

LA ATRIBUCION DE COMPETENCIA EN MATERIA CULTURAL (ART. 128 TCE)

Por JOSE MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES (*)

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de la Unión Europea (TUE) ha *constitucionalizado* por primera vez una competencia comunitaria en materia cultural de tal suerte que el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), al regular las políticas comunitarias, cuenta con un precepto —el artículo 128 (1)— específicamente consagrado a la cultura (2).

(*) Doctor en Derecho y diplomado por el EUROPA-INSTITUT de Saarbrücken (Alemania). Profesor asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja.

(1) Este precepto, según la formulación que le ha dado el artículo G. 37 TUE, establece lo siguiente:

«1. La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común.

2. La acción de la Comunidad favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

- la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos;
- la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea;
- los intercambios culturales no comerciales;
- la creación artística y literaria, *incluido el sector audiovisual*.

3. La Comunidad y los Estados miembros fomentarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa.

Con ello se perseguían dos objetivos fundamentales. Por una parte, poner fin a la agria polémica doctrinal levantada en torno a la posibilidad de actuación comunitaria en materia cultural (3). Y, por otra, clarificar definitivamente el alcance que pudiera revestir la acción normativa de la Comunidad, no ya en cuanto actividad de carácter económico sometida a las normas del Tratado aplicables a los intercambios intracomunitarios, sino

4. La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado.

5. Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo, el Consejo adoptará:

- por unanimidad, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité de las Regiones, medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. El Consejo se pronuncia por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 189 B.
- por unanimidad, a propuesta de la Comisión, recomendaciones». Subrayado añadido.

(2) Para tratar el alcance general de la competencia recogida en el artículo 128 TCE, vid. por todos RESS, G.: *Kultur und europäischer Binnenmarkt*, Stuttgart, 1991; ibídem: «Die neue Kulturkompetenz der EG», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1992, págs. 944-950.

(3) El enfrentamiento doctrinal adquirió tintes especialmente virulentos entre los autores alemanes. El hecho de que los *Länder* gocen, de acuerdo con la distribución competencial realizada por los artículos 70 a 74 de la Ley Fundamental de Bonn, de una competencia exclusiva en materia cultural condujo en su momento a que gran número de autores se mostraran especialmente virulentos ante el progresivo proceso de asunción de competencias de marcada raíz cultural por parte de la Comunidad. Sobre esta cuestión, vid. por todos FIEDLER, W.: «Impulse der Europäischen Gemeinschaft im kulturellen Bereich — Rechtliche Grundlagen und politische Fortentwicklung», en MAGIERA, S. (coordinador): *Das Europa der Bürger in einer Gemeinschaft ohne Binnengrenzen*, Baden-Baden, 1990, págs. 147-180, especialmente págs. 154-156. Sobre la situación competencial existente antes de la entrada en vigor del TUE, vid. CLAUDIUS, S.: «Bildungs- und Kulturpolitik in der Europäischen Gemeinschaft», en *Europäische Integration — Mitteilungen*, 14-15/1988, págs. 26-40; FORREST, A.: «La dimension culturelle de la Communauté Européenne», en FIEDLER, W./RESS, G. (coordinadores): *Gedächtnisschrift für W. K. Geck*, 1989, págs. 339-354; ROTH, W. H.: «Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes für kulturschaffende Tätigkeiten und kulturelle Leistungsträger», en *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 3/1989, págs. 101-110. Para comparar la anterior situación competencial en materia cultural con la introducida por el TUE, vid. a título de ejemplo LOMAN, J. M. E. et al.: *Culture and Community Law: before and after Maastricht*, Ed. Kluwer, Deventer, 1992; SPARR, J.: *Kulturhoheit und EWG-Vertrag*, Ed. Nomos, Baden-Baden. 1991.

como una verdadera política (4): Sin embargo, ni uno ni otro objetivo han sido plenamente alcanzados, resultando la redacción final paradigma de precepto ambiguo, vago, impreciso y, a la postre, casi superfluo. En el presente trabajo pretendemos esbozar la naturaleza jurídica de la competencia comunitaria recogida en el artículo 128 TCE y concretar su alcance práctico, prestando particular atención a su eventual operatividad en un ámbito tan delicado como el audiovisual.

II. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA DEL ARTÍCULO 128 TCE

Al abordar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la atribución de competencia contenida en el artículo 128 TCE nos encontramos *prima facie* ante una competencia compartida entre los Estados y la CE por la que «si fuera necesario» (art. 128-2.º) la Comunidad «apoyará y completará la acción» llevada a cabo por los Estados miembros. Sin embargo, de una más atenta lectura del precepto se deduce que se trata, más bien, de una competencia *complementaria*, según la cual su ejercicio por la Comunidad no priva a los Estados de ninguna atribución (5). Se trata, por tanto, de una categoría competencial diferente, recogida también en otros preceptos del TCE (p. ej., en materia de educación, formación profesional o industria) que no es directamente asimilable a las competencias compartidas o concurrentes (6), en las que bajo determinadas circunstancias la Comunidad sí que está llamada a actuar en detrimento de los Estados miembros. Por tanto, la competencia en materia cultural queda en manos de los Estados y la Comunidad tan sólo puede actuar de modo complementario, en calidad de apoyo. Expresado con una terminología más acorde

(4) Sobre los textos preparativos conducentes a la formulación definitiva del artículo 128 TCE, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: «El espacio cultural europeo en la Europa de los ciudadanos», en AA. VV.: *La Europa de los ciudadanos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1993, págs. 13-14, especialmente págs. 30 *in fine*-34.

