedimentales divergentes, no es posible acumular todos los fundamentos jurídicos mencionados, por lo que, en parte, se plantean serios problemas de delimitación.

⁹³ Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del mercado interior (COM (85) 310 final), 13, 64; Decisión del Consejo del 7 de mayo de 1985 sobre una nueva concepción en el campo de la regulación y armonización técnica (DOCE C 136/1).

lateralidad del derecho de la Unión Europea en favor de los efectos desreguladores de las libertades fundamentales, sin que estuviesen disponibles adecuados instrumentos para su nueva regulación a nivel europeo.⁹⁴ Con ello, se habría puesto en tela de juicio la apertura de la Constitución económica de la UE en relación con su capacidad para conformar las fuerzas políticas divergentes.

La aquí defendida ubicación de la armonización del mercado interior entre las competencias concurrentes contradice aquel punto de vista conforme al cual, en el caso de estas competencias finalistas de carácter transversal (en contraposición a las competencias finalistas circunscritas a un determinado ámbito material), se está ante una competencia exclusiva de la Unión.⁹⁵ La calificación como competencia exclusiva desconoce que en la armonización relacionada con el mercado interior la pervivencia de competencias de regulación autónoma por parte de los Estados miembros es muy compatible con el mercado interior, y la Unión podría incluso limitarse a una armonización de criterios mínimos. Y a la inversa, la competencia concurrente de los Estados miembros es incluso un presupuesto de la actuación de la Unión bajo el artículo 95 TCE (ahora artículo 114 TFUE): no tendrían sentido armonizar ámbitos de regulación en los cuales los Estados miembros no pueden actuar en ningún caso.

En una valoración global, las competencias concurrentes deben clasificarse como un tipo de competencia no problemático. La posibilidad de regular de forma exhaustiva un supuesto de hecho tiene, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la ventaja de que se puede evitar con ello sutiles cuestiones conflictivas. La dinámica inherente a este tipo de competencia relativa al ámbito competencial actual de los Estados miembros y los problemas de transparencia a ella asociados se ven compensados en la medida en que la competencia estatal sea limitada en el momento temporal más postrero y, con ello, no se cree ningún déficit regulativo.

Sin embargo, este tipo de competencia deja al descubierto un importante problema técnico-regulativo y teórico-democrático. Conforme al

⁹⁴ En este sentido, un reproche más habitual es el de Scharpf, F., *Regieren in Europa*, 1999, pp. 70 y ss.

⁹⁵ En este sentido, en último extremo, el Abogado General Fennelly, *op. cit.*, nota 59, apdos. 135 y ss.

principio del *parallélisme des formes*⁹⁶ para la derogación de un acto jurídico aprobado con un plazo de vigencia ilimitado rigen los mismos requisitos procedimentales que fueron necesarios para su aprobación. Esto tiene como consecuencia que, en el ámbito de las competencias concurrentes, una situación jurídica siga vigente y se excluya la actuación de los Estados miembros, mientras no sea posible encontrar en un momento determinado una mayoría suficiente para su aprobación. Esto es una trivialidad sólo a primera vista. En efecto, al contrario de lo que sucede en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, donde, como regla general, se adoptan las decisiones por mayoría simple, en la Unión se requiere una mayoría cualificada o incluso la unanimidad en el Consejo para poder modificar o derogar un acto normativo.

La rigidez resultante de este fenómeno parece un obstáculo esencial para reconfigurar a la luz del principio de subsidiariedad el vigente *acquis* de derecho derivado. De ello se debe extraer una lección clara: es un error grave asumir que las mayorías cualificadas, o incluso la exigencia de unanimidad, son por principio favorables a la autonomía de los Estados. Aún no se han hallado soluciones convincentes en relación con este fenómeno. Se podría pensar quizás que en el ámbito de las competencias concurrentes, transcurrido un cierto tiempo, se pudiera derogar un acto jurídico bajo condiciones más sencillas, por ejemplo con mayoría cualificada, aunque para su aprobación se hubiese exigido la unanimidad (“disposición suavizadora”).

Respecto del debate actual se puede concluir que no es necesaria ninguna modificación de los Tratados para la recuperación de ámbitos nacionales de configuración política en el campo de las competencias concurrentes y, por ello, el debate tampoco debería discurrir en términos de debate *constitucional*. Los actores políticos que deseen una ampliación del campo de actuación de los Estados miembros deben dirigirse a influir en el proceso legislativo europeo, y no al desigualmente costoso proceso de reordenación de los fundamentos constitucionales. Cuando se propone desde el círculo de presidentes de los Estados federados alemanes renacionalizar relevantes partes de la política agrícola y estructural, lo que se exige en la práctica es una modificación del derecho derivado existente, en concreto de las disposiciones sobre el mercado aplicables y del Regla-

⁹⁶ Schilling, T., *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, 1994, p. 190.

mento marco para los fondos estructurales, que sólo desde hace poco tiempo se ha presentado bajo el nombre de “Agenda 2000”.⁹⁷

e. Competencias paralelas

El tercer tipo de competencia abarca aquellas normas fundamentadoras de competencias conforme a las cuales es posible ejercer conjuntamente competencias de la Unión y de los Estados miembros. Aquí, el ejercicio de una competencia de la Unión *no* conduce a que esté prohibida una creación normativa autónoma por parte de los Estados miembros en el mismo ámbito. Las mismas pueden ser calificadas como competencias paralelas, cumulativo-concurrentes o completivas.

Allí donde la Unión y los Estados miembros tienen permitida la creación normativa paralela (cumulativo-concurrente), los Tratados parten de que las medidas adoptadas por cada uno no se contraponen por principio, sino que refuerzan recíprocamente su eficacia. Aquéllos hablan en los correspondientes artículos de “completar” las políticas de los Estados miembros o de una “contribución” para la realización de los fines comunes. La mayoría de las nuevas políticas introducidas en el TCE respectivamente el, TFUE a partir del Acta Única Europea se corresponden con este tipo de competencia. Como ejemplos se mencionan los de la política industrial (artículo 157 TCE, ahora artículo 173 TFUE), las políticas de cohesión (artículos 158 y ss., TCE, ahora artículos 174 y ss. TFUE), la política de investigación (artículo 163 ss. TCE, ahora artículos 179 y ss. TFUE) o la cooperación para el desarrollo (artículos 177 y ss. TCE, ahora artículos 208 y ss. TFUE). También se corresponde con este tipo de competencia la política exterior y de seguridad común del TUE. El derecho de subvenciones juega un papel especialmente importante en el ámbito de las competencias paralelas. La supervisión de la Unión sobre las ayudas dadas por los Estados miembros, en tanto competencia finalista de carácter transversal, naturalmente sólo puede ser ejercida por la Unión. Sin embargo, respecto al establecimiento de condiciones jurídicas marco sobre las subvenciones siguen siendo paralelamente competentes

⁹⁷ Jessen, C., “Agenda 2000: Das Reformpaket von Berlin, ein Erfolg für Gesamteuropa”, *Integration* 1999, pp. 167 y ss.

los Estados miembros conforme a sus respectivos órdenes competenciales internos.

La actuación paralela de la Unión y de los Estados miembros requiere, en especial cuantía, reglas para la coordinación de las normas jurídicas aprobadas. Allí donde ambos niveles se dirigen simultáneamente a los ciudadanos con mandatos y prohibiciones, éstos deben en principio satisfacer a las exigencias de ambos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, si los ordenamientos establecen reglas jurídicas de comportamiento contradictorias o las autoridades de los Estados miembros imparten encomiendas de actuación incompatibles, es de aplicación, como regla general de coordinación, el principio de primacía del derecho de la Unión.⁹⁸ La extensión actual de las competencias disponibles por los órganos nacionales de creación normativa puede quedar, por tanto, sustancialmente difuminada en los campos de las competencias paralelas, como es directamente perceptible, por ejemplo, a la luz del derecho de subvenciones (artículo 88 TCE, ahora artículo 108 TFUE). Sin embargo, está excluida una eficacia excluyente general respecto de complejos normativos nacionales.

Un subcaso de competencias paralelas ya ha sido mencionado: se trata de la potestad de la Unión para establecer criterios mínimos de armonización en determinados ámbitos. Los ejemplos más importantes en este sentido son las normas mínimas en el derecho de asilo y de refugiados conforme al artículo 63 TCE (ahora artículos 78 y s. TFUE), las disposiciones mínimas en el ámbito social conforme al artículo 137 TCE (ahora artículo 153 TFUE), el estándar armonizado de medio ambiente conforme al artículo 175 TCE (ahora artículo 192 TFUE), así como la armonización de determinados ámbitos del derecho penal conforme a los artículos 31, 34 TUE (ahora similar los artículos 82, 83 y 85 TFUE). La armonización mínima tolera, en principio, medidas de los Estados miembros. Sin embargo, se pueden dar limitaciones procedentes de otras normas, en especial de las libertades fundamentales. En concreto, en el ámbito del medio ambiente es habitual dicha limitación para la plena

⁹⁸ La primacía del derecho de la Unión como tal no es una regla que afecte al reparto de competencias, sino una regla para las consecuencias jurídicas del conflicto entre disposiciones contenidas en actos jurídicos de los Estados miembros y de la Unión, *aprobados respectivamente conforme a sus competencias*.

armonización, siendo las peculiaridades objeto de una jurisprudencia casi inabarcable.⁹⁹

Desde la perspectiva de los Estados miembros, las ventajas de la atribución de competencias paralelas son directamente apreciables. Los entes estatales pueden actuar también para configurar en el ámbito de integración y, con ello, para que los ciudadanos puedan ver su actuación política. En principio, tampoco se puede objetar nada desde la perspectiva de la integración a la existencia de regulaciones cumulativas en el ámbito de las medidas que sólo afectan colateralmente al mercado interior, y respecto de las cuales no tienen una importancia central la igualdad del mercado.¹⁰⁰ El concepto de armonización de mínimos podría representar el logro de un compromiso entre la necesaria igualdad jurídica y la competencia de los distintos ordenamientos estatales. Sin embargo, por esta vía es prácticamente imposible alcanzar el objetivo de una transparencia en la responsabilidad mediante una desconcentración de los centros decisorios. Además, en este tipo de competencia existen graves problemas de delimitación y conflictos normativos.

f. Competencias no regulativas

En sentido estricto, constituye un subcaso de competencias paralelas el de aquellas normas competenciales que abren las posibilidades de actuación de la Unión, pero circunscriben la actuación de sus órganos a unos efectos delimitados. En tales ámbitos queda excluida la actuación regulativa de la Unión, de modo que la competencia regulativa permanece en poder de los Estados miembros. Calificarla como un tipo propio de competencia se justifica en razón de que, por regla general, queda exclui-

⁹⁹ Sobre ello, Scheuing, D. H., "Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht", *EuR*, 2000, pp. 1 y ss.

