

LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE
LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS:
SOBRE EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE
LA FLEXIBILIDAD, LA EFICACIA
Y LA TRANSPARENCIA

Por JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES*

SUMARIO:

I. LOS ASPECTOS GENERALES: LA CUESTIÓN DE LAS COMPETENCIAS COMO PARTE DEL DEBATE CONSTITUCIONAL POST-NIZA.—II. EL ACTUAL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. LA FALTA DE UN CATÁLOGO DE COMPETENCIAS. 2. LAS NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS: 2.1. *Normas competenciales positivas*. 2.2. *Normas competenciales negativas*. 3. LA NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS: EXCLUSIVAS, COMPARTIDAS Y COMPLEMENTARIAS. 4. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS.—III. LA REFORMA DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS: 1. DELIMITACIÓN VERTICAL DE COMPETENCIAS. 2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. 3. EL CONTROL DE CONTROVERSIAS COMPETENCIALES. 3.1. *El control político*. 3.2. *El control judicial*. a) La infundada desconfianza ante un control judicial ejercido por el Tribunal de Justicia. b) La creación de un Tribunal *ad hoc*. c) La posibilidad de un recurso previo. d) Mejoras puntuales del actual sistema de control judicial.—IV. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Derecho Comunitario Europeo) de la Universidad de La Rioja. Titular de la cátedra *Jean Monnet*.

I. ASPECTOS GENERALES: LA CUESTIÓN DE LAS COMPETENCIAS COMO PARTE DEL DEBATE CONSTITUCIONAL POST-NIZA

El marco constitucional de la Unión Europea se funda en los irrenunciables principios de Estado de Derecho y democracia, explícitamente recogidos en los tratados constitutivos como inspiradores del Derecho Comunitario Europeo (art. 6.1 TUE). Como consecuencia de ellos, de la misma manera que la evolución del sistema institucional ha respondido a una constante tensión entre la eficacia y la legitimidad democrática¹, el sistema competencial ha tendido igualmente hacia la búsqueda de un equilibrio entre tres elementos no fácilmente reconciliables: la eficacia, la transparencia y la flexibilidad.

Hasta ahora, sin embargo, en el sistema de competencias de la Unión Europea ha habido un claro predominio de los elementos de la eficacia y, sobre todo, de la flexibilidad. La consecución del objetivo de lograr «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» (art. 1 TUE) ha requerido, en efecto, de un sistema competencial particularmente flexible y dinámico con mecanismos que permitieran a la Comunidad una intervención eficaz en los ámbitos necesarios para lograr los fines que le son propios dentro de un proceso que por definición es abierto.

Pero se ha hecho al precio de una excesiva complejidad y opacidad que en la actualidad casa mal con la necesaria claridad exigida a cual-

¹ El reflejo de esta tensión en anteriores reformas de los Tratados puede verse en MANGAS MARTÍN, A.: «Democracia y eficacia en la UE ampliada: el restablecimiento de los equilibrios globales en el sistema de votaciones en el Consejo», *Gaceta Jurídica de la CE*, B-112, abril 1996, pp. 7 y ss.; *id.*: «La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la UE: reflexiones generales críticas», en AAVV, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1055 y ss. BOIXAREU CARRERA, A.: «Los grandes principios inspiradores del Tratado de Amsterdam», en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.): *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, pp. 19 y ss. En relación con la última de las reformas, véase MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: «El Tratado de Niza: ¿una invitación al «intergubernamentalismo mágico»?», en *id.* (coord.), *El Tratado de Niza - Análisis, comentarios y textos*, Colex, Madrid, 2002, pp. 113 y ss., que analiza las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza desde la perspectiva de la eficacia (pp. 121-128) y la democracia (pp. 129-138); igualmente ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: «La reforma institucional en el Tratado de Niza: la búsqueda del círculo cuadrado», en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), *op. cit.* (*El Tratado de Niza*), pp. 41 y ss.

quier texto constitucional. No resulta, así, casual que la conocida declaración 23 del Tratado de Niza relativa al futuro de la Unión incluyera en un destacado lugar de la agenda de la próxima CIG, prevista para el 2004, la cuestión de tratar la «forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la UE y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad»².

En Niza resultó imposible aparcar de nuevo un debate competencial que ya había aflorado también en Maastricht y Amsterdam. Dos eran los elementos que, a nuestro juicio, habían cambiado. En primer lugar, los *Länder* alemanes (que ciertamente también habían abanderado en Maastricht y Amsterdam la discusión del tema³) subordinaron con toda rotundidad la propia ratificación del Tratado de Niza que saliera de la CIG'2000⁴ a que, entre otros aspectos, se clarificara definitivamente la delimitación competencial vertical y se reforzara la función del principio de subsidiariedad como dique de contención de un ejercicio de competencias por la Unión que, a su juicio, viene provocando una progresiva erosión competencial de los *Länder* a través del Derecho Comunitario Europeo⁵. En segundo lugar, en los momentos finales de la CIG'2000 resultaba ya evidente que el denominado, con cierto eufemismo, «proceso post-Niza» tendría una

² DOCE C 80 de 10.3.2001, p. 85.

³ Véase, por ejemplo, la Resolución del *Bundesrat* alemán de 15 de diciembre de 1995 a propósito de la CIG'1996, *BR-Drucksache* 667/95.

⁴ Resolución del *Bundesrat* alemán de 10 de noviembre de 2000, *BR-Drucksache* 680/2000 sobre la reforma institucional y el desarrollo futuro de la Unión Europea.

Especialmente rotundos y esclarecedores resultaron los discursos del presidente del *Land* de Renania del Norte-Westfalia, W. CLEMENT, pronunciado el 30 de agosto de 2000 ante su Parlamento regional (Sesión plenaria 13/5, p. 168, A-200B), así como el pronunciado igualmente por el presidente de la Baja Sajonia, S. GABRIEL, también ante su Parlamento regional, en este caso el 21 de junio de 2000 (*Drucksache* 14/1706). Igualmente el presidente de Sajonia, K. BIEDENKOPF, en una conferencia en la Universidad von Humboldt de Berlín, <http://www.whi-berlin.de/Biedenkopf.htm>.

⁵ A este respecto puede destacarse el completo trabajo de REICH, D. O.: «Zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2001, pp. 1 y ss., especialmente pp. 2-13. Los ámbitos competenciales más afectados serían los de educación, cultura, radiodifusión, medio ambiente, política estructural regional y de fomento económico, política agrícola, política financiera e impositiva, Derecho electoral local, Derecho de funcionarios, etc.

En la doctrina anterior véase ZULEEG, M.: «Die Stellung der Länder und Regionen im europäischen Integrationsprozeß», *Deutsches Verwaltungsblatt* 1992, pp. 1329 y ss.

evidente dimensión constitucional⁶ dentro de la cual la cuestión competencial estaba llamada a ser uno de sus temas clave. A la postre no puede ignorarse que hablar sobre competencias es hablar de poder por lo que representan el núcleo —o al menos el punto de partida— de las propuestas que los principales líderes europeos habían lanzado a lo largo del mismo año 2000 dentro del debate sobre la futura Constitución europea, particularmente la de Joschka FISCHER, de 12 de mayo de 2000 en la Universidad berlinesa von Humbolt sobre una «Federación europea» (*Europäische Föderation*)⁷.

Por otro lado, en la doctrina el debate sobre el sistema de competencias de la Unión Europea tampoco arranca con el Tratado de Niza, si bien es evidente que la inclusión de la Declaración 23 ha desencadenado un renovado interés por el tema⁸. Durante largo tiempo fue una cuestión in-

⁶ Sobre la dimensión constitucional, véase DíEZ-PICAZO, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La Constitución de la UE: reflexiones acerca de un debate constitucional pendiente», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *El futuro de la Unión Europea - Unión política y coordinación económica*, Dykinson, 2002, pp. 37 y ss.; WEILER, J. H. H.: *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; PIRIS, J. C.: «L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1999, pp. 599 y ss.; MAGNETE, P. (ed.): *La Constitution de l'Europe*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 2000; OETER, S.: «Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, pp. 901 y ss.

⁷ El texto en español se encuentra en ALDECOA LUZÁRRAGA, F.: *La integración europea - Análisis histórico-institucional con textos y documentos II: Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 774-778; más específicamente referido a la cuestión competencial puede consultarse también su posterior discurso (noviembre de 2000) ante el Parlamento belga; <http://www.auswaertiges-amt.de>. Un amplio análisis de esta posición se encuentra en HRBEK, R.: «Europäische Föderation durch Verfassungsvertrag-Joschka Fischer Leitbild und der Beginn einer neuen europapolitischen Orientierungsdebatte», en HIERZINGER, P./POLLAK, J. (eds.), *Europäische Leitbilder-Festschrift für Heinrich Schneider*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, pp. 35 y ss.

⁸ BOGDANDY, A von/BAST, J.: «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La enrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.; se trata en lo básico de una traducción de un trabajo publicado anteriormente en alemán («Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union - Rechtsdogmatischer Bestand und verfassungspolitische Reformperspektiven», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2001, pp. 441 y ss.); existe también una versión en inglés («The European Unions' vertical order of competences: the current law and proposals for

comprensiblemente relegada⁹, pero durante la década de los noventa la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, y con él la inclusión del controvertido principio de subsidiariedad, provocó la realización de estudios jurídicos que intentaron bien sistematizar el peculiar y complejo sistema de competencias de la CE¹⁰, bien abordar la concreta problemática (nuclear) sobre los límites de las competencias mismas¹¹.

En este marco, trataremos de trazar ahora desde una perspectiva marcadamente jurídica el alcance y problemas que plantea el ambicioso (y a la vez difuso) objetivo de «establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad». Ello teniendo bien presentes los trabajos que la Convención¹² y las instituciones comunitarias, par-

its reform», *Common Market Law Review* 2002, pp. 227 y ss.); DíEZ-HOCHLEITNER, J.: «El futuro sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *op. cit.* (*La encrucijada constitucional...*), pp. 85 y ss. Véase igualmente MAYER, F. C.: «Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte», *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2001, pp. 577 y ss.; PERNICE, I.: «Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsbund», *Juristen-Zeitung* 2000, pp. 866 y ss.

⁹ El trabajo de Vlad CONSTANTINESCO de 1974 representó durante muchos años casi la única obra de referencia sobre la materia; *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1974.

¹⁰ Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997; GOUCHA SOARES, A.: *Repartição de competências e preempção no direito comunitário*, Edições Cosmos Direito, Lisboa, 1996.

¹¹ La doctrina alemana ha mostrado tradicionalmente una especial preocupación por esta difícil cuestión. Véase, por ejemplo, STEINDORFF, E.: *Grenzen der EG-Kompetenzen*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1990; BOECK, I.: *Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000. Fuera de la órbita doctrinal alemana, puede verse el interesante trabajo de DASHWOOD, A.: «The Limits of European Community Powers», *European Law Review* 1996, pp. 113 y ss.

¹² De hecho, dos de los seis grupos de trabajo constituidos inicialmente en el seno de la misma para preparar los trabajos de la Convención afectan a esta cuestión (uno sobre la subsidiariedad y otro sobre las competencias complementarias); CONV 52/02 de 17 de mayo, p. 2. Parece evidente que, en palabras del propio presidente de la Convención, «será necesario establecer nuevos grupos a la luz de los debates subsiguientes en el pleno», CONV 55/02 de 22 de mayo de 2002, *Intercambio de correspondencia*, p. 4.

ticularmente el Parlamento Europeo¹³ y la Comisión¹⁴, están llevando a cabo.

II. EL ACTUAL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. LA FALTA DE UN CATÁLOGO DE COMPETENCIAS

Es bien conocido que la práctica totalidad de las Constituciones de los Estados en los que existe una descentralización competencial —básicamente las de corte federal— recogen un catálogo en el que se enumeran las competencias atribuidas a la Federación y que, como afirma FROWEIN, cuanto más reciente es la Constitución más detallado es su catálogo competencial¹⁵. El resto de competencias son propias de los Estados, de manera que opera una presunción competencial en favor de los entes inferiores que adquiere también la función de cubrir eventuales lagunas respecto a competencias no previstas en los catálogos. Se realiza, pues, una distribución competencial *ratione materiae* a partir de la que, al menos teóricamente, ha de resultar posible saber si una materia concreta entra dentro de la esfera competencial del ente superior o de los entes inferiores. Los Tratados constitutivos ni contienen un catálogo de competencias ni siquiera regulan la cuestión en forma de materias, sino que lo hace en forma de objetivos a realizar, de funciones a cumplir.

Así, el artículo 2 TCE encomienda a la Comunidad una serie de *misiones* de manera tan genérica y nebulosa que quizás resulte más propia

¹³ Informe de Alain LAMASSOURE (Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo) de 24 de abril de 2002 sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros; A5-0133/2002, PE 304.276. Con todo, es resaltable que el informe finalmente aprobado ha suavizado notablemente los postulados sostenidos anteriormente por el ponente; proyecto de informe de 6 de febrero de 2002, PE 304.276, pp. 19-21. Piénsese que en el debate del pleno (15 de mayo de 2002) el eurodiputado Íñigo MÉNDEZ DE VIGO llegó a afirmar que «de su propuesta original no queda ni un solo artículo tal como él lo había redactado».