(5) Cfr. SCHWARTZ, I. E.: «Subsidiarität und EG-Kompetenzen. Der neue Titel 'Kultur'. Medienvielfalt und Binnenmarkt», en *Archiv für Presserecht*, 1993, págs. 409-421, especialmente pág. 417; STAUFFENBERG, F. L. G./LANGFELD, Ch.: «Maastricht — ein Fortschritt für Europa?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pág. 252, en particular pág. 253

(6) Cfr. BRIBOSIA, H.: «Subsidiarité et repartition des compétences entre la Communauté et ses États membres», *RMUE*, 4/1992, pág. 165, en particular pág. 183.

con la concepción de la subsidiariedad subyacente (7), las intervenciones comunitarias en política cultural —en principio, una política de naturaleza no económica— son en todo momento subsidiarias de la actuación estatal, la cual gozará de una preferencia de acción. De esta manera, el TCE no sólo modula la intensidad de la eventual acción que pueda emprenderse por la Comunidad en materia cultural, sino que podría llegar a deducirse una aplicación prioritaria de la subsidiariedad en esta materia (8). A este

(7) El principio de subsidiariedad se construye en el TUE emparentándolo con carácter general al propósito de que «las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos» (preámbulo TUE) y erigiéndolo en principio rector y tamiz futuro de las acciones que se emprendan para alcanzar los objetivos de la Unión (art. B *in fine* TUE). Mas su regulación concreta se recoge efectivamente en el párrafo segundo del artículo 3B TCE, de tal suerte que «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros [requisito de la suficiencia y la necesidad], y por consiguiente puedan lograrse mejor [requisito de la eficacia], debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario [elemento de supranacionalidad]». Eso sí, teniendo bien en cuenta como límite adicional para su operatividad que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado» [principio de proporcionalidad]. Por otra parte, en aras de una seguridad jurídica mínima, de un desarrollo armonioso del Derecho Comunitario, así como del respeto a los artículos B y M TUE y a los principios básicos del orden constitucional comunitario establecido por el TJCE, habría que considerar como límite inmanente infranqueable el respeto al *acquis communautaire*.

El tratamiento doctrinal de este controvertido principio ha dado lugar en los últimos tiempos a una cascada de trabajos prácticamente inabarcable. A título de ejemplo pueden citarse los siguientes trabajos, la mayoría de los cuales recogen abundantes referencias bibliográficas: BOIXAREU CARRERA, A.: «El principio de subsidiariedad», *RIE*, 3/1994, págs. 771-808; CARRO MARTÍNEZ, A.: «La Unión Europea y el principio de subsidiariedad», en *Revista de Administración Pública*, 1991 (núm. 126), pág. 138; FONSECA MORILLO, F.: «Legitimidad democrática: El principio de subsidiariedad», en *Europa-Junta/Revista de Información Comunitaria* (Sevilla), núm. 11, 1991, págs. 5-20; MANGAS MARTÍN, A.: «El Tratado de la Unión europea. Análisis de su estructura general», *GJ de la CE y de la Competencia*, 1992, D-17, págs. 13-62 (especialmente págs. 40-48); MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El principio de subsidiariedad en el TUE», en *TAPIA-Publicación para el mundo del Derecho*, mayo 1993, págs. 9-13; PIÑOL I RULL, J./PI I SUÑER, M./CIENFUEGOS, M.: *El principi de subsidiarietat i la seva aplicació a les entitats subestats: conseqüències en el desenvolupament de les Comunitats Europees*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991.

(8) En sentido contrario, vid. BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, especialmente págs. 791-792.

respecto, es obvio que «el artículo 3B, segundo párrafo, no establece ninguna “jerarquización” o “graduación” en áreas o sectores a la hora de aplicar el principio de subsidiariedad» (9). Lo que ya no resulta tan evidente es que de ello se pueda deducir que no existen ámbitos «a los que debería aplicarse la subsidiariedad con carácter preferente» (10). Del artículo 3B, como consagración positiva general del principio de subsidiariedad en el TCE, no puede deducirse tal aplicación preferente, pero sí que puede hacerse para determinados ámbitos a partir de otros preceptos que como el artículo 128 TCE operan *lex specialis* consagrando una preferencia *contra Comunitatem* que en la práctica podría incluso llegar a excluir toda intervención en el plano comunitario.

Por otra parte, el abusivo uso de conceptos jurídicos indeterminados («contribuirá», «favorecerá», «apoyará», «completará» o «fomentarán») tampoco contribuyen a precisar *in concreto* las fronteras de la competencia comunitaria en materia cultural ni a desvelar si existe una posibilidad de aplicación preferente del principio de subsidiariedad en favor de los Estados. Tampoco la interpretación aportada por el Consejo Europeo de Edimburgo es mucho más explícita. Se limita a asegurar que el concepto de «medidas de fomento» que figura en el artículo 128 TCE «se refiere a medidas encaminadas a promover la cooperación entre Estados miembros o a respaldar o complementar sus intervenciones [en el ámbito considerado], incluida, cuando proceda, la ayuda financiera completa para programas comunitarios o medidas nacionales o cooperativas destinadas al logro de los objetivos [de dicho artículo]» (11). En realidad, más que glosar o concretar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el artículo 128, no hace sino reproducir el precepto con términos muy semejantes y afirmar algo que resulta indudable, la posibilidad de financiar con fondos comunitarios programas comunitarios o medidas nacionales (12).

(9) *Ibidem*, pág. 792.

(10) *Ibidem*.

(11) Vid. anexo 1 de las Conclusiones finales del Consejo Europeo de Edimburgo (11-12 de diciembre 1992), publicadas en *RIE*, 1/1993, págs. 369-445, particularmente pág. 381, nota 4 *in fine*.

(12) De esta manera sí se superan, v.gr., las dificultades con que se enfrentaba la financiación de la Fundación Cultural Europea. Esta institución se creó en 1982 mediante un acuerdo intergubernamental y su financiación lo era con cargo a aportaciones estatales ya que no existía cobertura competencial suficiente para hacerlo mediante fondos comunitarios. Este tipo de disfunciones podrán ser superadas merced al artículo 128 TCE (cfr. sobre este problema competencial concreto DUQUE

Una vez más, el Tratado es excesivamente vago e impreciso por lo que habrá de ser el TJCE el que haya de interpretar esos conceptos jurídicos abiertos de forma concreta. Ello, unido a los eventuales casos de judicialización del artículo 3B TCE (especialmente recursos por incumplimiento y recursos de nulidad basados en la falta de competencia) (13), conducirá

DOMÍNGUEZ, J. F.: *loc. cit.*, pág. 30; FORREST, A.: «Dimension culturelle de la communauté Européenne», *RMC*, 1987, págs. 327-328).