¹⁰⁰ Krislov, S. *et al.*, "The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community", en Cappelletti *et al.* (eds.), *Integration Through Law*, vol. I, t. 2, 1986, pp. 95 y ss.; sobre la extrema transformación del carácter paralelo a una armonización plena en los supuestos de hecho transfronterizos del derecho europeo de la competencia, *cf.* la propuesta de un Reglamento del Consejo para el desarrollo de las reglas sobre la competencia establecidas en los artículos 81 y 82 TCE (ahora artículos 101 y s. TFUE), del 27 de septiembre de 2000 (COM (2000) 582); sobre ello, Ehlermann, C.-D., "The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution", *CMLRev.*, 37, 2000, pp. 537 y ss.

do un conflicto normativo en el sentido de que no pueden existir *mandatos* jurídicos divergentes. Por ello, no se necesitan reglas de coordinación, al contrario de lo que sucedía con las competencias paralelas en sentido estricto.¹⁰¹ Dentro de estas competencias calificadas de no regulativas se pueden distinguir competencias de fomento, competencias de coordinación y competencias de recomendación. Los Tratados combinan a menudo estas variantes, lo que adicionalmente justifica su reconducción a un tipo propio de competencia del ente.

Se deben incluir entre las competencias no regulativas aquellas normas que habilitan a los órganos de la Unión a adoptar las denominadas medidas de fomento, con exclusión de medidas armonizadoras. La capacidad directriz de éstas debería conducir a que los Estados miembros y los actores privados fuesen motivados a través de estímulos positivos para llevar a cabo un determinado comportamiento,¹⁰² fundamentalmente a través de subvenciones finalistas, proyectos piloto y acciones simbólicas. Este tipo de competencia se encuentra, por ejemplo, en los ámbitos de las políticas de empleo, educación, cultura y salud de los artículos 149.4, 151.5, 152.4, letra c, y 129 TCE (ahora artículos 165.4, 167.5, 168.5 y 149 TFUE). Los actos jurídicos derivados de estas normas competenciales adoptan la forma de decisiones sin destinatario, con los que no se pueden imponer obligaciones ni a los Estados miembros ni a los ciudadanos. Sin embargo, los Estados miembros se encuentran obligados por el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE) a procurar el logro de las acciones adoptadas por los órganos de la Unión.¹⁰³

También se suman a ellas las competencias de coordinación. Los Tratados conocen numerosos mecanismos de coordinación de las políticas

¹⁰¹ Por el contrario, el principio de respeto mutuo entre la Unión y los Estados miembros del artículo 10, TCE (ahora artículo 4.3, TUE) también juega su papel en el ejercicio de las competencias no regulativas. Como un aspecto parcial del principio de primacía del derecho comunitario es de aplicación el instituto de la interpretación conforme con el derecho comunitario, en los casos en que los Estados miembros se deciden a transformar una Recomendación sin estar jurídicamente obligados a ello; Sentencia del TJUE del 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi* (C-322/88, Rec. 1989, 4407), apdo. 18.

¹⁰² Sobre la distinción propia de la Ciencia Política entre política regulativa y dirección estimulativa a través de programas sugerentes, Mayntz, R., "Implementation von regulativer Politik", en *id.* (ed.), *Implementation politischer Programme II*, 1983, pp. 59 y ss.

¹⁰³ Sentencia del TJUE del 30 de mayo de 1989, *Comisión ./. Consejo (ERASMUS)* (242/87, Rec. 1989, 1425), apdos. 11, 19.

autónomamente perseguidas por los Estados miembros, así como de fomento de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. Entre los más conocidos se encuentra la supervisión de la política económica de aquéllos conforme al artículo 99 TCE (ahora artículo 121 TFUE). Otro ejemplo lo constituye el del desarrollo de estrategias coordinadas de empleo bajo los artículos 125 y ss. TCE (ahora artículos 145 y ss. TFUE). Llama la atención que el Consejo Europeo esté implicado en el ejercicio de ambas competencias de coordinación. Por el contrario, la competencia orgánica para la coordinación de las autoridades de los Estados miembros, en aquellos otros ámbitos en los que la Unión sigue poseyendo determinadas competencias, sigue residiendo mayoritariamente en la Comisión.¹⁰⁴

Finalmente, es preciso incluir aquí las competencias de recomendación de la Unión. Ya se dijo que las formas de actuación no vinculantes requerían una norma competencial. En esta medida, es significativo que el TCE haya atribuido a la Comisión a través del artículo 212 TCE (ahora artículo 249.2 TFUE) una amplia competencia para emitir recomendaciones y dictámenes en su ámbito de aplicación. Sin embargo, en la práctica, la Comisión maneja esta habilitación afortunadamente de forma prudente, seguramente para no desgastar ese especial conjunto de mecanismos. Al Consejo no le corresponde una amplia competencia de recomendación. Los Tratados más bien la dosifican precisamente en aquellos ámbitos en los que la Unión se encuentra generalmente circunscrita a ejercer competencias no regulativas. Junto a las recomendaciones en el campo de la coordinación económico-política se debe mencionar aquí, por ejemplo, el artículo 151.5 TCE (ahora artículo 167.5 TFUE), que habilita a emitir recomendaciones unánimes (!). La práctica constitucional experimenta, con base en los artículos 149.4 y 150 TCE (ahora artículos 165.4 y 166 TFUE), la primicia de una recomendación sobre educación, elaborada en un procedimiento *codecisorio* (!).

Los órganos y los Estados miembros se toman, por ello, muy en serio las competencias no regulativas; también debería hacerlo el derecho constitucional europeo. Dotar a la Unión con limitadas competencias de

¹⁰⁴ Cuando los tratados atribuyen a la Comisión un mandato de coordinación, ésta también se encuentra habilitada para establecer un marco obligatorio en el que se haya de realizar la coordinación; Sentencia del TJUE del 9 de julio de 1987, *Alemania y otros* ./ *Comisión, op. cit.*, nota 36, apdo. 28.

tipo no regulativo posibilita actividades de los órganos de la Unión también en aquellos ámbitos en los que los Estados miembros aún no están preparados para una mayor comunitarización. La configuración positiva de este tipo de competencia a través de los Tratados ha contribuido mucho a dejar fuera del marco institucional de la Unión al difuso sector del derecho complementario. Concretamente, las competencias de fomento, con sus programas de promoción, favorables a la autonomía y al mismo tiempo muy eficaces, tienen un significado nada despreciable para la integración. Tanto más importante es reconocer que las medidas no regulativas de la Unión también se hayan afectas por la necesidad de una atribución positiva por parte de los Tratados. La recomendaciones *ad hoc* a los Estados miembros a través del Consejo Europeo y la emisión de “Recomendaciones” en las conclusiones de la Presidencia deben omitirse en favor de actuaciones de los órganos normativos de la Unión que tengan un claro fundamento constitucional.

C. Reglas de ejercicio de las competencias

A partir del Tratado de Maastricht, el artículo 5o. TCE (ahora artículo 5o. TUE) tiene encomendada la función de estabilizar el ejercicio de las competencias desde una perspectiva vertical; el mismo se ha visto concretado, desde el Tratado de Ámsterdam, en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.¹⁰⁵ El objetivo, sobre todo, es enfrentarse a un supuesto automatismo que amplía las competencias comunitarias en detrimento del ámbito de actuación de los Estados miembros, eludiendo el procedimiento de reforma de los Tratados.

En particular, ha aparecido una bibliografía casi inabarcable sobre la subsidiariedad.¹⁰⁶ Aunque esta disposición no ha asumido hasta ahora un papel central en la jurisprudencia,¹⁰⁷ sí ha marcado con éxito la cultura

¹⁰⁵ Con más detalle, Griller, S. *et al.*, *The Treaty of Amsterdam*, 2000, pp. 96 y ss.

¹⁰⁶ Fundamentalmente Calliess, C., *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2a. ed., 1999.