¹⁴ Comunicación de la Comisión de 22 de mayo de 2002, *Un proyecto para la Unión Europea*, COM (2002) 247 final.

¹⁵ FROWEIN, J. A.: «Konkurrierenden Zuständigkeiten und Subsidiarität: Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen», en AAVV, *Wege und Verfahren des Verfassungslebens (Festschrift für Peter Lerche)*, Beck, Munich, 1993, pp. 401 y ss., especialmente p. 401 *in fine*.

del preámbulo o de una declaración programática de intenciones que del articulado de la *Carta Constitucional* comunitaria. Máxime, si se tiene presente que no puede ser en modo alguno susceptible de crear por sí mismo derechos y obligaciones¹⁶, aunque efectivamente sí haya jugado un importante papel interpretativo en la jurisprudencia del TJCE¹⁷. Para contribuir a concretar la generalidad y abstracción de los objetivos del artículo 2 TCE el Tratado fija un doble elemento instrumental. De una parte, el establecimiento de un mercado único (art. 3 TCE). De otra parte, el establecimiento de una unión económica y monetaria basada en una estrecha coordinación de las políticas económicas estatales (art. 4 TCE).

Con todo, la clave de bóveda del sistema competencial comunitario se encuentra en el artículo 5 TCE: recoge el principio de atribución expresa de competencias como criterio rector de asignación de competencias en las organizaciones internacionales; reconoce implícitamente la categorización de las competencias de la Comunidad en exclusivas y no exclusivas; y respecto al ejercicio de tales competencias establece la vigencia del principio de proporcionalidad para todas ellas y del de subsidiariedad respecto a las no exclusivas.

2. LAS NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS

Para la concreta determinación del alcance y naturaleza de las competencias comunitarias¹⁸ los Tratados constitutivos recogen diversas disposiciones. Unas lo son de carácter positivo y otras de carácter negativo.

¹⁶ Por ejemplo, TJCE sentencia de de 29 de septiembre de 1987, *Giménez Zaera* (126/86, *Rec.*, p. 3697), fundamentos 10-11.

¹⁷ Véase PESCATORE, P.: «Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice», en AAVV, *Miscelanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruselas, 1972, pp. 325 y ss.

¹⁸ En este trabajo nos referiremos básicamente al ámbito de la CE más que a los pilares extracomunitarios, si bien cuando la explicación lo requiera se harán referencias puntuales a ellos.

2.1. Normas competenciales positivas

Según lo que podríamos denominar principio de legalidad positiva¹⁹ o simplemente disposiciones competenciales positivas²⁰, todo acto de Derecho derivado debe fundarse en una base jurídica recogida en los Tratados constitutivos o, en su caso, en otro acto de Derecho derivado que a su vez se funde en los referidos Tratados. Se trata de lo que tradicionalmente se conoce como *principio de atribución expresa de competencias* (art. 5.1 TCE)²¹.

Visto desde la perspectiva europea, las competencias comunitarias son competencias estatales que se atribuyen a las Comunidades Europeas para ser ejercidas por sus instituciones. Y visto desde la esfera estatal, este principio tiene atribuida la función complementaria de negar una competencia global (*Allzuständigkeit*) de la Comunidad y, a la vez, como el Tribunal Constitucional Federal alemán recordó en su conocida sentencia sobre el Tratado de Maastricht, representa una regla limitadora de competencias para proteger *a futuro* las competencias de los Estados miembros²². Además, resulta relevante recordar que el principio de atribución expresa de competencias rige para todo acto que elaboren las instituciones de la Unión, incluidas las resoluciones, dictámenes y —en contra de lo que en ocasiones suele afirmarse— hasta para los actos no previstos en el artículo 241 TCE como son, por ejemplo, las Comunicaciones de la Comisión²³.

¹⁹ BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), p. 24.

²⁰ MAYER, F. C.: *loc. cit.* («Die drei Dimensionen...»), pp. 582-583.

²¹ Véase, al respecto, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P./GONZÁLEZ VEGA, J. A./FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 99; MANGAS MARTÍN, A.: «El sistema institucional», en id./LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, 2ª ed., Madrid, 1999, pp. 39 y ss., en pp. 44 y 45; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Las competencias comunitarias», en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 11 y ss., en particular p. 14.

²² BVerfGE 89, 1555 (192-193). En español se encuentra en *Revista de Instituciones Europeas* 1993, pp. 1008-1011. Sobre esta sentencia, véase por todos STEIN, T., «La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht», *Revista de Instituciones Europeas* 1994, pp. 745 y ss.

²³ El Tribunal de Justicia anuló, por ejemplo, por falta de competencia una Comunicación elaborada por la Comisión sobre un mercado interior de los fondos de pensiones; sentencia de 20 de marzo de 1997, *Francia/Comisión* (C-57/95, *Rec.*, p. I-1627); *vid. infra*, III.3.2,a).

Este principio competencial básico se concreta, como no podía ser de otra forma, en una serie de atribuciones competenciales expresas recogidas en el articulado del Tratado que pueden ser, a su vez, según su forma, de dos tipos: específicas o generales. Las atribuciones de competencia de *carácter específico* son aquellas que se derivan de un fundamento jurídico de acción concreto y expresamente previsto en el Tratado para una materia concreta²⁴. Las de *carácter general* u horizontal son las previstas en los artículos 94 y 95 TCE, en virtud de las cuales el Consejo podrá adoptar las medidas armonizadoras (aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros) que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

Ahora bien, si la configuración del sistema competencial comunitario se hubiera realizado exclusivamente en torno al principio de atribución expresa de competencias, como es usual en las organizaciones internacionales clásicas, las posibilidades de actuación comunitaria, pese a la eventual operatividad de la teoría de los poderes implícitos (*implied powers*)²⁵ y de una interpretación judicial que busque el *efecto útil* de la norma, hubieran resultado seriamente limitadas las perspectivas de una progresiva integración.

Por ello, los tratados constitutivos recogen desde sus orígenes una *cláusula de imprevisión* (arts. 308 TCE) que tiene por objeto, en palabras del propio Tribunal de Justicia, «suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado»²⁶. Y no debe confundirse, por tanto, con la ya citada teoría de los poderes implícitos.

Aunque sistemáticamente resulte discutible su tratamiento en esta sede, no conviene cerrar este apartado sin hacer referencia a la teoría del *para-*

²⁴ Un listado de los mismos se encuentra en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *loc. cit.* («Las competencias...»), en particular p. 15, nota 9.

²⁵ En virtud de esta teoría, asumida con anterioridad por el TPJI y por el TIJ, las organizaciones internacionales gozarán también de aquellas competencias no expresamente atribuidas por el Tratado fundacional que resulten indispensables y absolutamente necesarias para el eficaz ejercicio de sus funciones. Del TPJI puede verse su dictamen consultivo de 23 de julio de 1926 (CPJI, *Rec.*, Serie B., núm. 13, p. 18); del TIJ, *Rec.* 1949, pp. 179 y ss., especialmente pp. 182-183; *Rec.* 1954, p. 57.

²⁶ Dictamen de 28 de marzo de 1996, (2/94, *Rec.*, p. 1763), apartado 29.

lelismo entre las competencias internas y externas o también llamada teoría *in foro interno in foro externo* desarrollada por el Tribunal de Justicia a partir del conocido asunto AETR. En virtud de ella, la Comunidad en todos aquellos ámbitos en que el Tratado le atribuya una competencia expresa (*in foro interno*) ostentará también una competencia externa implícita (*in foro externo*) en ese mismo ámbito²⁷.

2.2. Normas competenciales negativas

Por otro lado, según el principio de legalidad negativa²⁸ o normas competenciales negativas²⁹ toda atribución competencial de la Unión para adoptar un acto por sus instituciones está sometida al respeto de determinadas normas constitucionales que son susceptibles de limitar la intervención comunitaria. Así, podría hablarse de exclusiones o reservas competenciales *stricto sensu* y exclusiones competenciales *lato sensu*. Dentro de las primeras existen, en primer lugar, en los Tratados normas competenciales negativas de *carácter general*. Expresión de estas normas competenciales negativas de la Comunidad son fundamentalmente los ámbitos reservados a los convenios comunitarios entre los Estados miembros (art. 293 TCE), el régimen de propiedad existente en cada Estado miembro (art. 295 TCE) o los intereses esenciales de seguridad de cada Estado miembro (art. 296). En segundo lugar, existen también exclusiones competenciales de *carácter particular*. Éstas se encuentran desperdigadas a lo largo de los Tratados. Unas dentro de las diversas políticas de la CE³⁰ y

²⁷ Sentencia de 3 de marzo de 1971, AETR (22/70, Rec., p. 263).

²⁸ BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), p. 22.

²⁹ MAYER, F. C.: *loc. cit.* («Die drei Dimensionen...»), pp. 583-584.

³⁰ Como ejemplos más relevantes puede destacarse el respeto de la actuación de los servicios de interés económico general (art. 16 en relación al art. 86 TCE), la regulación entre los Estados miembros de las normas necesarias para garantizar la (mal llamada) protección diplomática y consular de los nacionales de otros Estados miembros (art. 20 TCE); el mantenimiento por los Estados miembros del orden público y salvaguardia de la seguridad interior dentro de las competencias comunitarias para construir un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 64.1 en relación al artículo 61 TCE); exclusión de la armonización comunitaria de las disposiciones nacionales sobre empleo (art. 129 *in fine* TCE); exclusión de la aplicación de la legislación penal nacional y de la administración nacional de justicia respecto de las competencias comunitarias para la adopción de medidas de fortalecimiento

otras extracomunitarias que afectan a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)³¹ y a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJMP)³². El Tratado de Niza, en esta misma línea, amplía el abanico de competencias negativas particulares³³. También constituyen, en tercer lugar, competencias negativas buena parte de las disposiciones contenidas en el elenco de protocolos anexos a los Tratados constitutivos y sus sucesivas reformas³⁴.

Por otro lado, puede hablarse de la existencia de exclusiones competenciales *lato sensu*. Se trataría, en principio, de otro tipo de disposiciones que, en principio, son ajenas al sistema de delimitación competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en sí, pero que indirectamente también representan una clara exclusión competencial. Tal es el caso, por ejemplo, de las libertades fundamentales que operan como límite a otras intervenciones comunitarias. O particularmente la referencia a que la concreta medida comunitaria no constituya una base para el establecimiento por la Comunidad, al amparo de la política comunitaria de que se trate,

de la cooperación aduanera (art. 135 TCE) y de la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad (art. 280.4 TCE); exclusión de las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal de la competencia comunitaria sobre política social (art. 137.4); exclusión de toda medida armonizadora en el ámbito de la educación (art. 149.4 TCE), la formación profesional (art. 150.4 TCE), cultura (art. 151.5 TCE) y salud pública (art. 152.4 C TCE); respeto de las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica en relación a las competencias comunitarias sobre salud pública (art. 152.5 TCE).

³¹ Tal sería el caso del respeto del carácter específico de la política de seguridad de determinados Estados, así como el respeto de las obligaciones derivadas de la OTAN respecto a la PESC (art. 17.1 TUE).

³² Por ejemplo, el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior por los Estados miembros en el ámbito de la CPJMP (art. 33 TUE).

³³ Es el caso de la exclusión de los documentos de identidad, los permisos de residencia y las normas de seguridad social del derecho de los ciudadanos a la libre circulación y residencia (futuro art. 18.3 TCE); la exclusión de las medidas armonizadoras en materia de política social (futuro art. 137.2 a TCE); o la exclusión de las disposiciones fiscales o las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores asalariados en la política industrial (futuro art. 157.3 *in fine* TCE).

³⁴ Piénsese, por sólo poner un relevante ejemplo, el relativo a la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 TCE al Reino Unido y a Irlanda, los Protocolos sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, por un lado, y a Dinamarca, por otro lado, a propósito del título IV del TCE sobre asilo e inmigración.

de medidas que puedan falsear la competencia, v.gr. en materia de industria (art. 157.3 *in fine* TCE).

Podría ser también, en segundo lugar, el caso del deber de la Unión de respetar la identidad nacional de sus Estados miembros (art. 6.3 TUE)³⁵, probablemente incluido en el Tratado para combatir el supuesto temor de los Estados miembros a una «desestatalización» por el progresivo avance del proceso de integración³⁶. A nuestro juicio, el concepto de identidad nacional debería limitarse únicamente a los elementos más irrenunciables de dicha identidad, como sería el de soberanía y la estatalidad misma (*Staatlichkeit*) o la pervivencia del Estado en cuestión, así como los valores más esenciales de cada Estado. De lo contrario nos encontraríamos, como apunta Franz C. MAYER, con la posibilidad de que se creara un orden competencial asimétrico (*asymmetrische Kompetenzordnung*), puesto que cada Estado podría tener una diferente identidad constitucional y, por ende, una diferente competencia negativa para la Unión Europea³⁷.