(13) A propósito del principio de subsidiariedad recogido en el artículo 3B TCE se ha planteado en la doctrina la delicada cuestión de si tal principio es susceptible de control judicial por el TJCE. Algunos autores consideran la subsidiariedad un postulado filosófico y una regla política de *bon sens*. De ello deducen la no justiciabilidad de este principio por el TJCE (cfr. STAUFFENBERG, F. L. G./LANGENFELD, Ch.: *loc. cit.*; SCHWEITZER/FIXSON: «Subsidiarität und Regionalismus in der EG», en *Jura*, 1992, pág. 579, especialmente pág. 582; incluso también parece deducirse en MACKENZIE-STUART, L., en AA. VV.: *Subsidiarität: défi du changement*, Actes du colloque Jacques Delors, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1991, pág. 5; una posición crítica sin llegar a ser absolutamente negadora se encuentra en STEIN, T.: «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», en MERTEN, D. (coordinador): *Die Subsidiarität Europas*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1994, págs. 23-40, en especial págs. 36-40).

Con todo, un sector doctrinal mayoritario reclama, con sólido respaldo legal en el artículo L TUE, la justiciabilidad de la subsidiariedad (vid. a título de ejemplo BRIBOSIA, H.: *loc. cit.*, págs. 184-185; CONSTANTINESCO, V.: «Subsidiarität... vous avez dit subsidiarität?», *RMUE*, págs. 227-231, particularmente pág. 230; HAILBRONNER, K.: «Legal Institutional Reform of the EEC: What can we learn from Federalism Theory and Practice?», en *Außenwirtschaft*, 46 (1991), pág. 485, especialmente páginas 493-495; LENAERTS, K./YPERSELE, P. van: «Le principe de subsidiarität et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE», en *Cahiers de Droit Européen*, 1-2/1994, págs. 3-85, particularmente págs. 71-80; MERTENS DE WILMARS, J.: «Le principe de subsidiarität au service d'une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps», en *RMUE*, 4/1992, pág. 189, especialmente pág. 200; PIPKORN, J.: «Das Subsidiaritätprinzip im Vertrag über die Europäische Union», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22/1992, págs. 697-700, sobre todo pág. 700; SCHMIDHUBER, P./HITZLER, G.: «Die Verankerung des Subsidiaritätprinzips im EWG-Vertrag», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1992, págs. 720-725, en especial pág. 725; WARTENBERG, L. von: «Der Binnenmarkt und die Zukunft des Wirtschaftsrechts», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 20/1993, págs. 20-23, especialmente pág. 21).

En cualquier caso, tal control judicial no es ilimitado. Habrá de limitarse a evitar eventuales interpretaciones abusivas que sobrepasen manifiestamente el innegable margen de apreciación política inherente a un principio jurídico que normalmente opera en conflictos de naturaleza manifiestamente política (cfr. BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, pág. 779). Y ello, bien entendido que el artículo 3B TCE no tiene

a que, independientemente del resultado a que llegue, se acuse al Alto Tribunal comunitario de crear Derecho más que de garantizar el respeto de la interpretación y aplicación del Tratado que le encomienda el artículo 164 TCE. Con la dosis de desgaste que ello comporta y con el riesgo evidente de que el Tribunal, ante esta vidriosa cuestión, adopte un prudente pero —a nuestro juicio— indeseado distanciamiento.

Desde la vertiente operativa, tampoco parece óptimo el instrumento jurídico de actuación concedido al Consejo por el párrafo 5.º del artículo 128 TCE para contribuir a la consecución de los objetivos fijados por esta nueva competencia en materia cultural. Y no porque se haya escogido el nuevo procedimiento de codecisión incluido en el artículo 189 B (14), ni porque se requiera la previa consulta al Comité de las Regiones, lo cual es de alabar, sino porque se exige que el Consejo se pronuncie por unanimidad (15) durante todo el procedimiento y, sobre todo, porque se ex-

la claridad ni la precisión ni el grado de de incondicionalidad suficiente para poder predicar de él un efecto directo. Por otra parte, la obligación de motivación recogida en el artículo 190 TCE ofrece al TJCE una relevante pauta para el control judicial (cfr. LENAERTS, K./YPERSELE, P. VAN: *loc. cit.*, págs. 77-81).

(14) Sobre su compleja operatividad, vid. NAVARRO BATISTA, N.: *Parlamento Europeo y procedimiento normativo en las Comunidades Europeas* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994, págs. 219-294; OLESTI RAYO, A.: «El ámbito material de la participación del PE en la elaboración del derecho derivado comunitario», en *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, 1993, D. 20, págs. 91-147, especialmente págs. 125-138; PIQUERAS GARCÍA, A. J.: *La participación del Parlamento Europeo en la actividad legislativa comunitaria*, Granada, 1993 págs. 178-278.

(15) Los supuestos en que el Consejo se ha de pronunciar por mayoría absoluta se han incrementado a través del TUE de forma considerable. Los casos más reseñables son la adopción de medidas relativas a movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos que supongan inversiones directas (art. 73C-2.º y art. 73G-2.º inciso segundo TCE); establecimiento del requisito de visados para nacionales de países terceros (art. 100C-2.º y 3.º TCE desde el 1 de enero de 1996); líneas directrices de la política económica (art. 103-2.º TCE) y determinadas decisiones a adoptar dentro de la UEM (art. 104B, 109H, 109J-3 y 4 y 109K TCE); medidas para el fomento de la cooperación entre los Estados miembros en materia de enseñanza, organización del sistema educativo y diversidad cultural y lingüística (art. 126-4.º TCE) y en materia de formación profesional (art. 127-4.º TCE); acciones de fomento en materia de salud pública (art. 129-4.º TCE), protección de consumidores (art. 129A-4.º TCE), redes transeuropeas (art. 129D TCE), cooperación al desarrollo (art. 130 W TCE); medidas de aplicación de la política exterior y de seguridad común (art. J-3 TUE) y de la política para asuntos de interior y justicia (art. K-3 TUE).