¹⁰⁷ Sentencia del TJUE del 12 de noviembre de 1996, *Gran Bretaña./Consejo* (C-84/94, Rec. 1996, I-5755); Sentencia del TJUE del 13 de mayo de 1997, *Alemania./Parlamento Europeo y Consejo* (C-233/94, Rec. 1997, I-2405); Sentencia del TJUE del 22 de octubre de 1998, *Kellinghusen* (C-36 y 37/97, Rec. 1998, I-6337).

de la aplicación jurídica, tal y como se deduce claramente de los informes anuales sobre subsidiariedad del gobierno federal alemán.¹⁰⁸ Evidentemente se trata de una exitosa innovación para proteger la libertad de configuración de los Estados miembros. En tanto *regla de ejercicio* competencial se construye a partir de una preexistente competencia del ente,¹⁰⁹ de modo que sólo afecta indirectamente a la cuestión de la delimitación competencial, tema del proceso pos-Niza.

III. SOBRE LA REFORMA DEL ORDEN COMPETENCIAL

La discusión sobre una nueva ordenación del orden competencial de la Unión es multiforme. A continuación se analizarán, en primer término, las propuestas que directamente buscan una nueva configuración de la competencia del ente (1). Como mínimo igual de importancia son las propuestas que, debido a una desconfianza respecto al TJUE, quieren depositar en otras manos el control judicial de la observancia de los límites competenciales (2). Por último se presentarán las reflexiones que, sobre todo desde la perspectiva de un déficit de transparencia, quieren una nueva conformación de los textos (3).

1. Mejora de la delimitación de las competencias del ente

El constituyente es el destinatario de los esfuerzos dirigidos a una nueva ordenación del reparto competencial vertical. Con respecto a ello es posible diferenciar entre la revisión de las competencias de creación normativa de la Unión (sobre las que fundamentalmente se ha hablado hasta ahora) y una reforma que se refiere a la relación existente entre las medidas de la Unión y su ejecución por los Estados miembros.

¹⁰⁸ Véase el Informe del Gobierno Federal alemán del 18 de octubre de 2000, Boletín del Parlamento Federal alemán, BT-Drs. 14/4017, pp. 1 y ss.; von Borries, R., "Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft: Der Jahresbericht 2000 der Europäischen Kommission", *Zeitschrift für Gesetzgebung* (ZG), 2001, pp. 79 y ss.

¹⁰⁹ El artículo 5.1 TCE (ahora artículo 5.2 TUE) se refiere a la "cuestión del poder", el artículo 5.2 TCE (ahora artículo 5.3 TUE) a la "cuestión del sí", el artículo 5.3 TCE (ahora artículo 5.4 TUE) a la "cuestión del cómo", Ruffert, M., en Calliess y Ruffert, *op. cit.*, nota 41, artículo 5 EG, apdo. 6.

A. *En el ámbito de la creación normativa*

La Declaración de Niza sobre el futuro de la Unión Europea coloca al principio de subsidiariedad en el centro de la delimitación de los ámbitos competenciales de la Unión y de los Estados miembros. Con ello se atribuye a este principio una nueva función político-constitucional. Es posible dudar de si sus criterios aportan una más profunda racionalización del debate sobre la reforma.

El proyecto más consecuente de hacer operativo al principio de subsidiariedad como regla atributiva de competencias lo ha llevado a cabo un grupo de investigación de la Fundación Bertelsmann.¹¹⁰ Su “test competencial” se orienta a los dos criterios del artículo 5.2 TCE (ahora artículo 5.3 TUE), el de la necesidad y el de la efectividad. Sin embargo, el desarrollo de estos dos criterios encuentra pronto en dicho estudio límites que se deducen de la tensión inherente al principio de subsidiariedad: puede ser movilizado desde el punto de vista de su capacidad para resolver problemas tanto a favor como en contra de cada uno de los niveles. Por tanto, no resuelven el conflicto entre el efectivo ejercicio de las funciones a nivel supranacional, de un lado, y la protección de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de otro, por lo menos en el ámbito de la atribución de títulos competenciales abstractos. La propuesta de la Fundación Bertelsmann endurece el escepticismo acerca de que sea posible elaborar con métodos científicos —sean de tipo científico jurídico o científico-políticos— un “correcto” reparto competencial.¹¹¹

Además, es necesario preguntarse si el vigente orden competencial da pie siquiera para llevar a cabo una tarea tan amplia, la cual, dado que se refiere a cuestiones centrales del poder, debería ser enormemente exigen-

¹¹⁰ Fischer y Schley, *op. cit.*, nota 55, pp. 18 y ss.

¹¹¹ En las rondas previas de revisión de los tratados se ha establecido como punto de vista pragmático el de la orientación a la utilidad que tenía el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE, ahora artículos 352 y s. TFUE). Este método también tiene sus límites como pone de relieve la discusión de una pregunta planteada por la presidencia portuguesa sobre la utilidad del artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE), que sólo parcialmente desembocaría en la formulación de una nueva base jurídica (artículo 181a TCE, ahora artículo 212 TFUE); sobre ello, de Búrca y de Witte, *op. cit.*, nota 10, p. 13.

te desde un punto de vista político.¹¹² Del análisis precedente de los fundamentos constitucionales y de los diferentes tipos de competencias se ha deducido que el actual reparto y coordinación de las competencias de creación normativa de la Unión y de los Estados miembros no se encuentra marcado por anomalías estructurales.¹¹³ Solamente en ámbitos marginales, especialmente en la vinculación al orden jurídico competencial de las formas de actuación no regulativas, existen déficits. Aunque ciertamente al vigente orden competencial le falte transparencia; sin embargo, no le falta precisión en la delimitación de las competencias entre los diferentes niveles.

Bajo estas circunstancias no puede convencer de hacer la idea de convertir el orden competencial como tal en un tema de la próxima conferencia intergubernamental. Una nueva negociación de los compromisos que se hallan en la base de las competencias actuales plantea enormes riesgos también respecto del estado de desarrollo de la integración. No se debe esperar una revolución en lo que se refiere al reparto competencial vertical incluso con un desarrollo exitoso de la conferencia gubernamental.¹¹⁴ Cuanto más ampliamente se lee la formulación de la Declaración de Niza tanto menos se puede pensar que la conferencia gubernamental quiera reinventar el maduro marco competencial de la Unión.¹¹⁵ Lo que es incontestable es la suposición, expresada por el artículo 2o. TUE (ahora artículo 3o. TUE), de que las competencias de la Unión se encuentran suficientemente marcadas por una dimensión transnacional que justifica la potencial actuación de la Unión.¹¹⁶ Ya se puso antes de relieve que, a ello, no se podía vincular ninguna afirmación relativa al *ejercicio* pasado de una competencia. Eso tampoco se opone al hecho de que en el curso de la próxima modificación de los Tratados se limite a través de cláusulas ne-

¹¹² Las cuestiones competenciales son cuestiones de poder. Cuando se trata de negociar de nuevo el vigente reparto competencial, las altas cimas del gobierno a penas se dejan guiar por reflexiones científico jurídicas de los expertos.

¹¹³ Mayer, nota 37, pp. 8, 13; Schroeder, W., "Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft", *EuR*, 1999, pp. 452, 458 y ss.

¹¹⁴ Müller-Graff, P.-Ch., "Der Post-Nizza-Prozess: Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Verfassung?", *Integration* 2/01, pp. 208 y ss., 210.

¹¹⁵ Bieber, R., "Die Arbeitsteilung in Europa präzisieren – Transparenz und Subsidiarität verwirklichen", documento para un diálogo técnico sobre la política de Europa, Lausanne, 3 de mayo de 2001, p. 3.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 2.

gativas el ámbito de aplicación de algunas competencias.¹¹⁷ Sin embargo, no hay déficits estructurales en el orden competencial vertical que puedan dar fundamento a las correlativas reivindicaciones políticas.

A la vista de lo complejo que es el orden competencial vigente, existe el riesgo de que las reformas que no se adapten a la complejidad de su objeto traigan consigo consecuencias indeseadas y conduzcan a severos daños para la racionalidad del sistema de derecho constitucional europeo. En particular, la exigencia de la “delimitación” no debería conducir a aspirar a una nueva ordenación del reparto competencial vertical conforme a los dictados de un plano burocrático de reparto de funciones. Como ya se dijo, los Estados miembros y la Unión se encuentran inmersos en un sistema cooperativo de división de poderes que impone severos límites a la desconcentración de competencias. El objetivo de lograr esta última sólo se alcanzaría al precio de configurar de nuevo, desde sus bases, el sistema jurídico de la Unión, de rasgar las redes político-administrativas existentes entre la Unión y los Estados miembros que llevan gran parte de la integración¹¹⁸ y, como consecuencia de ello, de dotar a la Unión de un sustrato administrativo propio. El coste político de semejante empresa debería ser prohibitivo y, en la práctica, inconciliable con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, una pluralidad de posiciones del ámbito político, por ejemplo la de Joschka Fischer, se orienta implícitamente hacia un tal modelo, sin tener en cuenta la problemática que trae consigo este tipo de competencias.¹¹⁹

Del análisis precedente se deduce que el ámbito de maniobra de cada uno de los niveles depende en una gran medida del tipo de competencia de que se trate. Merece especial atención, por ello, la propuesta del presidente de Renania del Norte-Westfalia, *Clement*, de introducir un tipo de competencia de la Unión hasta el momento desconocida, la denominada competencia de principios (*Grundsatzkompetenz*). En los ámbitos

¹¹⁷ Reich, *op. cit.*, nota 2, pp. 17 y ss.