Por último, algunos autores se refieren igualmente al respeto de los

³⁵ Ver, por todos, el reciente trabajo de VITZTHUM, G.: «Die Identität Europas», *Europarecht* 2002, pp. 1 y ss.

³⁶ Obviamente, el principal problema, aún no resuelto, es el de concretar el alcance material del concepto de identidad nacional y particularmente el saber, llegado el caso, quién sería el encargado de determinar que una acción de la Unión afecta a esa identidad nacional de un Estado. El problema se complica aún más si se tiene presente que, a juicio de buen número de autores, el concepto de identidad nacional comprende dentro de sí al de *identidad constitucional* de cada Estado miembro. Ello se debe a que resulta extremadamente difícil determinar qué disposiciones de una Constitución nacional encajan en el concepto de *identidad constitucional* sin que ello suponga poner en riesgo los principios de autonomía y de primacía del Derecho Comunitario.

Una visión particularmente amplia se encuentra en KIRCHHOF, P.: «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», en ISENSEE, J./KIRCHHOF, P. (coords.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987, vol. 1, § 19, apdos. 47 y ss.; cfr. igualmente EPINEY, A.: «Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: <Landesblindheit> und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen», *Europarecht* 1994, p. 301 y ss., especialmente p. 307; DOHRING, K.: «Die nationale Identität der Mitgliedstaaten», en AAVV, *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 263 y ss, en particular p. 264.

³⁷ MAYER, F. C.: *loc. cit.* («Die drei Dimensionen...»), p. 591. Sobre la discusión de esta misma cuestión de los derechos fundamentales como límite a las competencias, especialmente referido a la Constitución alemana, véase el reciente trabajo de BECKER, J.: «Materielle Wirkung von Kompetenz-, Organisations- und Zuständigkeitsregelungen des Grundgesetzes», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2002, pp. 397 y ss.

derechos fundamentales (art. 6.2 TUE)³⁸ o incluso al Derecho originario en general³⁹ como elementos integrantes de estas normas competenciales negativas, lo que a nuestro juicio representa una interpretación excesivamente amplia del concepto de competencia negativa. En el primero de los casos se sobrepasa con creces el ámbito de las competencias y supone incluso una cierta devaluación del capital papel (jurídico y político) de los derechos fundamentales y en el segundo resulta una obriedad derivada del propio principio del Estado de Derecho que de ninguna manera puede existir una competencia para dictar actos contrarios al Derecho⁴⁰.

3. NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS: EXCLUSIVAS, COMPARTIDAS Y COMPLEMENTARIAS

El artículo 5 TCE distingue únicamente entre competencias exclusivas y no exclusivas de la Comunidad, si bien puede afirmarse que las competencias atribuidas a la Unión, pueden ser, según su naturaleza, de tres tipos: exclusivas, compartidas y complementarias⁴¹.

³⁸ *Ib.*, p. 589.

³⁹ BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), p. 22.

⁴⁰ Cfr. MAYER, F. C.: *loc. cit.* («Die drei Dimensionen...»), p. 584 con remisión para su desarrollo a su anterior y más completo trabajo *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung: das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über ultra vires-Akte in Mehrebenensysteme*, Beck, Munich, 2000, especialmente pp. 26-28. En general sobre el alcance del *rule of law* en la Unión Europea, puede verse FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.: *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer, La Haya, 1999. Sobre la vigencia del concepto hermano de la *Rechtsstaatlichkeit* en la Unión Europea, BUCHWALD, D.: «Zur Rolle der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union», *Der Staat* 1998, pp. 189 y ss.

⁴¹ Ciertamente, podrían clasificarse las competencias comunitarias en exclusivas y compartidas, distinguiendo en estas últimas entre concurrentes (con las de los Estados) y complementarias. Algún autor distingue entre competencias exclusivas y no exclusivas y dentro de las competencias no exclusivas diferencia a su vez entre competencias concurrentes y paralelas; establece incluso un subgrupo dentro de las competencias paralelas para referirse a las competencias no regulativas (arts. 149.4, 151.5, 152.4c y 129 TCE) que aquí hemos considerado normas competenciales negativas (*supra*, II, 22); BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), pp. 34-37. A nuestro juicio, sin embargo, en aras de una mayor claridad creemos perfectamente posible seguir hablando de las tres categorías aquí propuestas. Esta misma línea es la que parece sostenerse también en el seno de la Conven-

Reconocer a la Comunidad *competencias exclusivas* supone que los Estados pierden inmediata e irreversiblemente toda posibilidad de intervención en el ámbito competencial de que se trate. La atribución resulta, así, total, definitiva y absoluta⁴², incluso en caso de inactividad comunitaria⁴³. A esta categoría de competencias, forzosamente escasa, pertenece la política monetaria, única considerada explícitamente como tal por los Tratados (art. 106.1 TCE), así como la política comercial común (limitada de momento a las mercancías y no a los servicios y la propiedad intelectual)⁴⁴, la conservación de los recursos marinos⁴⁵ y determinados aspectos del Derecho institucional⁴⁶.

Las *competencias compartidas*, por su parte, hacen referencia a los casos en que en una determinada materia tanto los Estados miembros como la Comunidad son competentes para actuar, de manera que las condiciones del ejercicio las determina el denominado principio de la *preemption*, según el cual los Estados están habilitados para ejercer competencias compartidas mientras la Comunidad no ejerza la suya⁴⁷. Así, desde el mismo momento en que la Comunidad intervenga en ejercicio de su competen-

ción; CONV 17/02 *Descripción del sistema actual de delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros*, pp. 3-5; CONV 47/02 *Delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sistema actual problemas y vías de reflexión*, pp. 6-8.

⁴² Sentencia de 5 de mayo de 1981, *Comisión/Reino Unido* (804/79, *Rec.*, p. 1045), apartados 17-23.

⁴³ *Ib.*, apartados 20-23.

⁴⁴ Véase el Dictamen de 15 de noviembre de 1994 (1/94, *Rec.*, p. I-5267). Sobre ello véase nuestro comentario «La competencia de la CE para celebrar el Acuerdo OMC (Comentario al dictamen TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)», *Revista de Instituciones Europeas* 1995, pp. 593 y ss. Sobre el alcance de las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza en esta materia, CEBADA ROMERO, A.: «La redefinición de la política comercial común en el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 2001, núm. 212, pp. 12 y ss.

⁴⁵ TJCE sentencia de 5 de mayo de 1981, *Comisión/Reino Unido* (804/79, *cit.*)

⁴⁶ Para profundizar sobre esta cuestión, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*El sistema de competencias...*), pp. 153-158.

⁴⁷ Véase GOUCHA SOARES, A.: *op. cit.* (*Repartição de competências...*); igualmente CROSS, E. D.: «Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework of Analysis», *Common Market Law Review* 1992, pp. 447 y ss.; WELBROECK, M.: «The emergence doctrine of Community pre-emption - Consent and Re-delegation», en SANDALOW, T./STEIN, E. (eds.), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 548 y ss.

cia, queda desplazada la del Estado miembro; «ocupa el terreno» anteriormente ocupado por los Estados. A esta categoría pertenece la mayor parte de las competencias comunitarias. En concreto, todas las que no sean exclusivas y tampoco encajen en la categoría residual de las competencias complementarias que trataremos en el apartado siguiente. Con todo, una competencia originariamente compartida puede devenir con el paso del tiempo en exclusiva (o cuasiexclusiva) por una intervención exhaustiva de la Comunidad que provoque la práctica ocupación total del terreno de la competencia inicialmente compartida con los Estados⁴⁸.

Por último, *competencias complementarias* serían aquellas cuyo ejercicio por la Comunidad no priva al Estado miembro de ninguna atribución. La acción de la Comunidad lo es simplemente de apoyo (o complemento) de la competencia estatal, por lo que no desplaza en modo alguno a la estatal. Y obviamente no encajan medidas armonizadoras. Se trata fundamentalmente de competencias comunitarias en materia de educación (art. 149 TCE), formación profesional (art. 150 TCE), cultura (art. 151 TCE) y salud pública (art. 152 TCE)⁴⁹.

4. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS

Toda competencia comunitaria, con independencia de que sea exclusiva, compartida o complementaria, ha de ejercerse por la Comunidad conforme a los principios de proporcionalidad y de lealtad comunitaria.

Según el *principio de proporcionalidad* (art. 5.3 TCE) ninguna de las acciones que emprenda la Comunidad podrá exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado⁵⁰. Por otro lado, opera también el co-

⁴⁸ Tal podría ser, a nuestro juicio, el caso de la supresión de los obstáculos a la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales, la política agrícola común, particularmente los ámbitos en que existan organizaciones comunes de mercado, así como eventualmente también determinados elementos de las políticas sobre competencia o incluso de la política común de transportes. Sobre la argumentación para llegar a esta conclusión véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit. (El sistema competencial...)*, pp. 178-206.

⁴⁹ Para profundizar sobre esta categoría de competencias, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit. (El sistema de competencias...)*, p. 163 y pp. 209-214.

⁵⁰ Con anterioridad a que el Tratado incluyera el artículo 5.3 el Tribunal de Justicia había establecido ya con parecida formulación a la adoptada por el legislador: «las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no deben exceder de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido»; sentencia de 17 de mayo de 1984, *Denkavit* (15/83, *Rec.*, p. 2171), apartado 25.

nocido *principio de lealtad comunitaria*, también denominado de cooperación leal⁵¹, cuyo alcance material va más allá de lo previsto en el artículo 10 TCE. No sólo incluye obligaciones para los Estados miembros, como se desprende del citado precepto, sino que también impone a las instituciones comunitarias el deber de ejercitar sus competencias de manera leal. El precepto es, en realidad, «la expresión de la regla más general que impone a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias *deberes recíprocos* de cooperación y de asistencia leal»⁵².

Con todo, el ejercicio concreto que la Comunidad haga de las competencias que le han sido atribuidas será bien diferente según éstas sean de naturaleza exclusiva o no exclusiva. Mientras respecto a las primeras existe una obligación de actuar, las segundas precisan de determinados criterios para determinar en cada caso concreto a qué nivel, Comunidad o Estados miembros, le corresponde intervenir. Estos criterios de determinación del ejercicio de competencias no exclusivas los proporciona el *principio de subsidiariedad*, un principio de genuino cuño federal y de muy difícil concreción jurídica que introdujo el Tratado de Maastricht. La Comunidad tan sólo podrá intervenir «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario» (art. 5.2 TCE)⁵³.

⁵¹ Sobre este principio puede consultarse, por todos, el espléndido trabajo de LASO PÉREZ, J.: *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.

⁵² Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 1986, *Hurd* (44/84, *Rec.*, p. 47), apartado 38. Subrayados añadidos.

⁵³ Tres son, así, los requisitos que habrá de acreditar la Comunidad para justificar su intervención: que la Comunidad lo puede realizar *mejor* que los Estados miembros por separado (test de la eficacia comparativa); que la acción de la Comunidad resulte *necesaria* por ser insuficiente la de los Estados miembros (test de suficiencia), es decir, en el supuesto de que resulte suficiente la actuación de los Estados la Comunidad no intervendrá aunque su actuación fuere más eficaz; y que la acción pretendida, por su dimensión no meramente estatal, precise una actuación comunitaria (test de dimensión).

III. LA REFORMA DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS

La conclusión a propósito del funcionamiento del actual sistema de competencias de la Unión no puede ser en modo alguno que no haya funcionado adecuadamente. Antes al contrario. A nuestro entender, ha servido para facilitar una intervención comunitaria razonablemente eficaz en un difícil proceso de integración «cada vez más estrecho» en el que la flexibilidad y el dinamismo son elementos consustanciales al mismo. La peculiar naturaleza de un proceso de integración, que desde sus orígenes se ha concebido como un proceso abierto, difícilmente resulta compatible con propuestas que propugnan la sustitución de la actual tríada (eficacia, flexibilidad y transparencia) por un nuevo diseño en el que quedara petrificado el elemento de la flexibilidad y se limitara notablemente la eficacia a través de mecanismos rígidos de reparto competencial.

La crítica al sistema competencial de la Unión sí puede circunscribirse, empero, a dos aspectos sobre los que tendrá que centrarse la reforma. Por un lado, en la notable falta de transparencia, tanto en la delimitación vertical de las normas competenciales entre la Unión y sus Estados miembros (positivas y negativas), como en la no menos difusa delimitación *ad casum* de las competencias comunitarias exclusivas, compartidas y complementarias (III-1). Y por otro lado en la clarificación del funcionamiento de los mecanismos para la determinación del ejercicio de las competencias comunitarias, en particular el principio de subsidiariedad (III-2). Por último, a la vista de las propuestas que han surgido al arropo de las críticas generalizadas a las que se han visto sometidas las instituciones comunitarias, en particular la Comisión y el Tribunal de Justicia, resulta igualmente ineludible abordar la espinosa cuestión de la eventual necesidad de mejorar los mecanismos de control en los casos de existencia de controversias competenciales entre la Unión y los Estados miembros (III-3).