cluye expresamente toda armonización de disposiciones de los Estados miembros. De esta forma, tan sólo caben medidas de fomento o recomendaciones, las cuales, por cierto, también requieren el desproporcionado requisito de la unanimidad en el Consejo. Ello no puede por menos que producir extrañeza. Máxime cuando en los paralelos artículos 126 y 127 TCE (educación, formación profesional y juventud) no se exige tal requisito, remitiéndose simplemente al artículo 189 B —previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones— para las medidas de fomento y reclamando la mayoría cualificada para las recomendaciones (art. 126-4.º y 127-4.º TCE). De hecho, podría considerarse, incluso, paradójico el uso del nuevo procedimiento de codecisión, cuando se precisa en todo momento la unanimidad en el Consejo. Sobre todo, si tenemos en cuenta que en la práctica totalidad de ámbitos de nueva competencia introducidos por el TUE en los que el Consejo decide por unanimidad (16) no se remite al nuevo procedimiento del 189B (17).

En definitiva, el recién estrenado artículo 128 TCE, como supuesta inclusión de una competencia comunitaria en materia cultural en general y audiovisual en particular no aporta avance alguno. A nuestro entender, se cumple aquí mejor que en cualquier otra disposición el ya famoso adagio «dos pasos hacia adelante y uno hacia atrás», si bien con este precepto se vislumbra tan sólo el paso atrás, ya que ciertamente parece pensado más como norma de protección de las competencias nacionales en materia cultural que como una competencia para la consecución de una política comunitaria propia. De ahí que, en un sentido amplio, podría llegarse a hablar de una doble inclusión del principio de subsidiariedad en el TCE: en el artículo 3B con carácter general y en el 128 refiriéndose a un concreto campo especialmente sensible. Ello, por otra parte, no constituye ninguna

(16) Otros supuestos, además del artículo 128 TCE, en los que el TCE ha optado por la unanimidad en el Consejo son en materia de industria (art. 130-3.º TCE), determinados aspectos de la cohesión económica y social (art. 130B tercer inciso y 130D), el programa marco plurianual de las acciones de la Comunidad en materia de investigación y desarrollo tecnológico (art. 130I-1.º TCE), determinados aspectos relativos a la protección del medio ambiente (art. 130S-2) y determinados aspectos de la política social (art. 2-3.º del Acuerdo anexo al protocolo sobre la Política Social celebrado entre los Estados miembros de la CE a excepción del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

(17) Además de en materia cultural se hace tal remisión al procedimiento de codecisión en el emparentado programa marco plurianual de las acciones de la Comunidad en materia de investigación y desarrollo tecnológico (art. 130I-1.º TCE).

excepción en el Tratado ya que lo propio cabría predicar de otras ámbitos igualmente sensibles (18), particularmente en materia social (19) y de medio ambiente (20). A este respecto, resulta bien significativo que el Consejo Europeo de Edimburgo estableciera explícitamente que el principio de subsidiariedad «contribuye al respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros [y] salvaguarda sus atribuciones» sin que en ningún momento se haga referencia a un correlativo efecto integrador o una eventual potencialidad expansiva comunitaria que parte de la doctrina ha querido vislumbrar en la subsidiariedad (21).

III. REPERCUSIONES EN MATERIA AUDIOVISUAL

Todas las aseveraciones anteriores que, respecto a los requisitos operativos del principio de subsidiariedad, derivan de la exigencia de los artículos 3B y 128 TCE son fácilmente deducibles desde la perspectiva doctrinal, mas en la práctica encuentran enormes dificultades para determinar su operatividad concreta, especialmente la valoración del margen de apreciación o discrecionalidad (*Ermessenspielraum*) que asuma la Comisión (22)

(18) Vid. artículos 118A, 126, 127, 129, 129A, 129B, 130 y 130G TCE. Lo propio cabría decir del artículo 2 del Acuerdo sobre Política social o del artículo K-3, apdo. 2.º, letra b TUE.

(19) Cfr. REH, H. U.: «Europäische Sozialpolitik und Subsidiarität», en MERTEN, D. (coordinador): *Die Subsidiarität...*, cit., págs. 61-76.

(20) Cfr. THIEFFRY, P.: «Politique de l'environnement et subsidiarité», *RMUE*, 3/1994. En parecido sentido, BARNES VÁZQUEZ, J.: «El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las comunidades Autónomas», en AA. VV.: *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 509-596, especialmente pág. 545.

(21) Vid. Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, cit., pág. 378.

(22) La manifiesta dificultad intrínseca de un control judicial del margen de apreciación se agudiza en el caso de la Comisión, si cabe, aún más porque el TJCE no contará con ningún apoyo doctrinal o jurisprudencial externo. La doctrina clásica del principio de subsidiariedad que envuelve al artículo 128 TCE, muy particularmente la de cuño alemán, lo concatena indefectiblemente al federalismo (vid. *in extenso* HAILBRONNER, K.: *loc. cit.*, pág. 485; HERZOG, R.: «Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung», en *Der Staat*, 1963, págs. 399-402; ISENSEE, J.: *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlín, 1968 (especialmente págs. 37 y ss.); KÜHNHARDT, L.: «Föderalismus und Subsidiarität», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 45/

como motor legislativo y depositaria del monopolio de propuesta (23). Con todo, el tema resulta particularmente problemático en todo lo relativo a la materia audiovisual ya que ésta, para acallar la insistente crítica de la doctrina alemana (24), ha sido incluida explícitamente dentro de la políti-

1991, pág. 37, especialmente págs. 42-44; MERTEN, D.: «Subsidiarität als Verfassungsprinzip», en *ibidem* (coordinador), *op. cit.* (*Die Subsidiarität Europas...*), páginas 77-96, especialmente págs. 83-89; STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª edición, 1994, tomo 1, § 19 II 4, con abundantes referencias bibliográficas. Existen, con todo, autores que ponen en duda la relación entre el federalismo y la subsidiariedad, vid. por todos LECHELER, H.: *Das Subsidiaritätsprinzip — Strukturprinzip einer europäischen Union*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1993, en particular pág. 36). Sin embargo, el TUE, por expresa exigencia de la delegación británica, dejó caer de su artículo A el término «federal» para incorporar el más neutro y ambiguo de «cercanía de las decisiones a los ciudadanos». La subsidiariedad quedaba así despojada de su entorno jurídico natural y ligada a dos principios, los de transparencia y legitimidad democrática, ambos de muy difícil control judicial (cfr. LODGE, J.: «Transparency and Democratic Legitimacy», en *Journal of Common Market Studies*, 3/1994, págs. 343-368, especialmente págs. 345-349). De esta manera el operador jurídico comunitario se ve privado del valioso elemento de anclaje que hubiera representado la jurisprudencia que el *Bundesverfassungsgericht* alemán laboriosamente ha construido al respecto. Jurisprudencia que hubiera resultado especialmente útil en lo relativo al control del margen de apreciación (*Ermessensspielraum*).