¹¹⁸ Las propuestas de la Comisión para la mejora del gobierno en Europa apuntan precisamente hacia la ampliación de las correspondientes redes entre las administraciones de la Unión y de los Estados miembros, *Libro Blanco del Gobierno Europeo*, COM, 2001, 428 final.

¹¹⁹ Cfr., por ejemplo, Fischer, J., *Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, localizable en www.hu-berlin.de/pr-veranstaltungen/reden, véase Joerges et al. (eds.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, 2000.

políticos a los que se atribuya este tipo de competencia, la Unión debería limitarse a aprobar la normativa marco. La regulación detallada sólo debería estar permitida cuando se trate de competencias exclusivas.¹²⁰ Esta propuesta deduce, pues, la densidad lícita de una regulación a partir del tipo de competencia —un concepto extraño hasta el momento para el derecho de la Unión—. ¹²¹ Según *Clement* el criterio definitivo para delimitar entre la lícita regulación de principios y la ilícita regulación detallada debería depender de si el acto jurídico afecta directamente a los derechos y las obligaciones de los ciudadanos.¹²² Conforme a la idea de *Clement* la mayor parte de las competencias concurrentes y paralelas de la Unión deben incardinarse en este tipo de competencia y se debería eliminar por completo el artículo 95 TCE (ahora artículo 114 TFUE).¹²³ Con ello se cortan las raíces del actual árbol de la integración. Una Unión Europea, cuyo derecho perdiese relevancia directa para los ciudadanos en todos los ámbitos esenciales del mercado interior, habría retrocedido a un estado de desarrollo constitucional anterior a la decisión *van Gend & Loos*.¹²⁴

Aquí se debe hacer referencia a otra propuesta que pertenece desde hace mucho al arsenal de la política europea de los Estados federados alemanes y que también ha sido renovada por *Clement*: la supresión del artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE).¹²⁵ En efecto, dicho artículo es aquel aspecto del marco competencial en el que aparece más débilmente plasmada la función limitativa del orden competencial hacia la que tiende el artículo 5.1 TCE (ahora artículo 5.2 TUE). Sin embargo, se debería mantener la existencia de esta cláusula general subsidiaria, dado que la praxis constitucional, ya desde sus primeros momentos, ha aportado constantemente casos imprevistos a los que precisamente se adapta el artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE); como, por ejemplo,

¹²⁰ Clement, W., *Europa gestalten – nicht verwalten*, 12 de febrero de 2001, localizable en <http://www.hu-berlin.de/pr/veranstaltungen/reden>, apdos. 18 y ss.

¹²¹ Esto rige también para aquellos ámbitos jurídicos en los que la Unión sólo puede actuar bajo la forma jurídica de la Directiva, Zuleeg, *op. cit.*, nota 62, apdo. 6 al artículo 3b TCE; Ipsen, *op. cit.*, nota 20, pp. 21, 29.

¹²² Clement, *op. cit.*, nota 120, apdo. 20. Por consiguiente, el nuevo tipo de la competencia de principios tampoco se corresponde con la competencia de legislación marco de la Federación conforme al artículo 75, GG.

¹²³ Clement, *ibidem*, apdo. 23.

¹²⁴ Sentencia del TJUE del 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos* (26/62, Rec. 1963, 1).

¹²⁵ Clement, *op. cit.*, nota 120, apdo. 23.

los relativos a la ampliación de la Unión hacia el este o a la introducción del euro.¹²⁶ Incluso una Unión que conciba como un principio constitucional la preservación de ámbitos de actuación en favor de los Estados miembros necesita una norma como el artículo 308 TCE (ahora artículos 352 y s. TFUE). Además, su ámbito de aplicación ha quedado circunscrito de una forma pretoriana.¹²⁷ Sin embargo, sí requiere una urgente modificación del correspondiente procedimiento de creación normativa. No es político-constitucionalmente admisible que, ante una potestad de tal tamaño, el Parlamento Europeo sólo participe en el procedimiento de consulta. Se debería introducir al Parlamento con el proceso de codecisión conforme al artículo 251 TCE (ahora artículo 294 TFUE), manteniéndose la exigencia de unanimidad en el Consejo.¹²⁸ Nada se opone tampoco a una extensión del obligatorio derecho de consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

B. *En el ámbito de la aplicación jurídica*

Una importante parte de la crítica de los Estados federados no se refiere al campo de la creación normativa sino que se centra en las tensiones y problemas que se generan en el ámbito de la aplicación descentralizada del derecho de la Unión.¹²⁹ Normalmente, la ejecución del derecho de la Unión se hace por los Estados miembros. Esta estructuración de la ejecución es característica de la configuración de la Unión y se puede concebir como un pilar esencial del reparto cooperativo de los poderes entre la Unión y los Estados miembros.¹³⁰ Es evidente que esta estructura fácilmente trae consigo conflictos. Es propio de las características sistémicas de una compleja estructura federal de la ejecución que produzca conflictos entre los niveles implicados, los cuales pueden ser percibidos desde una perspectiva “de abajo” o descentralizadora como “intromisiones”, y

¹²⁶ Sobre la más reciente praxis, Lorenz, T. y Pühs, W., “Eine Generalermächtigung im Wandel der Zeit: Artikel 235 EG-Vertrag”, *ZG*, 1998, pp. 142, 150 y ss.; Búrca de y de Witte, *op. cit.*, nota 10, pp. 12 y ss.

¹²⁷ Sobre todo el Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *Dictamen sobre el CEDH*, *op. cit.*, nota 53.

¹²⁸ Müller-Graff, *op. cit.*, nota 114, p. 211.

¹²⁹ Una lista de sectores ejemplificativos, se puede hallar en *Clement*, *op. cit.*, nota 120, apdos. 6 y ss.

¹³⁰ Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 871.

desde una perspectiva “de arriba” o centralizadora como “déficits de ejecución”.

Como ya se expuso, no es posible deducir de la teoría general sobre la competencia del ente un límite general a la influencia por parte de la Unión en la aplicación jurídica por parte de los Estados miembros. La Unión puede llevar a cabo en los actos jurídicos de derecho derivado una previsión detallada de la ejecución administrativa estatal, y no tiene que limitarse a la aprobación de “reglas generales”. Además, todas las autoridades ejecutivas de los Estados miembros deben respetar los presupuestos generales del derecho de la Unión (como, por ejemplo, las prohibiciones de discriminación), incluso aunque los mismos tengan eficacia en un ámbito sobre el que la Unión carece de una competencia reguladora.¹³¹ Sin embargo, de la teoría general sí se deduce que los órganos de la Unión necesitan un título competencial propio para llevar a cabo la ejecución directa de su derecho; en particular, la Comisión carece de una competencia general para la aplicación jurídica.¹³² Del mismo modo carecen los órganos europeos de una potestad directriz general sobre las administraciones nacionales.¹³³

Esto se ve compensado en determinados casos por el hecho de que la Comisión está habilitada en el derecho derivado para dirigir Decisiones a los Estados, que determinan materialmente los actos administrativos de las autoridades de los Estados miembros, dirigidos a los ciudadanos. La Comisión también ha desarrollado instrumentos para la influencia sobre las autoridades estatales a través de las exigencias de concertación en los concretos procedimientos administrativos y a través del procedimiento de cierre de cuentas.¹³⁴

No se puede discutir que el esfuerzo de la Comisión en pro de una uniformidad en la ejecución administrativa, a veces lleva con andadores

¹³¹ El TJUE ha construido presupuestos detallados a partir de estas exigencias; cfr. únicamente Kadelbach, S., *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, pp. 296 y ss. Esta jurisprudencia ha sido en parte criticada, como ya se expuso (más arriba, parte I.); este punto se encuentra fuera de la discusión actual sobre la competencia del ente.

¹³² Sólo muy pocas normas de los tratados o de derecho derivado atribuyen a la Unión una competencia de ejecución directa sobre los ciudadanos.

¹³³ Kadelbach, *op. cit.*, nota 131, pp. 337 y ss.

¹³⁴ Un análisis más detallado en Schmidt-Aßmann y Hoffmann-Riem (eds.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

a las administraciones de los Estados miembros y no siempre se halla el óptimo equilibrio entre una dirección centralizada y un margen de maniobra descentralizado. Frente a las contiendas que han enfrentado precisamente a los Estados federados alemanes y a la Comisión (sobre todo en materia del derecho de subvenciones y de ayudas regionales), no hace falta un cambio de las estructuras del orden competencial. El TJUE constituye una instancia adecuada para la decisión de estas disputas caso a caso. Además, no es convincente tratar estos conflictos como déficits del orden competencial del ente. Nadie pone en tela de juicio en serio la necesidad de una supervisión de las subvenciones en el mercado interior. En el resto de los ámbitos que se pueden mencionar en este contexto (la política estructural, la política medioambiental, etcétera), el problema tampoco reside en la extensión de las competencias, sino en la densidad normativa de los correspondientes actos jurídicos. En este sentido, un “reblandecimiento” del derecho derivado sería un instrumento con mejores perspectivas que las modificaciones del ámbito de la competencia del ente.

Respecto al reparto de las competencias de aplicación jurídica entre los distintos niveles, rige, pues, lo dicho sobre la creación normativa: la situación es compleja y opaca, pero no vaga. Si no se quiere introducir un sistema de separación como el americano (sobre ello véase lo escrito previamente), no hay motivo ni para reconfigurarla en el curso del actual debate. Los indiscutibles déficits en este ámbito se pueden enfrentar mucho mejor al nivel del derecho derivado.