1. DELIMITACIÓN VERTICAL DE COMPETENCIAS⁵⁴

Como ya apuntaba con atino Vlad CONSTANTINESCO en 1974, la introducción de una cláusula general de reparto de competencias hubiera

⁵⁴ En este trabajo partimos de una diferenciación entre *delimitación vertical de competencias*, que hace referencia al reparto de competencias entre la Unión Euro-

resultado —y sigue resultando añadiríamos hoy— demasiado rígida para la consecución de los objetivos comunitarios⁵⁵, sobre todo porque el método de integración comunitario es de carácter funcional y dinámico. Por ello, a nuestro entender, la reforma de la CIG'2004 ha de intentar no tanto construir un nuevo sistema de competencias como clarificar el sistema ya existente. Ha de cumplir, pues, el mandato de Niza que en realidad no es otro que reforzar el elemento de la transparencia.

Con todo, tampoco debe exagerarse la falta de transparencia. No puede, por ejemplo, entenderse que en los debates en el seno de la Convención una parte de sus miembros hayan propuesto hacer más explícito el principio de atribución expresa de competencias para clarificar que la Unión y la Comunidad no pueden actuar en ámbitos en los que no se ha conferido ninguna competencia⁵⁶. El artículo 5.1 TCE, tal y como hemos expuesto anteriormente⁵⁷, recoge clara y llanamente este principio. Por ese mismo motivo nos parece innecesario acoger las propuestas en favor de «enumerar en un artículo del Tratado los casos de exclusión expresa de competencias para la Unión o la Comunidad o los ámbitos que entran dentro de las competencias legislativas de los Estados miembros»⁵⁸. Esto iría contra la racionalidad y la esencia del sistema comunitario, y además podría introducirse una rigidez contraria a la flexibilidad que pueda demandar la Unión para adaptarse en el futuro a una realidad cambiante.

Sin embargo, sí resulta necesario realizar algunas adaptaciones tendentes a lograr la citada transparencia del sistema. Podría hablarse, así, de reformas de carácter general no estrictamente competenciales y de reformas

pea y los Estados miembros (*Verbandkompetenzen, compétences*) y es la que obviamente centra el análisis, por contraposición a la *delimitación horizontal de competencias*, que se refiere al reparto de poderes entre los órganos o instituciones comunitarias (*Organkompetenzen, pouvoirs*).

En ocasiones la doctrina española emplea la expresión «competencias del ente» para traducir el término alemán de *Verbandkompetenzen* y «competencia del órgano» para traducir la *Organkompetenz*; véase, por ejemplo, la traducción de Benito ALÁEZ CORRAL del trabajo original de BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), pp. 27-29. A nuestro juicio, sin embargo, nos parece más adecuado y esclarecedor hacer referencia en español a la delimitación vertical y delimitación horizontal o, incluso, simplemente al reparto de competencias y poderes.

⁵⁵ CONSTANTINESCO, V.: *op. cit.* (*Compétences et pouvoirs...*), pp. 89-90.

⁵⁶ CONV 47/02, *cit.*, p. 13; cfr. igualmente la contribución de D. Reinhard Eugen Bösch, CONV 80/02, p. 4.

⁵⁷ *Vid. supra*, II, 2.1.

⁵⁸ CONV 47/02, *cit.*, p. 13.

particularmente ligadas al sistema de competencias. Respecto a las primeras, podría destacarse la falta de una clara diferenciación entre las funciones legislativas y administrativas dentro de la Comunidad, así como la existencia de una excesiva variedad de procedimientos legislativos que produce una cierta sensación de caos interno⁵⁹. Para abordar esta cuestión se hace necesario una reforma que concilie eficacia, legitimidad democrática y transparencia. Para la *eficacia* resulta vital que la Comisión ostente un monopolio en la iniciativa legislativa y se mantenga su independencia como institución defensora del interés comunitario general⁶⁰. La *democracia*, por su parte, exigiría eliminar el actual desbarajuste procedimental extendiendo el procedimiento de codecisión —bastante más de lo realizado en Niza⁶¹— hasta convertirlo en regla general sujeta a muy contadas excepciones.

Además, resulta difícilmente compatible con la *transparencia* la existencia de un elenco de actos jurídicos normativos que ha crecido de manera descontrolada sin una jerarquía normativa y sin una racionalidad propia⁶².

⁵⁹ Piénsese, por ejemplo, que considerando como variables el tipo de votación en el Consejo y el grado de participación del Parlamento Europeo en los diferentes procedimientos legislativos puede contabilizarse hasta una decena de variantes. Existen, en efecto, en el TCE casos posibles de unanimidad del Consejo sin participación del PE, unanimidad del Consejo con dictamen consultivo del PE, unanimidad del Consejo con dictamen conforme del PE, unanimidad del Consejo en un procedimiento de codecisión con el PE, mayoría cualificada del Consejo en un procedimiento de codecisión con el PE, mayoría cualificada del Consejo en cooperación con el PE, mayoría cualificada del Consejo con dictamen favorable del PE, mayoría cualificada con dictamen consultivo del PE e incluso mayoría cualificada sin intervención del PE. Como se ve todo un ejemplo de sencillez y transparencia.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, FONSECA MORILLO, F.: «L'avenir de l'Europe. Quelques réflexions sur l'état actuel de la discussion» (en prensa).

⁶¹ El Tratado de Niza ha extendido el procedimiento de codecisión a seis nuevos ámbitos de actuación, pero se encuentra lejos de asumir la propuesta que en su momento presentó la presidencia portuguesa a la CIG'2000 para crear la categoría de actos jurídicos denominados «actos legislativos», que estarían llamados a convertir el procedimiento de codecisión en el procedimiento ordinario para su aprobación; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Una reforma <difícil pero productiva>: La revisión institucional en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2001, pp. 27 y ss., en especial p. 54; MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: *loc.cit.* («El Tratado de Niza...»), p. 130, nota 72; OLESTI RAYO, A.: «Las modificaciones institucionales del Tratado de Niza», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001 núm. 7/8, suplemento, pp. 14 y ss., especialmente pp. 24-25.

⁶² Piénsese no sólo en los diferentes instrumentos jurídicos existentes según el pilar de que se trate, sea el comunitario (reglamentos, directivas, decisiones, dictá-

Por ello, un paso previo (y estrechamente ligado) a la reforma del sistema de competencias sería avanzar en la preparación de un texto constitucional (llámese Constitución, Tratado-constitucional, Tratado-carta, Tratado fundacional, Tratado básico...) que simplifique los actuales Tratados. Ello implicaría una sustancial reducción de buena parte de las actuales disposiciones de los Tratados constitutivos que se trasladarían a textos normativos de rango inferior⁶³ que no requerirían para su reforma el pesado procedimiento del artículo 48 TUE, sino una mayoría especialmente reforzada (p. ej. mayoría supercualificada). Una vez afrontadas estas reformas previas se estaría ya en situación de abordar las reformas estrictamente relacionadas con el sistema competencial.

Así, dentro de estas reformas competenciales se sitúa, en primer lugar, simplificar notablemente el enunciado de algunas atribuciones competenciales que resultan en la actualidad impropias de un texto constitucional⁶⁴. Esta labor está obviamente conectada con el objetivo anteriormente señalado de lograr de forma paralela una simplificación de los Tratados que conduzca a un único texto de carácter constitucional que fusione los actuales Tratados. A partir de los trabajos realizados por el Instituto Europeo de Florencia para estudiar la viabilidad del proyecto⁶⁵, el contenido

menes, recomendaciones del artículo 249 TCE) o sea el de la PESC (estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes del artículo 12 TUE) o el de la CPJMP (posiciones comunes, decisiones comunes, decisiones, convenios del artículo 34.2 TUE). Es que incluso dentro del pilar comunitario ha crecido desmesuradamente el uso de instrumentos jurídicos atípicos (decisiones del Consejo, decisiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, decisiones de aplicación, resoluciones, programas marco, programas de acciones, comunicaciones), por no citar los acuerdos interinstitucionales, las conclusiones y resoluciones del Consejo Europeo, las resoluciones y conclusiones del Consejo, las declaraciones de los Estados incluidas en el Acta del Consejo o las declaraciones de las instituciones; véase CONV 50/02 de 15 de mayo de 2002, *Los instrumentos jurídicos: sistema actual*, especialmente pp. 6-9.

⁶³ El proyecto Herman de Constitución europea se refería a leyes constitucionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, legislación delegada, reglamentos y decisiones. Véase al respecto MANGAS MARTÍN, A.: «Las funciones de la Unión: análisis del sistema de fuentes y de la elaboración y control del cumplimiento de las normas en el Proyecto de Constitución Europea», en OREJA AGUIRRE, M. (ed.), *La Constitución europea*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 145 y ss.

⁶⁴ Pueden citarse, como ejemplo palmario, las dos páginas que ocupan las ilegibles atribuciones competenciales en materia de ayudas públicas (arts. 87-89 TCE) o las relativas a los acuerdos colusorios (art. 81 TCE) y al abuso de posición dominante en el mercado (art. 82 TCE).

⁶⁵ Se encuentra en <http://europa.eu.int/comm/IGC2000/offdoc/repoflo.en.pdf>.

de ese texto único futuro se podría organizar en dos partes con procedimientos de reforma diferente⁶⁶.

La primera parte (o Tratado básico si se prefiere) recogería las disposiciones fundamentales o de naturaleza constitucional, entre las que se incluirían una serie de disposiciones competenciales breves y concisas que enunciarían sucintamente los principios generales del reparto de competencias. En concreto, las disposiciones dedicadas a la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros podrían sistematizar la dispersión actual y reordenarse en un único título. Podría abrirse con unas primeras disposiciones competenciales que recogieran los principios generales. Como punto de partida se situaría la enunciación de la presunción competencial en favor de los Estados prevista actualmente en el artículo 5.1 TCE (principio de atribución expresa de competencias). A continuación, podría incluirse una disposición explicativa del significado de la existencia de competencias exclusivas, compartidas y complementarias que los Tratados atribuyen (expresamente) a la Comunidad. A nuestro entender, en esta clarificación convendría hacer mención explícita y diferenciada a las normas sobre el mercado único ya que por sus peculiaridades funcionales presentan notables diferencias respecto al resto de atribuciones competenciales. También resultaría recomendable, en el plano de los principios generales, una mención expresa al mantenimiento *íntegro* del acervo comunitario (actualmente previsto en artículo 2 TUE) como forma de recordar que la reforma no supone un replanteamiento de lo ya logrado, sino que precisamente parte de él. A continuación se formularía con enunciados claros y —dentro de lo posible— concisos las diversas atribuciones competenciales particulares, así como también las normas competenciales negativas debidamente sistematizadas. La segunda parte de ese futuro texto (o *leyes orgánicas* de desarrollo), con un procedimiento

⁶⁶ Véase la propuesta de la Comisión en COM (2000) 434 final, de 12 de julio de 2000, *Un Tratado fundamental para la Unión Europea*. La Comisión ya se había pronunciado con anterioridad a favor de tal propuesta por considerar que «resultarían más sencillos y más fácilmente legibles, lo que generalmente se considera una necesidad», COM (1999) 592 final, de 10 de noviembre de 1999 y COM (2000) 34 final, de 26 de enero de 2000. Entre las aportaciones de la Comisión más recientes resulta igualmente interesante COM (2002) 247 final, *cit.*, especialmente p. 18.

También el Parlamento Europeo ha propuesto simplificar y consolidar en un texto único integrado por dos partes, la primera con las disposiciones de carácter constitucional y la segunda con el resto; Resolución A5-0086/2000 de 13 de abril de 2000, especialmente apdo. 31.1.

de reforma más flexible, podría recoger el desarrollo de esas atribuciones competenciales recogidas de forma sucinta y concisa en la primera parte⁶⁷. No nos parece, sin embargo, necesaria la inclusión de un catálogo negativo que recogiera una lista de las competencias reservadas a los Estados miembros⁶⁸.

En segundo lugar, surge el debate en torno a la conveniencia de mantener la cláusula de imprevisión (art. 308 TCE) y la cláusula horizontal de armonización (art. 95 TCE). Ciertamente existe una postura que critica con fuerza la indeterminación que provocan estas atribuciones competenciales, la relativización que supone para el irrenunciable principio de atribución expresa de competencias e incluso el uso excesivo que, con el respaldo de una interpretación favorable del Tribunal de Justicia, se ha hecho de ellas⁶⁹. A nuestro juicio, el sistema resultante debe conservar un necesario margen de flexibilidad por lo que convendría seguir manteniendo tanto la cláusula de imprevisión (art. 308 TCE) como la atribución competencial de carácter horizontal (art. 95 TCE) como mecanismos para completar, si fuere necesario, el mercado único⁷⁰. Además, no puede pasarse por alto que el artículo 308 TCE en modo alguno representa una *Kompetenz-Kompetenz* ni es alternativa al mecanismo ordinario de reforma (art. 48 TUE) por lo que conviene rechazar afirmaciones del estilo de las realizadas por STOIBER de una «tendencia hacia la competencia global

⁶⁷ En parecido sentido, Díez-Hochleitner, J.: *loc. cit.* («El futuro del sistema...»), pp. 96-97; cfr. igualmente el proyecto del Instituto Europeo de Florencia, *cit.*, cláusulas 21 a 45. Con todo, este proyecto del Instituto Europeo parece que barajó en algún momento la posibilidad de no incluir estas disposiciones en el Tratado básico.