(23) Especialmente relevante para controlar el margen de apreciación de la Comisión será el deber de motivación que impone el nuevo artículo 190 TCE; cfr. al respecto LENAERTS, K./YPESELLE, P. van: *loc. cit.*, págs. 75-80.

(24) La doctrina constitucionalista alemana había criticado con gran dureza que la CE pudiera actuar en materia audiovisual sin que el Tratado contuviera ningún tipo de atribución expresa. Reclamaban la inclusión de una referencia al sector audiovisual que preservara plenamente el núcleo de la competencia exclusiva que los *Länder* alemanes tienen en la materia. Algunos relevantes ejemplos de esta postura son BÖRNER, B.: «Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Regelung einer Rundfunkordnung», en *Zeitschrift für Urheber- und Medierecht*, 12/1985, págs. 577-587; DELBRÜCK, J.: *Die Rundfunkhoheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht* (dictamen emitido a petición de los *Länder* alemanes), un resumen se encuentra publicado en *Mediaperspektiven*, 1/1987, págs. 55-58; HOFFMANN-RIEM, W.: «Europäisierung des Rundfunks, aber ohne Kommunikationsverfassung?», en *ibidem: Rundfunk im Wettbewerb*, Baden-Baden, 1988, págs. 201-233 (especialmente págs. 204 y 218); OSSENBÜHL, F.: *Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*, Beiträge zum Rundfunkrecht 34, Frankfurt, 1986. La postura beligerante de los *Länder* puede detectarse con toda nitidez en algunos documentos oficiales del *Bundesrat*, sobre todo *BR-Drucksache* 259/86, especialmente en su punto 2.º, y *BR-Drucksache* 462/89, pág. 5.

ca cultural reseñada como uno de los ámbitos sujetos a la simple cooperación entre los Estados (art. 128-2.º TCE). La cuestión clave es, por tanto, saber si con el principio de subsidiariedad y con el artículo 128 la Comunidad puede actuar para armonizar normas relativas a la actividad de radiodifusión televisiva.

Para dar adecuada réplica a esta cuestión habrá que diferenciar entre una consideración *de lege lata* y *de lege ferenda*.

1. *De lege lata: El programa MEDIA y la Directiva «televisión sin fronteras»*

Ya antes de la inclusión del artículo 128 en el TCE la Comunidad había intervenido en diversas ocasiones en materia audiovisual, pudiendo llegar a hablarse de una incipiente política audiovisual. Los dos instrumentos principales son, sin duda, la controvertida Directiva «televisión sin fronteras» (25), tardíamente traspuesta a nuestro Derecho nacional (26), y el programa MEDIA (27). Estos, particularmente la Directiva, se fundamentan en una reiterada jurisprudencia del TJCE, según la cual la actividad de radiodifusión televisiva es una prestación de servicios en el sentido de los artículos 59 y ss. TCE (28). Por tanto, cabe una acción normativa en

(25) DOCE L 298 de 17-10-1989, págs. 23-30.

(26) Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, BOE núm. 166, de 13-7-1994, pág. 22342.

(27) Cfr. Decisión 90/685/CEE, de 21-12-1990, del Consejo sobre la ejecución del Programa MEDIA, DOCE L 380, de 31-12-1990, págs. 37-40. Para profundizar en su contenido, vid. las dos proposiciones de la Comisión al Consejo para un programa de acción para la promoción de la industria audiovisual en Europa (MEDIA), COM (90) 78 final y COM (90) 132 final. También resulta especialmente instructiva la posición mantenida por el Parlamento Europeo, DOCE C 324, de 24-12-1990. El 29 de octubre de 1993 la Comisión presentó una propuesta para la reforma del Programa MEDIA cuyo contenido es eminentemente técnico, COM (93) 462 final. Actualmente se encuentra en proceso preparatorio una nueva decisión del Consejo que apruebe el Programa MEDIA II (1996-2000). Su base jurídica será empero el artículo 130 TCE.

(28) Sobre las retransmisiones de televisión en general, vid. TJCE sentencia de 30 de abril de 1974, as. 155/73 *Sacchi*, Rec. 1974, págs. 409 y ss., especialmente pág. 427, fundamento 6, y pág. 432, tenor 1.º de la sentencia. En relación a las retransmisiones vía cable, cfr. TJCE sentencia de 18 de marzo de 1980, as. 52/79 *Debauve*, Rec. 1980, pág. 833 y ss., en particular pág. 855, fundamento 8; sentencia de 26 de abril de 1988, as. 352/85 *Bond van Adverteerders (Kabelregeling)*, Rec.

un ámbito de naturaleza cultural como el audiovisual, en cuanto actividad de carácter económico sometida a las normas del Tratado aplicables a los intercambios intracomunitarios. Con todo, tras la entrada en vigor del TUE, se escuchan voces que, en base al principio de subsidiariedad y al artículo 128 TCE, pretenden reformar a la baja —incluso derogar— la actividad normativa desplegada por la Comunidad al arropo de la jurisprudencia del TJCE, muy particularmente la mencionada directiva.