2. Control del respeto de los límites competenciales

A. Controles de legalidad

La declaración núm. 23 al Acta Final del Tratado de Niza exige también un debate sobre cómo “se puede preservar una limitación de las competencias (...)”. Esto hace que la mirada se dirija en primer término hacia los controles judiciales, dado que, de la discusión sobre el vigente orden competencial, se deduce que la exigencia de una norma que dé fundamento a la competencia constituye uno de los fundamentales presupuestos de legalidad para un acto jurídico de la Unión. El respeto del re-

parto competencial vertical es, pues, en primerísimo lugar una cuestión de controles de legalidad.

a. Alternativas al TJUE

Conforme al régimen jurídico de control creado por los Tratados, la garantía judicial de los límites competenciales —con excepción del título V TUE— es función del TJUE. A él le corresponde ejercer el control de legalidad sobre los demás órganos.¹³⁵ Con ello se corresponde que el TJUE posea una competencia orgánica exclusiva para declarar nulo todo acto ilícito de derecho derivado. Esto también rige de modo incondicional en relación con el respeto del reparto competencial vertical y las reglas de ejercicio de las competencias.

Pero mucha gente no tiene confianza en el Tribunal en este punto. Ha sido siempre falsa la idea de que el TJUE presionaba para expandir las competencias del ente.¹³⁶ Además, desde principios de la década de los noventa, el TJUE ha puesto de manifiesto —como ya se dijo— en una serie de importantes decisiones que también quiere, en tanto Tribunal Constitucional de la Unión,¹³⁷ imponer el orden competencial vertical frente al Parlamento y el Consejo. Así, en el caso de la prohibición de publicidad sobre el tabaco, el TJUE emitió un fallo contrario a un amplio consenso político: del lado de las partes perdedoras en el proceso se encontraban los tres órganos reguladores de la Unión y una mayoría de los Estados miembros. Esta jurisprudencia debería haber dado suficiente respuesta al reproche de su unilateralidad en favor de solucionar la disputa de mejor forma posible para la integración. La falta de referencias a las correspondientes sentencias en las publicaciones de algunas voces críti-

¹³⁵ Por el contrario, conforme al derecho general de las organizaciones internacionales, esto es una función exclusiva del órgano actuante, Schermers, H. y Blokker, N., *International Institutional Law*, 3a. ed., 1995, § 708.

¹³⁶ Acertadamente, Simm, M., *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt*, 1998, pp. 23 y ss., 110, 154 y ss.; Fischer, H. G., “Die Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs”, *ZG*, 2000, pp. 165, 176.

¹³⁷ Rodríguez Iglesias, G. C., “Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht”, *Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Wirtschaftsrecht der Universität Bonn*, núm. 15, 1992.

cas permite suponer que todavía no se ha prestado suficiente atención a este desarrollo jurisprudencial.

Por este motivo, una serie de propuestas, que consideran al TJUE incompetente para resolver adecuadamente los conflictos competenciales verticales, han perdido actualidad para el debate existente en este momento. Fundamentalmente provienen, aún del debate posterior a Maastricht de la década de los noventa, ciertas propuestas que quieren fundamentar la competencia de un tribunal de conflictos propio al margen del TJUE respecto del conflicto sobre la denominada “última palabra” en la actuación competencialmente ilícita de la Unión.¹³⁸ Estas propuestas son esgrimidas de forma modificada en el debate posterior a Niza.¹³⁹ Sin embargo, ninguna contribución se halla en disposición de demostrar, a la luz de la nueva jurisprudencia del TJUE, una necesidad de actuación en el presente que pudiera justificar una reforma de tal calibre.¹⁴⁰ Las restantes diferencias existentes entre el TJUE y algunos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros se refieren a los extremos y excepcionales casos de la puesta en peligro, por un acto conservado por el TJUE, de bienes constitucionales de carácter nuclear. Una delimitación definitiva de esta disputa de naturaleza principalmente teórica, sólo sería posible por el momento con un coste político muy alto. Para resolver los conflictos surgidos en cada caso concreto de una manera justa para ambos niveles constitucionales, se puede confiar en la razón práctica de los jueces implicados.¹⁴¹ En la práctica, no se ha impuesto la premisa de *Weiler* de que la cuestión de la última palabra en los conflictos competenciales verticales está demasiado politizada como

¹³⁸ Sobre las diferentes propuestas de transformaciones institucionales y procedimentales del órgano judicial-competencial, Mayer, F., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, pp. 330 y ss.

¹³⁹ Clement, *op. cit.*, nota 120, apdo. 29; la propia Sala del TJUE respecto de las cuestiones competenciales está formada parcialmente por magistrados constitucionales nacionales; Broß, S., “Bundesverfassungsgericht - Europäischer Gerichtshof - Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte”, *VerwaltungsArchiv* 2001, pp. 425 y ss.; acertadamente, Mayer, *op. cit.*, nota 37, pp. 21 y ss, considera que “se crean más problemas que soluciones”, p. 30.

¹⁴⁰ Müller-Graff, *op. cit.*, nota 114, p. 211.

¹⁴¹ Limbach, J., “Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur”, *EuGRZ*, 2000, pp. 417, 418; Nickel, R., “Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung”, *JZ*, 2001, pp. 625 y ss.

para considerar la atribución de una competencia al TJUE una solución aceptable al problema.¹⁴²

b. Refuerzo del papel judicial-competencial del TJUE

Se proponen otros mecanismos que deberían reforzar más la garantía del orden competencial vertical a través del TJUE. Discutible desde el punto de vista del interés en reforzar la justiciabilidad del orden competencial es la ampliación de los legitimados procesalmente. El Tratado de Niza da aquí un paso importante puesto que ha incluido, dentro del círculo de privilegiados actores conforme al artículo 230.2 TCE (ahora artículo 263.2 TUE), al Parlamento Europeo. Se propone incluir también dentro de este grupo, por lo menos cuando se ven afectadas cuestiones competenciales, al Comité de las Regiones, hasta ahora un órgano auxiliar consultivo sin una legitimación activa propia.¹⁴³ Frente a ello hay que preguntarse si realmente faltan potenciales recurrentes con el fin de hacer valer el vigente orden competencial. Los recursos directos de las corporaciones territoriales ya son ahora posibles en las mismas condiciones vigentes para los recursos individuales.¹⁴⁴ Desde hace mucho se discute si es razonable una ulterior apertura del acceso de recurrentes individuales ante el TJUE.¹⁴⁵ Desde el punto de vista de lo limitado de los recursos de los tribunales europeos, cualquier desarrollo prudente de los procesos constitucionales debería venir guiado más por los criterios de la tutela judicial que por los de la garantía del orden competencial. Una ampliación estándar de las posibilidades de recurso directo (por ejemplo, respecto de aquellas regiones que no se ven afectadas individualmente por el acto impugnado¹⁴⁶) no se hallaría justificada en el siste-

¹⁴² Weiler, J.H.H., "The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals", *ELRev.*, 22, 1997, p. 150, 155.

¹⁴³ Clement, nota 120, apdo. 29.

¹⁴⁴ Sobre los presupuestos, véase la Sentencia del TPI del 15 de diciembre de 1999, *Estado libre de Sajonia./Comisión* (T-143/96, Rec. 1999, II-3663), apdo. 81.

¹⁴⁵ Cfr. de Witte, B., "The Past and Future Role of the European Court in the Protection of Human Rights", en Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, pp. 859, 889 y ss.; Sentencia del TPI del 17 de junio de 2000, *Salamander*, *op. cit.*, nota 67, apdo. 74.

¹⁴⁶ En favor de un recurso competencial de las regiones con competencias legislativas, Mayer, *op. cit.*, nota 37, p. 40.

ma judicial de la Unión, que se sustenta, sobre todo, en la gran utilidad de la cuestión prejudicial.

Desde el punto de vista de los autores, hay otro paso más urgente en la reforma, concretamente la justiciabilidad de los actos del Consejo Europeo. El Consejo Europeo no era, conforme a su propia comprensión y bajo el régimen de los Tratados en la versión de Niza, un órgano; no es casualidad que el mismo no haya proclamado la Carta de Derechos Fundamentales. Esta autocomprensión era deficitaria: el artículo 4o., TUE (ahora similar el artículo 15 TUE) decía mucho a favor del carácter de órgano del Consejo Europeo. Desde la perspectiva de los Tratados también se halla sometido al principio de legalidad, dado que ejerce potestades derivadas de los Tratados. Estas potestades se desprenden del TUE y del TCE (ahora aún TUE y TFUE).¹⁴⁷ Aunque hasta la reforma por el Tratado de Lisboa no se veía sometido al control de legalidad del TJUE.¹⁴⁸ Éste en constante jurisprudencia interpretaba con amplitud el tenor literal del artículo 230.1 TCE (ahora artículo 263.1 TFUE): son impugnables todos los actos susceptibles de tener efectos jurídicos, con independencia de la forma jurídica que tengan atribuida y del fundamento normativo elegido para su emanación.¹⁴⁹ Sin embargo, el TJUE exigía como criterio estricto para su inclusión que se trate de la actuación de un órgano de la Comunidad.¹⁵⁰ Y, conforme a la jurisprudencia, el Consejo Europeo no se encontraba bajo este concepto.¹⁵¹

Como consecuencia de ello, existía una tensión insoportable desde un punto de vista jurídico-constitucional, teniendo en este punto que darle la razón a *Wolfgang Clement*.¹⁵² Al Consejo Europeo le corresponde en la práctica una nada desdeñable importancia respecto de la formulación de la política de la Unión Europea. Materialmente, las "Conclusiones fina-

¹⁴⁷ Artículos 99 y 128, TCE (ahora artículos 121 y 148, TFUE).