⁶⁸ Una propuesta de este tipo de catálogo (*Negativkatalog*) se encuentra, por ejemplo, en el reciente trabajo de Müller-Graf, P. C.: «Europäische Verfassungssordnung—Notwendigkeit, Gestalt und Fortentwicklung», *Europäische Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2002, pp. 206 y ss., en p. 213.

⁶⁹ Los principales abanderados de estas críticas han sido, sin duda alguna, los *Länder* alemanes.

⁷⁰ En parecido sentido, Bogdandy, A. von/Bast, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), p. 52; Beneyto Pérez, J. M.: «¿Qué es una Constitución europea? La declaración sobre el futuro de la Unión y la creación de un orden constitucional común», en Oreja Aguirre, M. (coord.) *El futuro de la Unión Europea-Unión política y coordinación económica*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 23 y ss., en p. 32; Díez-Hochleitner, J.: *loc. cit.* («El futuro del...»), p. 98; igualmente COM(2002) 247 final, *cit.*, pp. 21-22.

de la Comunidad» (*Tendenz zur Allzuständigkeit*)⁷¹. De hecho, no puede obviarse que esta cláusula ha estado siempre sometida a la regla de la unanimidad y que además circunscribe su activación al cumplimiento de una serie de requisitos que, entre otras consecuencias, excluye su uso para perseguir acciones que no resulten necesarias (criterio de la necesidad) para lograr en el funcionamiento del mercado común (criterio funcional) uno de los objetivos de la Comunidad (criterio material).

Lo propio cabe decir del artículo 95 TCE. Lejos de constituir una cláusula en blanco representa una atribución competencial de carácter horizontal e inspiración funcional que limita su puesta en marcha a la adopción de las medidas que tengan por objeto la consecución de uno de los objetivos nucleares del proceso de integración, a saber, el establecimiento de un mercado interior (arts. 2, 3c, 14 TCE). Es más, a las limitaciones expresamente previstas en la formulación del propio artículo 95 hay que sumarles la existencia de competencias negativas a lo largo del Tratado que limitan notablemente el uso de esta cláusula horizontal e impide su consideración como una competencia de armonización general. Huelga recordar, por tanto, las consecuencias que a este respecto tuvo el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia para la Directiva sobre publicidad del tabaco⁷².

Ello no significa, empero, que ambas cláusulas no requieran adaptaciones técnicas y políticas. Amén de la reubicación en el sentido apuntado en párrafos anteriores, la cláusula de imprevisión del artículo 308 TCE requiere, desde un punto de vista técnico-jurídico, algunas adaptaciones terminológicas (p. ej., sustituir la referencia actual al mercado *común*) y, desde un punto de vista de legitimidad democrática, una plena incorporación del Parlamento Europeo al procedimiento legislativo. En esta misma línea reformadora desde la perspectiva política se ha propuesto por algunos incluir la posibilidad de utilizar esta cláusula de imprevisión para *devolver* a los Estados atribuciones competenciales realizadas anteriormente

⁷¹ Así se pronunciaba, por ejemplo, el presidente bávaro (y actual candidato a canciller alemán en las elecciones generales de 22 de septiembre de 2002) el 27 de septiembre de 2000 en Berlín bajo el título «Reformen für Europas Zukunft»; <http://www.bayern.de/Politik/Reden/2000/000927.html>.

⁷² Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98, *Rec.*, p. I-8419). Sobre ella puede verse nuestro trabajo «La publicidad del tabaco y el Derecho Comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias de mercado único y de salud pública», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 2001, núm. 213, pp. 75 y ss.

en favor de la Unión cuando hubiera desaparecido la necesidad de actuación.

Para concluir, nos interesa subrayar la existencia de propuestas encaminadas a renacionalizar determinadas políticas comunitarias, en particular la política regional, la política agrícola común o el alcance de la amplia competencia comunitaria en materia de Derecho de la Competencia, especialmente el amplio control de la Comisión sobre las ayudas públicas concedidas por los poderes públicos nacionales. En consonancia con la posición mantenida en este trabajo a propósito de la conveniencia de conservar el principio del mantenimiento íntegro del acervo comunitario (art. 2 TUE) como un principio inspirador de esta materia, no nos parece aceptable la citada propuesta de renacionalización. Cuestión harto diferente es la conveniencia de reformar determinadas políticas (la PAC en primera línea) o la posibilidad de revisar el alcance y mecanismos de otras (como la política regional) o plantear nuevas opciones para un mejor reparto entre la UE y los Estados miembros del control sobre determinados actos de control particularmente relevantes (política de competencia). Bien mirado, probablemente bajo estas propuestas defendidas fundamentalmente en Alemania, más que la intención real de renacionalizar esas competencias podría subyacer el deseo de limitar la contribución presupuestaria de ese país a unas políticas que considera excesivamente costosas y de las que podría creer que redundan fundamentalmente en favor de otros Estados miembros que no son precisamente contribuyentes netos.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Estrechamente ligada a los problemas propios de la delimitación vertical de competencias y situada en el centro del debate sobre la futura Unión Europea aparece igualmente la cuestión del principio de subsidiariedad. Parece existir una corriente de opinión, cada vez más generalizada, que sostiene que el principio de subsidiariedad y la adopción del Protocolo que sobre el mismo introdujo el Tratado de Amsterdam, «no han dado los resultados esperados y que a menudo las consideraciones políticas o de urgencia han pesado más que el respeto del principio de subsidiariedad»⁷³.

Conviene, por ello, recordar que una interpretación conjunta del

⁷³ CONV 71/02 de 30 de mayo de 2002.

Protocolo y de las previas Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo⁷⁴ y del Acuerdo Interinstitucional de 21 de diciembre de 1993⁷⁵ conduce forzosamente a la existencia de obligaciones ciertas de las instituciones que, como mínimo, deberían impedir sostener la extendida opinión de la inexistencia de límites al margen de apreciación existente en el artículo 5.2 TCE. Tales límites existen y se reflejan, en primera línea, en una serie de obligaciones que afectan fundamentalmente a la Comisión, pero también al Consejo y al Parlamento Europeo, y se concretan, entre otras, en la clara obligación de motivación derivada del artículo 253 TCE y en la obligación de la Comisión de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe anual sobre la aplicación del principio de subsidiariedad⁷⁶.

Al final sí resulta probable, con independencia de los planteamientos que se mantengan desde cada posición doctrinal, que lo que esta polémica esconde no sea tanto la aplicación del principio de subsidiariedad como el más delicado de su control, sea político o sea judicial. Por mucho que se trate de retocar la redacción del actual artículo 5.2 TCE para precisar mejor su alcance y por mucho que se intenten detallar los criterios fijados en el Protocolo sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad o incluso añadir otros nuevos para su mejor concreción, es consustancial al propio principio la existencia de un (amplio) margen de apreciación que por fuerza será siempre susceptible de generar divergencias interpretativas sobre su alcance. Y ello finalmente terminará conduciendo al problema de quién sea el que tenga encomendada la última palabra en la aplicación del principio de subsidiariedad y sobre todo quién sea el llamado a resolver la controversia sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en el caso de que aquella surja.

3. EL CONTROL DE CONTROVERSIAS COMPETENCIALES

El mandato de la Declaración 23 no se limita al objetivo de «establecer (...) una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad», sino que lo hace acompañar también por el objetivo de «supervi-

⁷⁴ *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, pp. 369 y ss.

⁷⁵ *Agencia EUROPE*, núm. 1857, de 4 de noviembre de 1993.

⁷⁶ Cfr. Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, *cit.*

sar» esa delimitación más precisa. Lo que es tanto como «supervisar» los mecanismos y el alcance concreto del control ante eventuales intervenciones comunitarias *ultra vires*, sea por falta de competencia o sea por un ejercicio inadecuado de la misma. Esta previsión de la Declaración 23 se debe a que con frecuencia se ha criticado la inadecuación e ineficacia de los instrumentos de control descritos en el apartado anterior⁷⁷. Un adecuado tratamiento del tema obliga, por tanto, a diferenciar en el estudio claramente entre control político y control judicial.

3.1. *El control político*

El control *a priori*, previo a la aprobación del acto en cuestión, está llamado a ser de naturaleza política y centra su actividad en las competencias no exclusivas de la Comunidad y, por tanto, también en el principio de subsidiariedad.

De entrada, pues, no puede aceptarse que en la actualidad no exista un control *a priori* sobre la aplicación del principio de subsidiariedad. La Comisión como institución depositaria (salvo excepciones) de la iniciativa legislativa, además de motivar suficientemente la adecuación de las normas propuestas a los criterios derivados del principio de subsidiariedad (art. 253 TCE), elabora normalmente instrumentos previos (libros blancos, libros verdes...) o paralelos (*memorandums* explicativos) a la propuesta en cuestión que servirán para realizar consultas previas a los Estados miembros y a los agentes implicados por la eventual propuesta, así como para desarrollar las explicaciones justificativas que en la exposición de motivos de la propuesta en cuestión se realice. Las consultas previas actuarán a modo de termómetro sobre la percepción pública a propósito de la necesidad, eficacia y suficiencia de la pretendida intervención comunitaria y las justificaciones que acompañe a la propuesta servirán de plasmación jurídica del examen de la subsidiariedad. Por otro lado, conviene recordar igualmente que la Comisión está obligada desde 1994 a presentar al

⁷⁷ De hecho, el grupo de trabajo creado en la Convención para el principio de subsidiariedad parece que centrará su actividad, y con ella la de la Convención después, en tres cuestiones centrales: «¿cómo garantizar de la manera más eficaz el control del respeto del principio de subsidiariedad? ¿debe crearse un mecanismo o un procedimiento de control? ¿la naturaleza de este procedimiento debe ser política, judicial, o política y judicial?»; CONV 71/02, *cit.*, p. 2.

Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Consejo (y se transmite también al Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social) un informe anual sobre la aplicación del principio de subsidiariedad que servirá para un seguimiento político —evitaremos de momento la expresión *control*— *a posteriori* del uso que la Comisión haga del principio de subsidiariedad⁷⁸.

Aun así, no debe sobrevalorarse el papel que pueda encomendarse a la Comisión. Algunas críticas olvidan, a nuestro juicio, que los responsables últimos de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad son quienes finalmente adoptan el acto en cuestión, esto es, básicamente el Consejo o, en su caso, el Consejo conjuntamente con el Parlamento Europeo. Es decir, desde una perspectiva netamente política terminan siendo los Estados (o en todo caso una mayoría de ellos en el seno del Consejo) quienes realizan finalmente la constatación definitiva de los criterios de la subsidiariedad y quienes adoptan en la correspondiente exposición de motivos la justificación de la conformidad del acto adoptado con el Parlamento Europeo. Y, por ello, es el Consejo, sea en solitario o sea en codecisión con el Parlamento Europeo, quien suele tener la «llave» para decidir en última instancia sobre el examen de la subsidiariedad al adoptar un determinado acto. No parece que contra esta afirmación pueda sostenerse, como hace un sector doctrinal, que «[e]n realidad, la voracidad reglamentista de la Comisión se ha visto fomentada por un Consejo nada crítico, que ha adoptado sistemáticamente la mayor parte de las medidas propuestas por aquélla» y que además cuando no lo ha hecho «[e]l rechazo esporádico de algunos de ellos venía motivado más que por la toma en cuenta del principio de subsidiariedad, por razones de operatividad política»⁷⁹. Salvo que lo que realmente subyazca a esas críticas no sea tanto

⁷⁸ El último informe presentado se encuentra en COM (2001) 728 final de 7.12.2001, *Informe de la Comisión al Consejo Europeo: Legislar mejor*, 2001. Véase también COM (2000) 772 final de 30.11.2000; COM (1999) 562 final de 3.11.1999; COM (1998) 715 final de 1.12.1998; COM (1997) 626 final de 26.11.1997.

⁷⁹ Así se expresa CHICHARRO LÁZARO, A.: *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 168. No menos dura es la valoración que esta autora hace de la obligación del Parlamento Europeo, conforme al artículo 54 de su Reglamento interno, de «considerar especialmente si la propuesta respeta el principio de subsidiariedad». Considera que «esta institución [el Parlamento Europeo] tampoco se escapa al activismo comunitario que hunde sus raíces en la propia estructura institucional de la Comunidad» (p. 171). E intenta reforzar su argumentación de absoluta desconfianza ante la consideración que el Parlamento Europeo

el deseo de una correcta aplicación del principio de subsidiariedad como una renacionalización de políticas actualmente atribuidas de forma expresa a la Comunidad⁸⁰.