Respecto a estas normas, ya en vigor, ni el principio de subsidiariedad ni mucho menos el artículo 128 cobran relevancia alguna. En modo alguno es defendible una eficacia retroactiva de estos principios (29). Las propias conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo recogen con toda nitidez que «el principio de subsidiariedad no se refiere a las competencias atribuidas a la Comunidad Europea por el Tratado, *conforme las ha interpretado el Tribunal,*» no siendo, por tanto, susceptibles de ser puestas en tela de juicio» (30). La persecución de objetivos diferentes a los previstos en el artículo 128 TCE mediante otros preceptos del Tratado —en este caso los artículos 59 y ss.— pueden surtir perfectamente efectos que recaigan en el ámbito cultural. Propugnar, en base al principio de subsidiariedad y al artículo 128 TCE, una derogación en el sentido apuntado iría en contra del irrenunciable principio del *acquis communautaire* (31) consagrado como garantía explícita en los artículos B apdo. 5.º y M TUE (obligación de la Unión de mantener *íntegro* el acervo comunitario). Incluso lesionaría los más elementales postulados de seguridad jurídica y confianza legítima, principios ambos comunes a las tradiciones jurídicas de todos los Estados miembros de la Unión Europea y, por ende, a la propia Unión.

1988, págs. 2085 y ss., especialmente pág. 2137, tenor primero de la sentencia; sentencias de 25 de julio de 1991, correspondientes a as. C-353/89 *Comisión/Paises Bajos*, Rec. 1991, págs. I-4069 y ss., especialmente fundamentos 11 a 20 (campo de aplicación del artículo 59), y as. C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media*, Rec. 1991, págs. I-4007 y ss., en particular fundamentos 9 a 16. En idéntico sentido, sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-23/93 *TV 10 S. A./Commissariaat voor de Media* (no publicada aún en la Recopilación oficial).

(29) En este mismo sentido, vid. CONSTANTINESCO, V.: «Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité?», *RMCE*, 4/1992, págs. 227-231, especialmente pág. 229. En sentido contrario parece expresarse el Consejo Europeo de Edimburgo, cit. págs. 370-371, puntos 5 y 6.

(30) *Loc. cit.*, pág. 379 *in fine*. Subrayado añadido.

(31) Sobre el concepto y extensión del *acquis communautaire*, vid. PESCATORE, P.: «Aspectos jurídicos del acervo comunitario», en *RIE*, 1981, págs. 331-366, especialmente pág. 332.

Precisamente porque lo dicho parece una obviedad jurídica no puede sino observarse con la máxima preocupación la tendencia apuntada en el Consejo Europeo de Lisboa (32) y consolidada con toda nitidez en los de Edimburgo (33) y Bruselas (34). La Comisión, en cumplimiento del encargo que recibió en Lisboa de revisión de normas comunitarias para su adaptación al principio de subsidiariedad, no sólo ha manifestado su intención de retirar o revisar propuestas ya presentadas al Consejo y al Parlamento (35) —perfectamente factible por no formar todavía la propuesta parte del ordenamiento comunitario y encajar dentro del margen de apreciación propio de su monopolio de propuesta—, sino que incluso se manifiesta dispuesta a *derogar* determinadas reglamentaciones y *reexaminar* la legislación comunitaria (36). En modo alguno puede aceptarse como exculpatorias o aceptables las garantías y precauciones propuestas por la Comisión en el sentido de no reexaminar los actos adoptados más recientemente (37). Sobre todo, si se tiene en cuenta que tanto el memorándum franco-británico como el alemán proponen la derogación de determinadas normas comunitarias para adecuarlas a las exigencias del principio de sub-

(32) *Loc. cit.*, pág. 734, donde se establece expresamente que «se revisarán determinadas normas comunitarias para adaptarlas al principio de subsidiariedad».

(33) *Loc. cit.*, págs. 370-371 (subsidiariedad, apertura y transparencia) y 377-390 (anexos 1 y 2).

(34) Vid. Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas (10-11 diciembre 1993), publicadas en *RIE*, 1/1994, págs. 295-321, particularmente págs. 310-311. En este caso el Consejo Europeo acoge incluso «con satisfacción» la posición de la Comisión y le propone «*abrogar* diversos actos legislativos vigente y simplificar o refundir otros» (subrayado añadido).

(35) En el Consejo Europeo de Edimburgo la Comisión se comprometió formalmente a retirar no menos de una veintena de propuestas. Dentro de ellas se encontraban algunas de las que más polémica habían levantado en algunos de los Estados miembros, habiéndose llegado incluso a un ridiculización casi grosera en determinados medios de comunicación. Ejemplos de ellas son las propuestas de Directivas sobre mantenimiento de los animales en zoológicos, etiquetado del calzado, aumento de las franquicias para el combustible contenido en los depósitos de vehículos utilitarios, imposición indirecta en las transacciones de títulos, modificación de la sexta directiva del IVA, responsabilidad de los prestatarios de servicios, etc.

(36) Cfr. Informe de la Comisión sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad —COM (93) 545 final— y la buena acogida que ello tuvo en el Consejo Europeo de Bruselas.

(37) En el aludido Informe de la Comisión se cifra este criterio temporal en dos años.

sidiariedad (38). Si lo propio se hiciera con la Directiva de televisión se estaría desmantelando una norma básica del Derecho Comunitario que, como tal, forma parte del acervo comunitario. La Unión Europea se desviaría, por tanto, del objetivo básico marcado por el artículo B de mantener *íntegramente* tal acervo y, en su caso, desarrollarlo. Cuestión bien diferente es que por motivos de oportunidad política o de operatividad jurídica se considerase pertinente —dando cumplimiento a lo que de hecho exige el artículo 4 de la propia Directiva— modificar alguna de las disposiciones previstas en la Directiva para adaptarlas a la nueva realidad, v.gr. en materia de cuotas de pantalla para obras de origen europeo.