¹⁴⁸ Artículo 46, TUE (suprimido por el Tratado de Lisboa) y, antes de la formación de la Unión Europea, el artículo 31 del Acta Única Europea.

¹⁴⁹ En detalle, Röhl, C., "Die anfechtbare Entscheidung nach Artikel 230 Abs. 4 EGV", *ZaöRV*, 2000, pp. 331 y ss.

¹⁵⁰ Ello sirve a su distinción frente a los actos de los Estados miembros, que no pueden ser declarados nulos por el TJUE.

¹⁵¹ Sentencia del TPI del 14 de julio de 1994, *Roujansky./Consejo* (T-584/93, Rec. 1994, II-585), apdo. 12 y Sentencia del TJUE del 13 de enero de 1995, *Roujansky ./Consejo* (C-253/94 P, Rec. 1995, II-7), apdo. 11.

¹⁵² Clement, nota 120, apdo. 22.

les” formuladas por la Presidencia se extienden con gran detalle sobre ámbitos del derecho de la Unión que —como reflejan las Exposiciones de Motivos de los ulteriores actos normativos— sustraen a la Comisión, al Parlamento y al Consejo la adopción de trascendentales decisiones. El Consejo Europeo se encuentra en importantes ámbitos incluso integrado en el proceso de creación normativa. A falta de su integración en los mecanismos de control judicial, el Consejo Europeo podía establecer los presupuestos para los procesos nacionales de creación normativa a través de sus Conclusiones finales, y hacerlo al margen del orden competencial de la Unión. Y tampoco los demás órganos de la Unión se podían defender frente a tales presupuestos contrarios a los Tratados. Existía, pues un sector no justiciable en un lugar central del sistema de gobierno de la Unión. El artículo 46 TUE (artículo suprimido por el Tratado de Lisboa), así como los artículos 230, 234, letra b, y 288 TCE (ahora artículos 263, 267 letra b, y 340 TFUE) deberían ser modificados en el sentido de establecer la responsabilidad jurídica del Consejo Europeo. De hecho, desde la reforma por el Tratado de Lisboa y gracias al nuevo artículo 13.1 TUE, es indubitado que el Consejo Europeo es un órgano de la Unión Europea. Con ello, se hizo un paso grande adelante hacia la justiciabilidad de los actos del Consejo Europeo en el sentido aquí mencionado.

B. Refuerzo de los controles de legalidad preventivos

Otras propuestas aspiran a un refuerzo de los mecanismos de control de legalidad preventivo. En el punto de mira de estos esfuerzos se halla el principio de subsidiariedad que se considera ineficaz tal y como se ha configurado hasta el momento.¹⁵³ La configuración del principio de subsidiariedad en el artículo 5.2 TCE (ahora artículo 5.3 TFUE) y en el protocolo sobre la subsidiariedad obliga en primer término a los órganos de creación normativa —el Parlamento, el Consejo y la Comisión—. ¹⁵⁴ Incluso aunque parezca demasiado pronto para evaluar los efectos prácticos del Protocolo sobre la subsidiariedad de 1997, es preciso reflexionar sobre la posibilidad de reforzar el principio de subsidiariedad.

¹⁵³ Un resumen se puede encontrar en Boeck, *op. cit.*, nota 5, pp. 93 y ss.

¹⁵⁴ Müller-Graff, *op. cit.*, nota 114, p. 211; *cfr.* también Griller *et al.*, *op. cit.*, nota 105.

El derecho de la Unión Europea conoce un importante instrumento para un autocontrol preventivo por parte de los órganos de creación normativa: el de la obligación de motivación, establecido en el artículo 253 TCE (ahora artículo 296 TFUE). La misma cumple una triple función: obliga a la autorreflexión de los órganos de creación normativa involucrados, mejora las condiciones del control de legalidad que lleva a cabo el TJUE y refuerza los controles que lleva a cabo la opinión pública interesada, esto es, en primer término los ciudadanos y los Estados miembros afectados por la regulación. En el contexto precedente tiene interés la extensión de las obligaciones derivadas del artículo 253 TCE (ahora artículo 296 TFUE). El TJUE exige, con carácter general, la indicación de la base jurídica,¹⁵⁵ de modo que las tres funciones del control también se extienden sobre la competencia del ente. En principio, también se hallan incluidas en la obligación de motivación las principales ponderaciones sobre el principio de subsidiariedad llevadas a cabo por los órganos que aprueban la norma. Las exigencias que impone aquí el TJUE no son, sin embargo, elevadas.¹⁵⁶ En la práctica constitucional las exposiciones de motivos referidas al principio de subsidiariedad, tal y como exige el núm. 9.2 del Protocolo sobre el principio de subsidiariedad, en especial de la Comisión, han quedado reducidas a poco. El TJUE debería reforzar sus exigencias derivadas del artículo 253 TCE (ahora artículo 296, TFUE), debiendo pensarse, llegado el caso, en una clarificación por parte del constituyente.

Otras propuestas versan sobre los controles preventivos externos. Éstas quieren alcanzar una institucionalización del interés de la subsidiariedad a través del establecimiento de más órganos en el proceso de creación normativa. Un paso revolucionario sería una transformación que elevase al Comité de las Regiones (CdR) de un órgano consultivo para un ámbito específico en una tercera cámara junto al Consejo y al Parlamento.¹⁵⁷ En contra de semejante elevación de categoría del CdR habla, en primer lugar, su heterogénea composición, consecuencia de la diferen-

¹⁵⁵ Sentencia del TJUE del 26 de marzo de 1987, *Comisión ./ Consejo (privilegios aduaneros)* (45/86, Rec. 1987, 1493), apdos. 8 y ss.

¹⁵⁶ Sentencia del TJUE del 13 de mayo de 1997, *Alemania ./ Consejo y Parlamento (Sistemas de seguridad de las instalaciones)* (C-233/94, Rec. 1997, I-2405), apdos. 22-28.

¹⁵⁷ Referencias en Boeck, *op. cit.*, nota 5, p. 188.

te posición de las regiones en cada derecho constitucional nacional. Además, la elevación del CdR a un órgano codecisorio conduciría a un masivo aumento de los requisitos del consenso en la creación normativa europea. Una reforma constitucional que pudiera llevar a un amplio bloqueo del sistema decisorio de la Unión, no sería convincente desde el punto de vista de la reconocida necesidad de *output* legislativo, dado que la legitimidad de la Unión depende en un alto grado de ese *output*.¹⁵⁸

Además, se puede dudar que el CdR, con las unidades infranacionales en él representadas, sea el órgano adecuado para la garantía del principio de subsidiariedad. La garantía de intereses *regionales* se ocupa sólo de una parte de la exigencia de respeto recíproco por parte de los distintos niveles. El auténtico foro del interés de la subsidiariedad a nivel europeo es el del Consejo, en tanto órgano de ejercicio de los intereses de los Estados miembros. La crítica sobre el deficiente respeto del principio de subsidiariedad es en la práctica una crítica sobre los déficits en el funcionamiento del Consejo.

Otras propuestas pretenden la incorporación de los Parlamentos nacionales. Los Parlamentos de cada Estado son considerados los “perdedores” de la europeización. Se considera un problema aún no resuelto el de la búsqueda de su sitio en el marco constitucional europeo.¹⁵⁹ Desde esta perspectiva propone crear un Comité de la subsidiariedad, formado por parlamentarios nacionales, e introducirlo en el proceso de creación normativa con potestades consultivas.¹⁶⁰ Es dudoso si con ello se prestaría un buen servicio a aquel principio. En lugar del anhelado refuerzo, su división institucional podría conducir también a una descarga de la obligación de los órganos decisorios de haber realizado ellos mismos las correspondientes ponderaciones desde las primeras fases del proceso de formación de la voluntad política. Si un proyecto político ha alcanzado una vez el estadio de una proposición formal por la Comisión, prácticamente no será posible derribarla sólo con objeciones relativas al princi-

¹⁵⁸ Scharpf, F., *op. cit.*, nota 94, p. 20.

¹⁵⁹ *Cfr.* el Protocolo sobre el papel en la Unión Europea de los Parlamentos de los Estados miembros así como el punto 5, apartado 4, de la Declaración núm. 23 al Tratado de Niza.

¹⁶⁰ Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 876; de forma semejante Siedentop, L., *Democracy in Europe*, 2000, p. 147; Schwarze, J., “Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht”, *DVBl.*, 1995, pp. 1265, 1268 y ss.

pio de subsidiariedad. El aislamiento institucional del interés en la subsidiariedad fuera de los órganos políticos conduce a una despolitización del conflicto sobre la subsidiariedad: no se puede separar razonablemente de las cuestiones políticas tratadas la de si los niveles nacionales pueden dominar “suficientemente” estos problemas, o si puede hacerlo “mejor” por encima de ellos el nivel europeo. El juicio sobre la subsidiariedad es, en buena medida, una cuestión de ponderación política,¹⁶¹ cuyo ejercicio corresponde a los órganos políticamente responsables que deben someterse a la crítica de la opinión pública europea. Además, se complicaría aún más la estructura institucional de la Unión y se dificultaría la ubicación de la responsabilidad política. En la medida en que el problema de la aceptación que tiene la Unión es también un problema de la opacidad de sus procesos internos, debería reforzarse la obligación de rendir cuentas de los tres órganos de creación normativa respecto de todos los aspectos de su actuación. Y se debería prescindir de una ulterior compartimentación de la estructura institucional de la Unión a través de nuevos órganos.