Pese a todo, parece evidente que en la Convención existe el convencimiento de que este control *a priori* no resulta adecuado, por lo que se plantea «cómo hacer que las instituciones comunitarias que participan en el proceso legislativo hagan gala de la disciplina necesaria para aplicar más eficientemente el principio de subsidiariedad»⁸¹. Al arropo de esta percepción, a nuestro juicio no del todo justificada, han surgido diversas propuestas para la creación de algún nuevo órgano *ad hoc* al que se le encomendara el control de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. Se ha defendido, por ejemplo, la creación de un «defensor de la subsidiariedad» (*ombudsman*), un comité de sabios⁸², un comité de subsidiariedad⁸³, un comité parlamentario compuesto por representantes del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales⁸⁴, la potenciación de la COSAC⁸⁵ y hasta la creación de una segunda cámara parlamentaria, integrada por representantes de los Parlamentos nacionales o por un Comité de las Regiones elevado a la categoría de institución⁸⁶. Parece pro-

haga del principio de subsidiariedad «en el hecho de que los parlamentarios europeos se agrupan y votan conforme a su afiliación política, dejando de lado su nacionalidad» (p. 171).

⁸⁰ En ese caso, sí se comprende que a modo de conclusión de todo esto se considere que «[h]oy por hoy, la única garantía del cumplimiento del principio de subsidiariedad en la Comunidad es que en numerosas áreas la implementación de las políticas cae en manos de los Estados miembros o sus autoridades locales»; CHICHARRO LÁZARO, A.: *op. cit.* (*El principio de subsidiariedad...*), p. 171.

⁸¹ CONV 71/02, *cit.*, p. 4. Parece deducirse, por tanto, que a juicio de la Convención hasta el momento las instituciones ni han aplicado eficazmente el principio de subsidiariedad ni han hecho gala de la disciplina necesaria.

⁸² Cfr. CHICHARRO LÁZARO, A.: *op. cit.* (*El principio de subsidiariedad...*), p. 162.

⁸³ Véase, por ejemplo, la propuesta de un *Subsidiaritättausschuss* que realiza PERNICE, I.: *loc. cit.* («Kompetenzabgrenzung...»), pp. 874-877. Su composición sería bastante más amplia que la recogida en las propuestas que se relatan en en las notas siguientes. Lo integrarían miembros del Consejo y del Parlamento Europeo, así como miembros de los Parlamentos nacionales y de los Parlamentos regionales.

⁸⁴ Así se cita, por ejemplo, en CONV 71/02, *cit.*, p. 5.

⁸⁵ Se trataría de aprovechar y reforzar la previsión recogida en el Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam que permite a la COSAC presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión las contribuciones que estimen convenientes, particularmente respecto al principio de subsidiariedad.

⁸⁶ Esta propuesta se analiza, aunque los autores no la consideren adecuada, por BOGDANDY, A. von/BAST, J.: *loc. cit.* («El orden competencial...»), p. 59.

bable que la creatividad y la imaginación respecto a la creación de nuevos órganos no ha finalizado.

A nuestro juicio, ninguna de las propuestas reseñadas nos parece suficientemente satisfactoria. Si las propuestas lo son de órganos más o menos nuevos cuya función sea simplemente consultiva, como sería el caso del informe que pudiera elaborar el defensor de la subsidiariedad o el comité de sabios, es obvio que poco aporta a la supuesta falta de eficacia actual de las instituciones. Si, por el contrario, se opta por crear una segunda cámara parlamentaria convendría diferenciar los supuestos. Si tal creación deriva de una institucionalización del Comité de las Regiones⁸⁷, la decisión no nos parece adecuada porque, además de no tener la mejor composición para ello al mezclar los niveles regional y local, la dimensión regional del principio de subsidiariedad es en lo básico (al menos de momento) ajena a la aplicación de este principio en el marco comunitario; ello sin contar que no todos los Estados miembros tienen regiones con competencias legislativas propias que pudieran verse afectadas. Si lo fuera por la creación de una segunda cámara compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales se estaría duplicando la presencia del interés estatal, que ya se encuentra encarnado por el Consejo; y probablemente encubre con frecuencia un deficiente control parlamentario nacional sobre sus Gobiernos respecto a la decisión que respalden en el Consejo. Común a ambas propuestas es, eso sí, el incremento de una especial complicación en el ya de por sí complicado proceso legislativo comunitario, ya que en el fondo al operar junto al Parlamento Europeo y al Consejo se estaría creando un sistema legislativo de tres cámaras. No se gana ni en eficacia ni en flexibilidad, pero es que además tampoco contribuye al objetivo último perseguido por esta reforma: la transparencia.

⁸⁷ A favor de «que el Comité de las Regiones debería convertirse en una institución de la Unión», véase la posición presentada a la Convención por los observadores del Comité de las Regiones, CONV 167/02 de 4 de julio de 2002, apartado 38. Con anterioridad el Comité de las Regiones había presentado en esta misma línea la propuesta de «conceder a las regiones un estatuto propio en el Tratado, a semejanza del que existe para los parlamentos nacionales, en el que se establezcan los ámbitos en los que intervengan las regiones, sus competencias, las modalidades y procedimientos de participación» considerando igualmente «esencial incluir el principio de subsidiariedad a nivel subnacional, esto es, no sólo regional sino también local»; Dictamen del CdR de 13 de marzo de 2002 sobre el proyecto de Informe del PE sobre delimitación de competencias, incluido entre los documentos de la Convención como contribución del Sr. Zaplana (observador de la misma), CONV 26/02, p. 13.

Para paliar esta crítica, podría pensarse en un comité paritario compuesto por representantes del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales (o abierto según otras propuestas también a representantes del Consejo y de los Parlamentos regionales). Esta propuesta podría tener cierta lógica como forma de compensar el apartamiento de los Parlamentos nacionales (y regionales) dentro del proceso decisorio comunitario⁸⁸. Evitaría además una excesiva deriva hacia una doble presencia del interés estatal en caso de una segunda cámara compuesta solamente por representantes de los Parlamentos nacionales. Tendría hasta una cierta semejanza con el comité de conciliación previsto en el procedimiento de codecisión. Con todo, podría correr un muy serio riesgo de inoperancia práctica como consecuencia de su muy heterogénea composición.

Todos estos órganos *ad hoc* de nuevo cuño presentan otro problema añadido ya apuntado. Habría que determinar el alcance de sus facultades. Si simplemente son consultivas poco se habría contribuido al «establecimiento de mecanismos de control más eficaces» a los desarrollados actualmente por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo. Si, por el contrario, se consideran decisorias habría que regular la incidencia concreta en el procedimiento legislativo. En este caso, si se tratara de un «efecto barrera» podría conducir a serios conflictos institucionales, mientras que si se fijara una necesidad de conciliación con las otras instituciones habría que articular igualmente mecanismos para ello, lo que podría servir sin duda para canalizar y facilitar esa conciliación pero como contrapartida poco contribuiría en favor de la sencillez y la transparencia, ya que complicaría aún más el proceloso proceso comunitario de toma de decisiones. Se correría, en suma, el riesgo de prolongar excesivamente los procedimientos y de lastrar demasiado la flexibilidad, la eficacia y la transparencia.

A nuestro entender, la opción preferible es mejorar los procesos estrictamente comunitarios de aplicación del principio de subsidiariedad. Así, convendría por ejemplo apurar aún más la posibilidad que ofrece la obligación de motivación y elevar las modestas exigencias que en la actualidad demanda el Tribunal de Justicia⁸⁹. Como complemento de ello podría

⁸⁸ Como se sabe, se trata de una de las cuatro cuestiones que, conforme a la Declaración 23, integran la agenda de la próxima CIG'2004 y que actualmente está siendo objeto de debate por la Convención.

⁸⁹ Cfr. la sentencia de 13 de mayo de 1997 *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo* (C-233/94, *Rec.*, p. I-2405), apartados 22 a 28. En algún caso reciente el Tri-

pensarse, igualmente, en la introducción de alguna nueva exigencia que explicitara la especificidad y el mayor grado de exigencia a la hora de examinar la aplicación del principio de subsidiariedad con una «ficha de la subsidiariedad» que la Comisión debería adjuntar a toda propuesta y que el Consejo y el Parlamento Europeo tendrían que respaldar si aprueban la medida en cuestión. La realización de esta ficha obligaría a la Comisión a justificar más detalladamente las causas por las que considera que la medida propuesta en el marco de una competencia no exclusiva resulta conforme con los criterios requeridos por el principio de subsidiariedad. Y en consonancia con lo previsto en el Protocolo, probablemente la Comisión debería intentar prestar una mayor atención, cuando fuera posible, a los elementos cuantitativos. De esta manera el alcance de la indeterminación del Protocolo (impone esta obligación «cuando sea posible») se haría posible más frecuentemente y la Comisión evitaría recurrir a unos elementos cualitativos que por definición son de mucho más difícil control por el Tribunal de Justicia. También convendría, por último, realzar políticamente el acto de presentación formal del informe anual de la Comisión, especialmente con su discusión en profundidad en el Parlamento Europeo.

3.2. *El control judicial*

- a) La infundada desconfianza ante un control judicial ejercido por el Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia tiene atribuida una clara función de control del principio de subsidiariedad, básicamente en el marco de un recurso de anulación o una cuestión prejudicial de validez. Hasta el momento la jurisprudencia desplegada por el Tribunal de Justicia se considera aún muy escasa y ha estado presidida por la prudencia. La *escasez* de sentencias no debe extrañar ya que, si bien las partes en sus alegaciones recurren

bunal de Justicia ha llegado a considerar que en el caso en cuestión «la justificación del principio de subsidiariedad *se encuentra implícita* pero necesariamente recogida en los considerandos» de la Directiva en cuestión, recurrida en anulación por violación, entre otros, del principio de subsidiariedad; Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, no publicada aún en la Recopilación oficial) apartado 33. Subrayado añadido.

con cierta frecuencia al principio de subsidiariedad, no han sido muchos los casos en los que se ha alegado ante el Tribunal de Justicia como base central para sostener la nulidad de una norma comunitaria adoptada en supuesta violación del mismo. Pese a ello conviene recordar que ya existen varias sentencias en las que se ha planteado como cuestión central que un Estado miembro inste al Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de anulación a que se pronuncie sobre si la adopción de un acto por las instituciones comunitarias viola el principio de subsidiariedad⁹⁰. Ha quedado igualmente de manifiesto que al margen del recurso de anulación también cabe la posibilidad de un control judicial de este principio a través de otros mecanismos procesales, *v. gr.* a través de una cuestión prejudicial de validez⁹¹ y no debe descartarse que pueda surgir también en algún otro tipo de recurso.

Por otro lado, la *prudencia* de la que a veces se acusa al Tribunal más que una crítica debería ser un mérito⁹². No debería, pues, extrañar ni re-

⁹⁰ Sentencia de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo* (C-84/94, *Rec.*, p. I-5755); sentencia de 13 de mayo de 1997 *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo* (C-233/94, *Rec.*, p. I- 2441). No debería pasar desapercibido en estos asuntos que los Estados recurrentes no desplegaron en sus alegaciones excesivos esfuerzos en pedir al Tribunal de Justicia que constatará que se incumplían los criterios materiales propiamente dichos del principio de subsidiariedad, sino que más bien se centraron en los aspectos formales del control alegando que las instituciones comunitarias no habían justificado adecuadamente en su motivación que la norma comunitaria fue adoptada conforme al principio de subsidiariedad. Entre la jurisprudencia más reciente, puede verse la sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, *cit.*), en la que, entre otros, se alegaba el principio de subsidiariedad para pedir la anulación de una directiva sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; igualmente sentencia de 18 de abril de 2002, *Bélgica/Comisión* (C-332/00, no publicada aún en la Recopilación oficial).

⁹¹ Véase, a título ilustrativo de esta posibilidad procesal, la sentencia de 22 de octubre de 1998, *Hilmar Kellinghausen y Ernst-Detlef Ketelsen* (C-36/97 y C-37/97, *Rec.*, p. I-6349), especialmente apartados 12 y 35. Igualmente, puede citarse la sentencia, aunque sea de sobreseimiento, de 5 de octubre de 2000, *The Queen c. Secretary for Health y otros (ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros)* (C-74/99, *Rec.*, p. I-8599). Se dictó sentencia de sobreseimiento porque en la misma fecha el Tribunal de Justicia había dictado en un paralelo recurso de anulación sentencia de nulidad de la misma Directiva que era objeto de controversia en este asunto.