2. *De lege ferenda*

Con independencia del futuro que depare al controvertido principio de subsidiariedad como tal (39), la eficacia del artículo 128 en el sector audiovisual será más que limitada. En primer lugar, porque sigue plenamente vigente la interpretación suministrada por el TJCE en relación a la consideración de la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios en el sentido del artículo 59 TCE. Es así que, como quiera que el TUE ha mantenido intacto este precepto, se podrá seguir dictando medidas armonizadoras —expresamente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 128— en virtud del artículo 57-2.º (40), eso sí bajo la cobertura del nuevo procedimiento de codecisión. Tal y como admitió el Con-

(38) El primer memorándum fue elaborado con ocasión de la cumbre que Francia y el Reino Unido el 26 de julio de 1993. El segundo fue presentado unilateralmente por el Estado alemán a la Comisión a finales del año 1993.

(39) Cfr. SCHELTER, K.: «Subsidiarität — Handlungsprinzip für das Europa der Zukunft», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, pág. 217.

(40) El párrafo 2.º del artículo 57 se mantiene, prácticamente, inmodificado salvo la remisión al nuevo procedimiento del 189 B. De una atenta lectura se desprende igualmente un leve cambio lingüístico al cambiar la posición sintáctica de la frase «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo» situada hasta ahora al principio del artículo («Con el mismo fin, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea...») y pasando ahora al segundo inciso del párrafo segundo («Será necesaria la unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, para aquellas directivas cuya ejecución...»). Parece del todo punto indefendible exigir la propuesta de la Comisión y la consulta al Parlamento Europeo (denominado ya definitivamente como tal en lugar de Asamblea) tan solo cuando sea necesaria la unanimidad.

sejo Europeo de Edimburgo, lo recogido en el nuevo artículo 128 «no significa que la persecución de otros objetivos comunitarios mediante artículos del Tratado que no sean [el artículo 128] no pueda surtir efectos» en dicho ámbito (41).

Por tanto, la actividad audiovisual sigue poseyendo, junto a su dimensión cultural, un indudable elemento económico (42). Tan sólo respecto a la primera opera el artículo 128 TCE. De hecho, la inclusión del sector audiovisual en el artículo 128 lo es única y exclusivamente en relación a las acciones encaminadas a la «mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos», «la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea», «los intercambios culturales no comerciales» y «la creación artística y literaria». Esto es, la dimensión netamente cultural del fenómeno audiovisual. Por otra parte, la dimensión comercial de los intercambios culturales en materia audiovisual no se ve en modo alguno afectada por el artículo 128 TCE (43), resultando cubierta por otras disposiciones del tratado —fundamentalmente las libertades fundamentales— que en virtud del principio de atribución expresa de competencia (artículo E TUE y artículos 3B, párrafo primero y 4-1.º TCE) conceden a la Comunidad poder suficiente para emprender acciones en la materia.

En segundo lugar, la eficacia del artículo 128 TCE será muy limitada en el sector audiovisual porque tanto este precepto como, sobre todo, el principio de subsidiariedad del artículo 3B TCE no resultan aplicables a aquellas materias que sean competencia exclusiva de la CE (44). De la

(41) Consejo Europeo de Edimburgo, cit., pág. 381, nota 4.

(42) Cfr. LEISTER, K. D.: «Fernsehen in Europa: Kultur- oder Wirtschaftsfaktor?», en AKW (editor): *Europafernsehen und Werbung*, Baden-Baden, 1987.

(43) El TJCE ha considerado en diferentes ocasiones la diferencia existente ente la dimensión propia de un fenómeno religioso (TJCE sentencia de 5-10-1988, as. 196/87 Steymann/Staatssecretaris van Justitie, Rec. 1988, págs. 6160-6175, especialmente pág. 6173, fto. 14), cultural (TJCE as. C-353/89 Comisión/Países Bajos, *loc. cit.*; as. 52/79 Devaube, *loc. cit.*) o deportivo (TJCE sentencia de 12-12-1974, as. 36/74 BNO Walrabe y LSN Koch/Association Union cycliste Internationale, Rec. 1974, págs. 1405-1422, pág. 1418, fto.4) y su dimensión económica en cuanto relevante para el Derecho Comunitario.

(44) A la ya conocida ausencia de listado de competencias sobre las que no opera el principio de subsidiariedad se añade la falta de acuerdo doctrinal sobre el concepto y alcance práctico de la competencia exclusiva comunitaria, debiéndonos dejar guiar en este aspecto por lo establecido por la Comisión. Vid. Comunicación de la Comisión de 27-10-1992 sobre aplicación del principio de subsidiariedad, SEC

propia formulación del artículo 3B TCE —pese a la imprecisa y poco afortunada formulación (45)— y de una interpretación doctrinal unánime se deduce claramente que, en cuanto a su ámbito de aplicación, el principio de subsidiariedad opera únicamente en relación a las competencias compartidas, ya que en las exclusivas de la Comunidad ésta se encuentra legalmente *obligada* a actuar y los Estados tan sólo estarían legitimados para suplirla transitoria y provisionalmente en el supuesto de falta de ejercicio de la competencia (46). Todo ello, bien entendido que el principio de subsidiariedad tan sólo regula el *ejercicio* de estas competencias compartidas (47) y en modo alguno el reparto mismo (48). Y tal es el caso en la dimensión económica del sector audiovisual: la supresión de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales se encuentra dentro del ámbito de competencias exclusivas de la Comunidad (49).

En tercer lugar, porque en relación a eventuales materias de carácter estrictamente cultural —sin proyección económica relevante para el Derecho Comunitario Europeo— la formulación del artículo 128 es tan vaga e imprecisa y el poder atribuido a los Estados miembros tan amplio (unanimidad en el Consejo) que, salvo en aspectos residuales, la intervención comunitaria se vislumbra en la práctica casi imposible.

(92) 1990 final (8772); vid. al respecto EHLERMANN, C. D.: «Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité», en *RMUE*, 4/1992, págs. 215-217.

(45) Cfr. STEIN, T.: *loc. cit.*, pág. 23. Por otra parte, esta imprecisión y oscuridad en la redacción no es defecto atribuible únicamente a este precepto; cfr. al respecto RESS, G.: *loc. cit.* («Die neue Kulturkompetenz...»), pág. 948.

(46) Cfr. MANGAS MARTÍN, A.: *loc. cit.*, págs. 42-43.