Esta objeción afecta también a las propuestas de creación de otros órganos que, sin participar ellos mismos en el proceso de creación normativa, deberían vigilarlo como un sistema de alerta desde el punto de vista de la subsidiariedad. No estarían, pues, justificados ni un defensor del pueblo en cuestiones competenciales ni un comisario especial de las competencias que emitiese un informe competencial anual, debido al carácter eminentemente político de las ponderaciones discrecionales sobre la subsidiariedad.¹⁶² Frente a ello, merece tener preferencia la solución del Protocolo sobre el principio de subsidiariedad que prevé una rendición anual de cuentas de la Comisión sobre la aplicación del artículo 5o., TCE (ahora artículo 5o. TUE),¹⁶³ incluso aunque este informe tenga aún que encontrar su ubicación fija en las rutinas de la opinión pública europea.

¹⁶¹ Esto no significa que el principio de subsidiariedad del artículo 5.2, TCE (ahora artículo 5.3, TUE) no sea justiciable, puesto que se alcanzará el límite de la ilicitud cuando se pueda imputar a los órganos de aprobación evidentes errores o abusos en el ejercicio de su discrecional valoración de la subsidiariedad.

¹⁶² En este sentido, la propuesta de Mayer, *op. cit.*, nota 37, p. 25.

¹⁶³ Núm. 9, último apartado.

C. Refuerzo de los criterios de control

Si se parte de que la praxis de los órganos de la Unión en el pasado no ha respetado lo suficiente la autonomía de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se podría afrontar este problema a través de un refuerzo de las normas originarias /de los Tratados, de las que parte semejante estabilización del orden vertical de competencias. Una reformulación de las mismas podría tanto hacer más efectivo los controles de legalidad del TJUE, como producir también una disciplina preventiva de los órganos de creación normativa.

Al respecto, como primer pilar, aparece una concreción de las reglas de ejercicio competencial del artículo 5.2 y 3 TCE (ahora artículo 5.3 y 4 TUE). Curiosamente, en el debate permanente se introduce el principio de subsidiariedad como directriz predominante de un adecuado reparto competencial y no como regla sobre el ejercicio de las competencias. El principio de proporcionalidad, referido a los Estados miembros en el artículo 5.3 TCE (ahora artículo 5.4 TUE), ya no juega aparentemente ningún papel. Los estímulos formuladores de una reforma del artículo 5o. TCE (ahora artículo 5o. TUE) proceden de la época anterior a la conferencia gubernamental de Ámsterdam.¹⁶⁴ El aplazamiento del debate debe ser entendido como que, tras las conferencias gubernamentales de Maastricht y de Ámsterdam, se había agotado el margen de compromiso entre los Estados miembros en lo que se refiere a la configuración del principio de subsidiariedad en el derecho originario. Está por ver si el actual debate sobre la competencia del ente tiene mejores perspectivas —y justifica la implícitamente expresada crítica a la utilidad del artículo 5o. TCE (ahora artículo 5o. TUE)—. En todo caso, la innovación jurídico-constitucional del artículo 5.2 TCE (ahora artículo 5.3 TUE) cumple muy eficazmente una notable función discursiva en la discusión política y jurídica europea.

Como otra norma de apoyo en la tutela de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se propone el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE). Una nueva formulación debería hacer valer el mandato de lealtad en la interacción entre los niveles constitucionales también en la dirección opuesta.¹⁶⁵ En la jurisprudencia del TJUE ya ocupa un lugar fi-

¹⁶⁴ Las referencias véanse en Boeck, *op. cit.*, nota 5, pp. 174-176.

¹⁶⁵ Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 875.

jo esta idea de la reciprocidad en la obligación de cooperación y respeto del artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE),¹⁶⁶ de modo que esta modificación tendría una función exclusivamente clarificadora.¹⁶⁷ Se puede dudar si ello ha de soportar el coste de la búsqueda de una formulación consensuada, pero el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE) es en todo caso una cláusula general que queda definida sólo cuando el TJUE ha fallado sobre ella. Sobre todo la función central del artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE) no debería palidecer con una nueva redacción del mismo: la protección de la integridad de los resultados del proceso de creación normativa europea, frente a su posterior cuestionamiento por parte de alguno de los Estados miembros.

Un lugar más adecuado para establecer un límite normativo-competencial a la actuación de la Unión en beneficio de importantes intereses es el artículo 6.3 TUE (ahora artículo 4.2 TUE). Se debería pensar en un mayor desarrollo de esta cláusula de identidad en el sentido de unas “garantías fundamentales *federales*”.¹⁶⁸ Desde la óptica del derecho constitucional europeo nada se opone a la propuesta realizada por una serie de Estados federados alemanes de completar el artículo 6.3 TUE (ahora artículo 4.2 TUE) con la introducción de la locución “y sus regiones”, en referencia a los componentes infranacionales.¹⁶⁹ A fin de que esta operación no se quede en algo simbólico, se debería recoger el contenido del artículo 6.3 TUE (ahora artículo 4.2 TUE) en todo caso también en el artículo 46, letra d TUE (artículo suprimido por el Tratado de Lisboa).

3. Mejora de la expresión de las competencias del ente

Otro aspecto se refiere a la expresión de las competencias del ente en el texto de los Tratados. Se encuentra en la Declaración sobre el futuro de la Unión, aunque un poco escondida tras el punto que se ocupa de la “simplificación de los Tratados” y, concretamente, “con el fin de hacer-

¹⁶⁶ Sentencia del TJUE del 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo ./. Parlamento* (230/81, Rec. 1983, 255), apdo. 37; Sentencia del TJUE del 15 de enero de 1986, *Comisión ./. Bélgica* (52/84, Rec. 1986, 89), apdo. 16; Sentencia del TJUE del 28 de febrero de 1991, *Delimitis* (C-234/89, Rec. 1991, I-935), apdo. 53.

¹⁶⁷ *Cfr.* también la Declaración de Niza sobre el artículo 10 del Tratado sobre la Constitución de la Comunidad Europea.

¹⁶⁸ Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 875.

¹⁶⁹ Clement, nota 120, apdo. 23.

los más claros y comprensibles, sin modificarlos materialmente”. La cuestión del orden competencial se transforma en una cuestión del catálogo de las competencias. Una tarea esencial de aquélla es un aumento de la aceptación popular a través de un aumento de la transparencia.

A partir de las reflexiones precedentes se puede sostener, en primer término, que la Unión tiene un gran problema de transparencia, pero que éste resulta sobre todo de la encorsetada y dispersa forma en que interactúan el Consejo Europeo, la Comisión, el Consejo, y el Parlamento. Por ello, sólo se podrá alcanzar un sustancial aumento de la transparencia a través de una clara ordenación de los poderes y una clara determinación de sus funciones. Frente a ello, el aumento de transparencia a través de una mejor configuración textual de las competencias del ente seguirá teniendo un significado secundario.

Una mejor exposición de las competencias del ente, bajo la premisa de la Declaración núm. 23 de que no se modifiquen las relaciones interorgánicas, exige, en primer lugar, que todo el ámbito de las competencias orgánicas no sea tenido en cuenta como perspectiva de esa ordenación, esto es, que no se ordenen en competencias del Consejo, de la Comisión, etcétera... Todas las normas convencionales que atribuyen a un órgano la potestad de aprobar un acto normativo deben formar parte de una exposición consolidada de las competencias del ente. También se debe evitar una diferenciación por procedimientos de creación normativa, como, por ejemplo, en el sentido de resaltar la posición del procedimiento codecisorio. Precisamente en esta abstracción reside la posibilidad de alcanzar sustanciales aumentos de transparencia. Por lo demás esta solución se corresponde con la igualdad de rango de las normas creadas por los órganos en diversos procedimientos.

Como criterio ordenador adecuado se debería elegir el de la relación con las competencias de los Estados miembros, dado que se trata del punto central de la competencia del ente. Esto recomienda una división en los cuatro tipos de competencias que antes fueron expuestos (exclusivas, concurrentes, paralelas, no regulativas). Existe un contenido innovador, que va más allá de la simple mejora expositiva del vigente orden competencial propio, en el hecho de *clasificar expresamente* las distintas competencias dentro de un tipo competencial determinado.¹⁷⁰ Ade-

¹⁷⁰ De forma semejante Pernice, *op. cit.*, nota 45, p. 875; Müller-Graff, *op. cit.*, nota 114, p. 209.

más sería deseable no sólo introducir el TCE (ahora TFUE) en la consolidación, sino recoger todas las normas que habilitan a la creación normativa en el “marco institucional único” de la Unión, artículo 3o., TUE (similar ahora el artículo 7o. TFUE).