⁹² El principio de subsidiariedad, como señaló RODRÍGUEZ IGLESIAS antes de que el Alto Tribunal desarrollara la jurisprudencia aludida, «conlleva un gran ámbito de apreciación política que difícilmente puede ser objeto de un control jurisdiccional; y quizás en la medida en que pueda abusarse ante la vía judicial del principio de subsidiariedad, ello pueda dar lugar a una reacción jurisprudencial de consagración

sultar criticable que el Tribunal de Justicia, en lo que algunos autores denominan dimensión material del control⁹³, «no sustitu[ya] la valoración que el legislador comunitario haya realizado en lo que a la oportunidad de la medida se refiere por la suya propia» ni que el Tribunal de Justicia aplique con claridad el principio de que sólo «sustituirá» —digamos que anularía la decisión adoptada por el legislador— «en aquellas ocasiones en las que sea manifiesto que el legislador ha cometido un error de apreciación»⁹⁴. Quizá convenga recordar la postura no menos prudente que tradicionalmente ha mantenido el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) a la hora de interpretar el alcance del princi-

de una cierta doctrina análoga a la de los actos de Gobierno». Estas afirmaciones se recogen en AAVV, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, pp. 248-249.

Afirmaba igualmente lo siguiente: Así, «en la medida en que se intente judicializar al máximo el principio de subsidiariedad, y el control del respeto del principio de subsidiariedad, el Tribunal pueda reaccionar con un distanciamiento dada la dificultad de hacer objeto de una revisión jurisdiccional la decisión de aplicación del principio de subsidiariedad en el sentido de determinar si son las instituciones comunitarias, los Estados, o las colectividades inferiores a los Estados las que están en mejores condiciones de hacer frente a un determinado problema».

⁹³ En efecto, en ocasiones se diferencia entre una *dimensión material* del control, basada en los criterios del artículo 5.2 TCE y el Protocolo, y una *dimensión procedimental*, centrada en la verificación de la obligación de motivación derivada del artículo 253 TCE. A nuestro entender, tal diferenciación tiene un valor pedagógico y explicativo cierto, pero no siempre resulta sencillo de diferenciar, ya que en el fondo ambas dimensiones están fuertemente imbricadas y cuando se dice que el Tribunal de Justicia emplea un control procedimental lo realiza precisamente para controlar los elementos materiales de principio de subsidiariedad y verificar su conformidad con el acto en cuestión.

⁹⁴ ESTELLA DE NORIEGA, A.: *El dilema de Luxemburgo - El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 153. Este autor considera criticable esta postura prudente del Tribunal de Justicia, ya que «el Tribunal de Justicia se conforma en este sentido con que el legislador comunitario haya entendido que los objetivos establecidos por el Tratado —tal y como se concretan en las disposiciones del mismo— sólo pueden realizarse a través de una intervención comunitaria». Y por ello sostiene que el razonamiento empleado por el Tribunal de Justicia «es tautológico: la propia existencia de la medida será la indicación más evidente de que, desde un punto de vista material, el legislador entendió que sólo una intervención comunitaria podía llegar a cumplir un objetivo del Tratado». También subraya al respecto que «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre error manifiesto no es excesivamente explícita».

pio de subsidiariedad subyacente al artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn, sin que en ese caso el denominado control material prudente del principio de subsidiariedad merezca una crítica comparable a la cosechada por el Tribunal de Justicia.

Puede concluirse, por tanto, que en nuestra opinión resulta del todo punto inadecuado querer entender el control judicial como sinónimo de control de oportunidad. Nos parece igualmente inadecuado considerar que «la variable de la *agenda política* del Tribunal de Justicia sirve para explicar su actitud» ante el principio de subsidiariedad, de manera que «la reacción de prudencia del Tribunal ante la subsidiariedad sería una expresión de su temor ante una eventual expansión de un principio cuya filosofía encarna precisamente valores y objetivos diametralmente opuestos a los establecidos en la agenda política del Tribunal»⁹⁵, como sería el de «fomentar la integración comunitaria en todos los órdenes»⁹⁶. Y nos parece inadecuado por varios motivos. En primer lugar, porque quienes sostienen afirmaciones de tipo valorativo difícilmente verificables como la relativa a «una lectura singularmente expansiva de las competencias comunitarias», habría que pedirles que, de ser cierto, justificaran que se haya hecho de forma contraria a Derecho (en este caso el Derecho Comunitario), que se trata de una interpretación *contra legem* o incluso que emplea criterios interpretativos contrarios a los principios inspiradores del Derecho Comunitario. Suele olvidarse que, precisamente por voluntad de los Estados, la atribución competencial a la Unión se basa en un criterio funcional y finalista en favor de una integración comunitaria basada en el Derecho que, por cierto, es precisamente la que encuentra acogida en la interpretación dinámica de la que con frecuencia se acusa al Tribunal de Justicia⁹⁷. En segundo lugar, es cuestionable la propia acusación de partida («lectura singularmente expansiva de las competencias comunitarias») y así lo pone de manifiesto el análisis de la propia jurisprudencia comunitaria, la cual ofrece relevantes casos en los que el Alto Tribunal se pronuncia con lo que podríamos calificar una «lectura singularmente restric-

⁹⁵ ESTELLA DE NORIEGA, A.: *op. cit.* (*El dilema de Luxemburgo...*), p. 180; su argumentación se desarrolla en pp. 166-173. El énfasis es nuestro.

⁹⁶ *Ib.*, p. 168.

⁹⁷ Sobre el elemento dinámico en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede verse el interesante trabajo de JACQUÉ, J. P.: «Cours général de droit communautaire», *Recueil de Cours de l'Académie de Droit Européen*, 1990, vol. I-1, pp. 237 y ss., especialmente pp. 347 y ss.

tiva de las competencias comunitarias». Sirvan cuatro ejemplos de primer orden. En el dictamen 1/94 consideró, en contra de lo sostenido por un relevante sector doctrinal y en contra también de lo que «casi» había sido ya aceptado en práctica internacional por terceros Estados, que la competencia exclusiva de la política comercial común prevista en el artículo 113 TCE no incluye ni los servicios ni la propiedad intelectual⁹⁸. En el dictamen 2/94, pese a la posible utilización del artículo 308 TCE como base jurídica, consideró igualmente que la Comunidad carece de competencia suficiente para adherirse al CEDH⁹⁹. En una menos conocida sentencia de 1997 el Tribunal de Justicia llegó a anular un instrumento comunitario no jurídicamente vinculante como era una Comunicación¹⁰⁰. Y una relevante sentencia de 2000, ya citada anteriormente y que no representa una excepción¹⁰¹, anuló totalmente la directiva de publicidad del tabaco por sobrepasar los límites permitidos por la cláusula horizontal de armonización del artículo 95 TCE¹⁰².

El punto de partida de nuestro análisis de las posibles reformas es, pues, la conveniencia de mantener el debate a propósito del control judicial en términos marcadamente jurídicos. Desde esta perspectiva cabe estudiar las propuestas que traten de mejorar los mecanismos de control judicial de conflictos de competencias que puedan surgir en el seno de la Unión, particularmente a propósito del control del principio de subsidiariedad. Entre ellas destaca la de crear un Tribunal *ad hoc* (b), la de regular un recurso previo ante el Tribunal de Justicia (c) o la de mejorar técnicamente algunos mecanismos de control judicial ya existentes (d).

⁹⁸ Dictamen de 15 de noviembre de 1994 (1/94, *cit.*).

⁹⁹ Dictamen de 28 de marzo de 1996 (2/94, *Rec.*, p. I-1759).

¹⁰⁰ Sentencia de 20 de marzo de 1997, *Francia/Comisión* (C-57/95, *Rec.*, p. I-1627).

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, sentencia de 9 de julio de 1987, *Alemania y otros/Comisión* (281, 283 a 285 y 287/85, *Rec.*, p. 3203). En esta sentencia se anuló una Decisión de la Comisión fundada en el artículo 137 TCE (antiguo artículo 118) por considerar que había sobrepasado los límites de la atribución competencial y había regulado cuestiones que eran competencia de los Estados.

¹⁰² Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98, *cit.*).

b) La creación de un Tribunal *ad hoc*

Una propuesta que en los últimos tiempos viene cobrando especial fuerza, particularmente —una vez más— en la doctrina alemana, es la de crear un nuevo Tribunal *ad hoc* encargado de resolver los conflictos de competencias; una suerte de Tribunal de Competencias (*Kompetenzgericht*)¹⁰³. El punto de arranque del análisis es bien simple: parte de una absoluta desconfianza ante el Tribunal de Justicia y del *quis custodiet* a este Alto Tribunal¹⁰⁴, que no es en absoluto nueva¹⁰⁵. Considera que el Tribunal de Justicia no ha cumplido adecuadamente la función controladora ante posibles extralimitaciones competenciales por parte de la Comunidad y mucho menos en el control judicial del principio de subsidiariedad porque ha desarrollado una interpretación en exceso apegada a un «efecto útil» que, a su juicio, ha resultado casi siempre favorable a la Comunidad («*in dubio pro comunitate*»); hasta convertirse en el verdadero «motor de la integración»¹⁰⁶. Y ello, a su juicio, resulta absolutamente incompatible con que los Estados miembros sigan siendo los «los señores de los Tratados», las competencias de la Unión lo sean por atribución expresa y no exista

¹⁰³ A favor de esta propuesta, véase GOLL, U./KENNETNER, M.: «Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? - Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, pp. 101 y ss. Para valorar adecuadamente el calibre de las propuestas recogidas en este importante artículo científico probablemente resulte de interés indicar que uno de los autores a su condición de catedrático suma la de ser ministro de justicia en el Land alemán de Baden-Württemberg. En la Convención, véase por ejemplo CONV 42/02 Contribución de D. Reinhard Eugen Bösch, p. 3 *in fine*.

¹⁰⁴ Véase el editorial «Quis custodiet the European Court of Justice?», *Common Market Law Review* 1993, pp. 899 y ss.

¹⁰⁵ En el plano político, para no recurrir a los clásicos ejemplos de rúbrica británica, puede citarse a título de ejemplo las gruesas afirmaciones que ya en 1979 realizaba el Primer Ministro francés, Michel Debré: «J'accuse la Cour de Justice de mégalomanie maladive»; citado en MANCINI, G. F.: «The Making of a Constitution for Europe», en *ib.*, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 1 y ss., en p. 1. En el plano jurídico han sido abundantes las acusaciones de un «activismo judicial» exagerado y de un «legislative character of certain judgments», que frecuentemente serían claramente contrarios a los Tratados; véase por todos HARTLEY, T. C.: *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 40-42, con múltiples referencias doctrinales en la nota 71.

¹⁰⁶ GOLL, U./KENNETNER, M.: *loc. cit.* («Brauchen wir...»), pp. 101-102 y 104-105.

una «competencia sobre la competencia» en favor de la Unión. Por ello, como quiera que consideran que el establecimiento de un catálogo claro de competencias aunque deseable resulta particularmente difícil de insertar en el peculiar proceso de integración europea¹⁰⁷, la única vía a explorar para garantizar *a futuro* un adecuado cumplimiento del reparto de competencias fijado en los Tratados es retomar la vieja idea lanzada por los *Länder* en la década de los noventa en favor de crear un gremio *ad hoc* que se encargara de controlar la aplicación del principio de subsidiariedad. En esta línea, ahora se propugna atribuir a ese gremio una naturaleza judicial y ampliar su ámbito de actuación a todo el control sobre las competencias comunitarias como única vía posible para garantizar un adecuado control judicial del orden competencial comunitario.

Así, proponen que ese nuevo Tribunal esté formado por representantes de los Tribunales Constitucionales nacionales (o en su defecto por de los Tribunales Supremos en aquellos Estados donde no exista un Tribunal Constitucional) y se permita la incorporación de algún juez del TJCE para poder garantizar a la vez la coherencia de la jurisprudencia comunitaria. Dicho Tribunal conocería únicamente de recursos interpuestos por Estados contra actos adoptados por las instituciones comunitarias basados en una extralimitación competencial. Como consideran que dichos recursos no serían frecuentes, conciben la nueva jurisdicción como un Tribunal *ad hoc* de carácter no permanente que se reuniría únicamente para la resolución de los recursos aludidos. Funcionaría, dicen, al estilo de como lo hacía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes de la entrada en vigor del Protocolo 11¹⁰⁸.

La propuesta resulta sin duda sugerente, aunque en el fondo no es tampoco novedosa ya que en la década de los noventa Joseph WEILER había planteado ya algo semejante¹⁰⁹. Pero, a nuestro juicio, genera bastantes más

¹⁰⁷ *Ib.*, pp. 103-104.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 105.

¹⁰⁹ En el fondo este planteamiento no resulta tan novedoso como podría creerse. De hecho, ya antes había merecido también fuera de Alemania cierta atracción a un sector doctrinal de especial prestigio. Joseph H. H. WEILER en una conferencia pronunciada en la *London School of Economics* en 1997 propuso la creación de un Consejo Constitucional Europeo (*European Constitutional Council*) diseñado a partir del modelo del Consejo Constitucional francés, que sería competente para conocer conflictos de competencias que le plantearan la Comisión, el Consejo el Parlamento Europeo o cualquier Estado y que estaría compuesto por jueces de los Tribunales Constitucionales nacionales (o sus equivalentes) y el Presidente del Tribunal

problemas que ventajas¹¹⁰. No entraremos en consideraciones valorativas a propósito de la «agenda política» del Tribunal de Justicia como supuesto «juez y parte» ni tampoco entraremos en las dificultades políticas que encontraría una propuesta que precisa el respaldo de todos los Estados miembros y que de momento no parece tener un especial eco en la Convención. Aquí nos limitaremos a apuntar algunas dificultades «técnicas».