(47) BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, pág. 782; BRIBOSIA, H.: *loc. cit.*, págs. 178-179; MARTENS DE WILMARS, J.: *loc. cit.*, págs. 196-197. STAUFFENBERG, F. L. G./LANGENFELD, Ch.: *loc. cit.*, pág. 255.

(48) En sentido contrario se manifiestan SCHMIDHUBER, P./HITZLER, G.: *loc. cit.*, pág. 725, quienes consideran que el principio de subsidiariedad delimita materialmente el ámbito de competencias mismas de la CE y de los Estados

(49) Cfr. Comunicación de la Comisión, *loc. cit.* No parece pertinente abordar con detalle la distinción entre competencias exclusivas por naturaleza (derivadas de una disposición del Tratado e irreversibilidad de la competencia) o por ejercicio (el Derecho derivado ha ido excluyendo progresivamente toda acción nacional y cabe una reversibilidad por ejercicio posterior contrario); cfr. LENAERTS, K./YPERSELE, P. VAN: *loc. cit.*, págs. 13-28. En todo caso, si se acepta tal distinción las competencias para adoptar medidas que eliminen los obstáculos a libre circulación de programas televisivos parece que encaja sin mayores dificultades dentro de la primera categoría.

Y por último, en determinados supuestos podría incluso seguir recurriéndose al artículo 235 TCE para adoptar medidas en materia cultural que vayan más allá de la mera complementariedad y respondan a alguno de los objetivos previstos en el Tratado (50). Pero, en la práctica, tan sólo será posible en supuestos residuales. Habrá que excluir, sin duda, la utilización del artículo 235 para la adopción de medidas armonizadoras encaminadas al logro de los objetivos que se enuncian en el artículo 128. El TJCE ha reiterado hasta la saciedad que «el recurso al artículo 235 como base jurídica de un acto tan sólo está justificado cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a los órganos comunitarios la competencia necesaria» (51). De esta manera, acciones como las previstas en el programa MEDIA (dictado en su momento al arropo del artículo 235) deberán ampararse en el futuro en el artículo 128 TCE con las limitaciones que ello supone, o en su caso en el nuevo artículo 130 TCE (política industrial), también introducido por el TUE.

IV. CONCLUSIONES

— La materia cultural no es ni una competencia exclusiva de la CE ni una competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros. Se trata de una simple competencia *complementaria* a la que de modo originario disponen los Estados.

— Como quiera que no es una competencia exclusiva de la CE, opera el principio de subsidiariedad de modo general, pudiéndose considerar el artículo 128 TCE como una manifestación específica de aquél en la que además resulta especialmente obstaculizada la intervención comunitaria. Dicho de otro modo, existe una doble inclusión del principio de subsidiariedad, una en el artículo 3B con carácter general y otra en el artículo 128 con carácter particular.

— El sector audiovisual queda *lex generalis* incluido dentro del ám-

(50) Cfr. en este sentido, v.gr., BOHR, K./ALBERT, H.: «Die Europäische Union — das Ende der eigenständigen Kulturpolitik der deutscher Bundesländer?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1993, pág. 61, especialmente pág. 65.

(51) TJCE sentencia de 26-3-1987, as. 45/86 Comisión/Consejo, Rec. 1987, págs. 1493-1523 (pág. 1520, fto. 13); sentencia de 30-5-1989, as. 242/87 Comisión/Consejo (ERASMUS), Rec. 1989, págs. 1425-1460 (pág. 1452, fto. 6). Cfr. igualmente las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, *loc. cit.*, pág. 381, nota 4.

bito de aplicación del artículo 128-2.º *in fine* TCE. Sin embargo, en su dimensión económica, la actividad de radiodifusión televisiva sigue considerándose como una prestación de servicios en el sentido de los artículos 59 y ss. TCE. Por ello, la Comunidad sigue disponiendo *lex specialis* de una competencia exclusiva —y por ello ajena al principio de subsidiariedad— para dictar disposiciones armonizadoras en aquellas materias «concretas» que resulten imprescindibles para eliminar los obstáculos existentes a la libre circulación de servicios (programas) televisivos. En base a ella podría elaborarse por ejemplo una Directiva en materia de radio.

— El artículo 128 TCE resulta, al menos en materia audiovisual, superfluo. En lugar de introducir una atribución de competencia suficiente para articular una verdadera política comunitaria en materia cultural supone en la práctica una negación de la actividad comunitaria en un sector básico para superar el actual reduccionismo económico y monetarista que domina el modelo de integración utilizado hasta hoy y especialmente criticado con ocasión de los procedimientos de ratificación del TUE, particularmente en aquellos Estados donde tuvieron lugar *referenda*. Incluso la propia interpretación aportada por el TJCE antes de la inclusión del artículo 128, por tanto con una falta de atribución de competencia nítida, era más generosa que la nueva base legal en la materia.

— El recurso al artículo 235 TCE muy difícilmente podrá vaciar de contenido lo previsto en el artículo 128. Su futura operatividad en materia cultural resulta más que dudosa tras la expresa inclusión del último en el TCE y absolutamente inviable para medidas armonizadoras.

En definitiva, la CE está aún muy lejos de haberse dotado de resortes suficientes para superar su tradicional miopía en materia cultural. El amplio TCE bien podría haberse ahorrado un artículo, con lo que se hubiera evitado el actual peligro de obstaculizar la evolución legislativa comunitaria en materia audiovisual.

Para concluir esta nota sobre la atribución de competencia a la Comunidad en materia cultural, quizá convenga traer a colación el origen eminentemente cultural de la idea de Europa. A Erasmo de Rotterdam y a su posterior seguidor incondicional, Voltaire, obsesionaba la consecución de una Europa que fuese, ante todo, una unidad cultural, una sociedad de los espíritus anudada por la diversidad nacional de las ciencias, las artes, las letras (*Siècle de Louis XIV, cap. XXXIV*). Unidad cultural que, como des-

pués Guizot asevera con atino de enorme vigencia actual, «no anula la variedad; al contrario, es como un raro perfume compuesto de mil esencias distintas» (52).

(52) Vid. CHABOD, F.: *Historia de la idea de Europa*, EDERSA, Madrid, 1992, especialmente págs. 107 y 144.