Anteriormente se expuso que el orden competencial actual se halla caracterizado por una estructura bipolar solo a trozos porque apenas contiene manifestaciones sobre las competencias de los Estados miembros. El orden se limita casi totalmente a la atribución de competencias a la Unión. Ya se expusieron las ventajas de esta limitación. Por ello, es mejor renunciar al intento de enriquecer el catálogo competencial consolidado con una lista de limitaciones por campos materiales, esto es, en el sentido de un catálogo negativo en favor de los Estados miembros.¹⁷¹ El motivo de fondo para ello es que los Tratados no se deben convertir en una Constitución total que comprenda unitariamente el conjunto de la Unión y los Estados miembros, dado que la fuerza centrípeta de semejante solución en la práctica es incalculable.¹⁷² Al contrario, se debería seguir con un sistema de Constituciones parciales que se completen y se referan las unas a las otras recíprocamente.¹⁷³

Es difícil la introducción de un catálogo competencial en los Tratados existentes sin modificar el régimen jurídico vigente. Simplificaciones del texto de cada una de las normas competenciales sólo serán posibles con un gran coste político, dado que normalmente la complejidad de una determinación competencial suele ser expresión directa del complejo compromiso político subyacente a la misma.¹⁷⁴ El margen de consolidación técnica aquí es casi nulo. Por tanto, si el catálogo no debe alterar el vigente orden competencial, no se puede plantear en términos de una sustitución de cada uno de los concretos fundamentos jurídicos de las compe-

¹⁷¹ En este sentido Schwarze, J., “Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht”, *JZ*, 1998, pp. 1077, 1085 y ss.

¹⁷² *Cfr.* von Bogdandy, A., *Supranationaler Föderalismus*, 1999, pp. 12 y ss.

¹⁷³ Frowein, J. A., “Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten”, *EuR*, 1995, p. 315, 318; Huber, P. M., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *VVDStRL*, 60, 2000, pp. 196, 208 y ss.; von Bogdandy, A., “Zweierlei Verfassungsrecht”, *Der Staat*, 39, 2000, pp. 163, 183 y ss.

¹⁷⁴ Más en detalle, von Bogdandy, A. y Ehlermann, C.-D., “Guest editorial: Consolidation of the European Treaties - Feasibility, costs and benefits”, *CMLRev.*, 33, 1996, pp. 1107, 1109; Schmid, C., “Konsolidierung und Vereinfachung des europäischen Primärrechts”, *EuR Beiheft*, 2/1998, p. 17.

tencias. Por eso, catálogos como el de los artículos 73 y ss. GG (Ley Fundamental alemana) o el de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española no pueden servir de ejemplo.

Sólo queda, pues, su duplicación mediante una exposición más sencilla. No obstante, se puede evitar una mera repetición de los textos normativos, que sería problemática desde un punto de vista jurídico, en la medida en que las competencias del ente se refieran a determinados tipos competenciales. Bajo estas premisas se puede hacer la siguiente propuesta —partiendo de los correspondientes trabajos del Instituto Universitario Europeo¹⁷⁵ y del Consejo Federal alemán—:¹⁷⁶

[1] Conforme a las disposiciones de los tratados fundacionales de la Unión, le corresponden a ésta las siguientes competencias:

(1) Competencias exclusivas

a) comercio exterior de mercancías

b) pesca marítima

c) política monetaria

(2) Competencias concurrentes

...

(3) Competencias paralelas

...

(4) Competencias de fomento de la colaboración entre los Estados miembros

...

[2] Conforme a las disposiciones de los tratados fundacionales de la Unión, ésta aprobará medidas sobre los ámbitos en los que tenga atribuidas competencias. La aplicación sobre los ciudadanos de estas medidas corresponde, como regla general, a los Estados miembros.

¹⁷⁵ *Cfr.*, en particular, European University Institute, *A Basic Treaty for the European Union*, 2000, localizable en <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Institutions/EuropeanTreaties.shtml>; sobre los informes, Müller-Graff, P.-C., “The Future of the European Treaties”, en von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *European Integration and International Co-ordination. Liber amicorum Claus-Dieter Ehlermann*, 2001.

¹⁷⁶ Resolución del Consejo Federal alemán sobre la preparación de la Conferencia gubernamental de 1996, Boletín del Consejo Federal alemán, 169/95; Resolución del Consejo Federal alemán “Exigencias de los Estados federados respecto de la Conferencia gubernamental de 1996”, Boletín del Consejo Federal Alemán, 667/95; *cfr.* Martín y Pérez de Nanclares, *op. cit.*, nota 5, pp. 228 y ss.

Para la puesta en práctica de esta propuesta son imaginables diversas variantes y procedimientos. La más atrevida sería la elaboración de un breve *Tratado fundamental*, que concentraría en un tratado las disposiciones esenciales del derecho originario de la Unión junto con la Carta de Derechos Fundamentales. No sustituiría al vigente derecho originario, pero tendría un rango superior a éste. Tal Tratado fundamental, como lo ha desarrollado en sus líneas maestras el Instituto Universitario Europeo, podría contener un catálogo competencial del tipo que aquí se ha concebido. La formulación “conforme a las disposiciones de los tratados” debería evitar eficazmente que se produjesen conflictos y problemas de delimitación entre las disposiciones del Tratado fundamental y los demás Tratados, dado que, conforme a ella, las disposiciones competenciales del Tratado fundamental serían normas incompletas.

Según una segunda variante, se podría elaborar en primer término como un documento autónomo, una *Carta Competencial*.¹⁷⁷ Para ello se podría acudir, por lo menos parcialmente, a la experiencia acumulada en la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales. Ambas Cartas podrían entrar en vigor al mismo tiempo, y constituir posteriormente los módulos esenciales de un documento constitucional único.

Una pequeña solución, probablemente más fácil de llevar a cabo, se concentra exclusivamente en el derecho comunitario. Al respecto, el artículo 3o. TCE (similar ahora en los artículos 3o. y ss., y 8o. TFUE), que contiene una lista de las actividades de la Comunidad podría transformarse en un catálogo competencial del tipo descrito. Con esta variante se podrían alcanzar también en gran medida los principales fines de la reforma: la mejora de la transparencia y su puesta de manifiesto de cara a los ciudadanos.

IV. LA COMPETENCIA DEL ENTE Y LOS VERDADEROS PROBLEMAS DEL FUTURO

No existe ningún déficit en la *estructura* de las competencias del ente (II). No hay ninguna necesidad de cambios sustanciales ni siquiera de la introducción de nuevos órganos políticos o judiciales (III 1 y 2). Ciertamente, existe un gran déficit de transparencia como consecuencia de la

¹⁷⁷ Más en detalle, Mayer, *op. cit.*, nota 37, p. 49.

estrecha interdependencia entre las administraciones de la Unión y de los Estados miembros a la hora de la creación y la aplicación jurídicas. Sin embargo, en este punto sólo se podrá aumentar la transparencia a través de una desconcentración competencial. Una tal desconcentración necesitaría configurar de nuevo el sistema de la Unión desde sus cimientos, destruir las redes político-administrativas existentes entre la Unión y los Estados miembros que llevan gran parte de la integración, y dotar a la Unión, además, de un sustrato administrativo propio (III 1 a). Esto prácticamente no lo quiere nadie.

Parece posible y razonable una subsunción expresa de las competencias del TUE bajo las reglas competenciales del artículo 5o. TCE (similar ahora en los artículos 3o. y ss., y 8o. TFUE), así como completar el orden competencial por medio de una incardinación de las competencias existentes en los cuatro tipos competenciales (exclusivas, concurrentes, paralelas, no regulativas, II 2 b, III 3). Se puede satisfacer la exigencia de un catálogo competencial transparente y claro, aunque no cerrado, con un coste político previsible (III 3). Ciertas correcciones marginales son razonables y perseguibles con un coste aceptable. Se debería barajar la recepción de una “disposición suavizadora”: en el ámbito de las competencias concurrentes se debería pensar que pasado un tiempo un acto jurídico pudiera ser derogado con requisitos más suaves que los que rigieron para su aprobación (III 1 b). En el marco de la creación normativa ajustada al principio de subsidiariedad, el TJUE debería reforzar en esta dirección las exigencias de motivación; se también podría pensar en una clarificación por parte del constituyente (III 2 b). Nada habla en contra de una recepción de los “derechos federales” en el artículo 6.3 TUE (ahora artículo 4.2 TUE), ni en contra de completarla con una dimensión infranacional, acompañada de una modificación del artículo 46, letra d TUE (suprimido por el Tratado de Lisboa), III 2 c.

Una modificación del derecho derivado de la Unión serviría, con carácter general, a la pretensión de los Estados federados alemanes de recuperar ciertos ámbitos de configuración política: en ello se debería esforzar el legislador y no el constituyente (II 2 b (2)). Desde el punto de vista de la competencia del ente no se puede oponer nada a que aquéllos, además, quieran ver limitadas determinadas competencias a través de cláusulas negativas. Únicamente se debe tener claro que no es posible deducir de la actual situación de la competencia del ente ningún argumento en

favor de dichas reivindicaciones políticas. Una cierta apertura de la competencia del ente no es desventajosa; al contrario, demasiada rigidez conduciría previsiblemente a que los Estados miembros utilizasen aún con mucha más intensidad el procedimiento de la “coordinación abierta”, sumamente problemático desde un punto de vista político y jurídico-constitucional.¹⁷⁸

La llave del futuro de la Unión no reside en sus competencias como ente, sino en su estructura orgánica. Para la superación de su crisis de aceptación es decisiva una configuración de las competencias horizontales de los órganos en el sentido de una división de los poderes más clara y más funcional. El constituyente debería insertar al Consejo Europeo de forma clara en el marco de la responsabilidad política y jurídica de la Unión, y reducir algo su determinante papel político; también debería convertir el proceso codecisorio en el proceso tipo de creación normativa, superar el carácter difuso de los consejos sectoriales y formular con carácter general la función de ejecución europea y la iniciativa como competencia de la Comisión.

¹⁷⁸ Sobre este procedimiento, véase el *Libro Blanco de la Comisión*, cit., nota 118, pp. 28 y ss.