En primer lugar, al estarse creando un segundo nivel de control sobre el orden competencial comunitario habría que considerar la forma de conciliar sin distorsiones su jurisprudencia «especial» con la que emanara de forma «ordinaria» del Tribunal de Justicia. Resulta, a nuestro entender, fuera de toda lógica pensar en la posibilidad de «compartimentalizar» esta jurisdicción especial para evitar hablar de una jurisdicción que estuviera «por encima» de la del Tribunal de Justicia. Efectivamente el tipo de recurso propuesto no deja de ser una cierta modalidad especial del recurso de anulación del artículo 230 TCE. Pero no puede olvidarse que en determinados supuestos las instituciones comunitarias también gozan de legitimación activa para interponer un recurso de nulidad —en la propuesta de GOLL y KENNETNER se limitaba la legitimidad en el nuevo recurso a los Estados— e incluso las personas físicas o jurídicas que, conforme al sistema jurisdiccional comunitario (ordinario)¹¹¹ podrían interponer un recurso

de Justicia. Sus decisiones se adoptarían por mayoría, de forma que ninguna visión constitucional nacional por sí sola dispusiera de un derecho de veto. La conferencia se publicó posteriormente en WEILER, J. H. H.: «To be a European Citizen: Eros and Civilization», en *id.*, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 324 y ss., en pp. 353-354.

Incluso, una década antes (en 1985) Klaus FRIEDRICH había hecho ya una propuesta muy semejante, si bien la composición la concebía de forma paritaria entre jueces nacionales y jueces del Tribunal de Justicia; FRIEDRICH, K.: «Bundesfinanzhof contra Europäischen Gerichtshof», *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1985, pp. 794 y ss.

¹¹⁰ Cfr. igualmente el editorial de REICH, N.: «Brauchen wir eine Diskussion um ein Europäisches Kompetenzgericht?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, p. 257. También contrarios a la creación de un Tribunal *ad hoc*, ARNOLD, R.: «Die Rolle der Mitgliedstaaten in der Europäischen Verfassungsordnung», *Europäisches Wirtschafts—und Steuerrecht*, 2002 y ss., en p. 222; EVERLING, U.: «Quid custodiet custodes ipsos», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, pp. 357 y ss., especialmente 361-363.

¹¹¹ Parece existir en este momento una tendencia jurisprudencial a flexibilizar el concepto de persona afectada individualmente en el sentido del artículo 230 TCE, matizando la rigidez anterior; véase sentencia de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré!*

que afectara al mismo acto sobre el que el Tribunal *ad hoc* conociera de un recurso (especial). Incluso aunque se pensase para estos supuestos en una atracción de jurisdicción hacia el nuevo Tribunal *ad hoc* (facilitada por el plazo de los dos meses previsto para el recurso de anulación ordinario), se estaría desconociendo que el Tribunal de Justicia también conoce de cuestiones competenciales a través de cuestiones prejudiciales de validez (art. 234 TCE)¹¹² o incluso podría llegar a hacerlo a través de recursos por incumplimiento (arts. 226-228 TCE) o hasta por excepciones de ilegalidad.

Por tanto, como derivación de la posibilidad anterior habría que articular, en segundo lugar, algún tipo de mecanismo judicial que resolviera las posibles divergencias —evitemos el término «conflictos»— entre ambos Tribunales. Resultaría, pues, irremediable plantear la discusión en términos de «quién decide en última instancia» o, dicho de forma más burda, «quién está por encima de quien». Obvia señalar las consecuencias que dicho planteamiento tendría sobre la propia concepción futura del Derecho Comunitario. Máxime en un momento en el que la discusión sobre la eventual inclusión de la Carta de derechos fundamentales en los Tratados plantea también con toda crudeza un serio problema ante la posible agudización de unas divergencias interpretativas entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que con el caso *Matthews*¹¹³ (y algún otro) ya han sobrepasado la frontera de lo meramente hipotético¹¹⁴.

Comisión (T-177/01, no publicada aún en la Recopilación oficial), especialmente apartado 50. Con todo, probablemente resulte algo exagerado considerar que se trata de una «revolución legal»; *El País* de 12 de mayo de 2002 (suplemento de Negocios).

¹¹² Véase, por ejemplo, el asunto C-74/99 *The Queen c. Secretary of State for Health y otros* (*ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros*, *cit.*), a propósito de la ya reiteradamente citada Directiva sobre publicidad del tabaco; *vid. supra*.

¹¹³ Sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*. Véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: «Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos humanos y Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1999, pp. 95 y ss, especialmente p. 102; SCHUTTER, O. de/L'HOEST, O.: «La Cour Européenne des Droits de l'Homme juge du Droit Communautaire: Gibraltar, l'Union européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Cahiers de Droit Européen* 2000, pp. 141 y ss; SCHERMERS, H. G.: «European Court of Human Rights - Matthews v. United Kingdom», *Common Market Law Review* 1999, pp. 673 y ss.

¹¹⁴ Esta problemática la hemos desarrollado en nuestro trabajo «La protección de los Derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza»,

En tercer lugar, surgen igualmente problemas técnico-jurídicos de primer orden derivados de la enorme dificultad para diferenciar claramente en la práctica las cuestiones estrictamente competenciales del resto de cuestiones de jurisdicción, digamos, ordinaria. En recursos de anulación ciertamente se alega con cierta frecuencia, por ejemplo, la violación del principio de subsidiariedad. Pero casi siempre unido inseparablemente a otros motivos no siempre emparentados con la subsidiariedad. Frecuentemente queda entrelazado con cuestiones de mercado interior, con el control de proporcionalidad o incluso con la cuestión de la posible violación de principios generales del Derecho Comunitario o hasta de derechos fundamentales. Como ejemplo que ponga de manifiesto que no se trata de una «posibilidad de laboratorio» que hayamos ideado en el mundo de las ideas para rebatir la propuesta de un Tribunal *ad hoc*, puede resaltarse que en la ya citada sentencia sobre la Directiva para la protección de las invenciones biotecnológicas, además de la violación del principio de subsidiariedad, se adujeron para pedir su anulación por los Países Bajos otros cinco motivos diferentes no siempre reconducibles a la cuestión competencial: inadecuación del artículo 95 TCE, vulneración del principio de seguridad jurídica, incumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional, violación del derecho fundamental al respeto de la dignidad humana y la existencia de vicios sustanciales de forma en la adopción de la propuesta de la Comisión¹¹⁵. A esta lista de motivos, suficientemente variada en otros asuntos, podrían añadirse todavía motivos adicionales como, por ejemplo, el principio de lealtad comunitaria (art. 10 TCE) también alegado en alguna ocasión junto al principio de subsidiariedad y al de proporcionalidad¹¹⁶.

Por último, en cuarto lugar, no puede por menos que recordarse una vez más que uno de los objetivos básicos de la reforma prevista para el 2004 es precisamente el de introducir un mayor grado de transparencia en la delimitación y supervisión de las competencias comunitarias. Difícilmente se lograría ese objetivo creando nuevas instancias judiciales al es-

Anuario Jurídico de La Rioja 2000-2001, pp. 387 y ss, especialmente pp. 420-423. Vid. igualmente CANOR, I.: «Primus inter pares: Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?», *European Law Review* 2000, pp. 3 y ss.

¹¹⁵ Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, *cit.*), apartado 12.

¹¹⁶ Véase, a título ilustrativo, sentencia de 22 de octubre de 1998, *Hillmar Kellinghusen y Ernst-Detlef Ketelsen* (C-36/97 y C-37/97, *cit.*).

tilo de las propuestas. Complicaría el sistema de control judicial, pondría en cuestión el papel del Tribunal de Justicia como garante del respeto del Derecho Comunitario (art. 220 TCE) y serían germen de posibles divergencias interpretativas entre ambos Tribunales. En realidad, constituiría un buen camino para disminuir esa transparencia, a la vez que se sacrificarían también buenas dosis de la eficacia y flexibilidad existentes en la actualidad.

Por ello nos parece más adecuado mantener las bases esenciales del actual sistema de control judicial basados en la jurisdicción del Tribunal de Justicia e intentar articular propuestas que dentro de él hagan desaparecer las deficiencias que sin duda existen en la actualidad en materia de competencias. Una sugerente propuesta es la de regular la posibilidad de un recurso previo ante el Tribunal de Justicia.

c) La posibilidad de un recurso previo

En efecto, existen también propuestas para introducir un recurso adicional de nuevo cuño mediante el que el Tribunal de Justicia podría conocer *a priori* de conflictos de competencias, fundamentalmente por inobservancia del principio de subsidiariedad (y en su caso también del proporcionalidad). Un destacado defensor de esta posibilidad es el Parlamento Europeo, el cual en el ya citado Informe LAMASSOURE, siguiendo la estela que dejó en 1990 el informe GISCARD¹¹⁷, se realiza una propuesta concreta de jurisdicción consultiva. La legitimación activa para interponer el recurso recaería en la Comisión o en una minoría significativa del Consejo o del Parlamento Europeo. Se tramitaría con urgencia, de manera que debería incoarse en el plazo de un mes desde la adopción de la norma y el Tribunal de Justicia habría de pronunciarse en un plazo de un mes. La causa alegable en el recurso sería únicamente la existencia de un conflicto de competencias por inobservancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹¹⁸.

¹¹⁷ Doc- A3-163/90 de 4 de julio de 1990, parte B. En su momento, tras calibrar sus ventajas e inconvenientes, nos pronunciamos a favor de dicha propuesta; «La incidencia del principio de subsidiariedad en el *modus operandi* de la Comunidad Europea», *Anuario Jurídico de La Rioja* 1995, pp. 95 y ss, en p. 120.

¹¹⁸ Informe LAMASSOURE sobre la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, *cit.*, p. 13 y pp. 26-27.

Podría discutirse sobre la pertinencia de algunos aspectos concretos de su articulación. Sería el caso, por ejemplo, del número de Estados necesario; la propuesta habla de una «minoría cualificada del Consejo» por lo que quedaría excluido cuando lo propusiera un único Estado. También sería el caso de la determinación del momento más adecuado para la interposición; la propuesta lo fija tras la aprobación, pero encajan también otras posibilidades como el de la publicación de la propuesta de la Comisión o después de la votación parlamentaria, pero antes de la aprobación definitiva. Pero a nuestro entender lo fundamental es que se trata de una propuesta atractiva que podría servir para reforzar el control judicial del orden competencial. Resaltaría la importancia de la delimitación de competencias dentro del orden jurídico comunitario. Consolidaría la dimensión constitucional del Tribunal de Justicia. Reforzaría las garantías para los Estados miembros de un más adecuado control judicial de la delimitación de competencias y su ejercicio por las instituciones de la Unión. Y mantendría en lo fundamental la coherencia del sistema sin afectar seriamente a la eficacia y flexibilidad.

Obviamente existen también inconvenientes. Podría pensarse, por ejemplo, en una sobrecarga del Tribunal de Justicia; o en la insatisfacción (por insuficiente y continuadora del *statu quo*) de quienes parten de una desconfianza ante el Tribunal de Justicia. Desde la perspectiva jurídica podrían plantearse también dificultades técnicas de cierta consistencia. Seguiría siendo difícil separar en la motivación el principio de subsidiariedad del resto de motivos que suelen concatenarse cuando existen dudas sobre la nulidad de un acto. Y, desde luego, debería articularse con toda claridad que el referido recurso *a priori* basado en la violación de los principios de subsidiariedad no excluiría que el acto sometido a ese control judicial previo pudiera ser controlado *a posteriori* a través de los mecanismos judiciales ordinarios por cualquier otro motivo. Pese a ello, es una interesante propuesta que nos parece merecedora de atención por la Convención y por la CIG'2004.

d) Mejoras puntuales del actual sistema de control judicial

Para concluir, podrían señalarse otras modificaciones del actual sistema de control judicial que podrían contribuir a mejorar la «supervisión» de la actual delimitación de competencias entre la Unión y los Estados

miembros. Con carácter general habría que continuar el camino de las reformas del sistema jurisdiccional comunitario abierto por el Tratado de Niza (salas jurisdiccionales, refuerzo del TPI, cuestión prejudicial, etc.)¹¹⁹ porque, dicho en palabras de Joseph WEILER, «el Tribunal no puede desempeñar sus funciones de manera eficiente con las tareas que se asignan actualmente y con su actual composición»¹²⁰. Y, a diferencia de algunas de las propuestas que se han ido analizando en anteriores páginas, el Tratado de Niza, en esta ocasión con palabras de Dámaso RUIZ-JARABO, «parece que no ha cuestionado otros elementos igualmente decisivos para asegurar una justicia efectiva, como la independencia y la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios y de sus integrantes, ni la calidad o el carácter ejecutivo de las resoluciones judiciales, ni la operatividad del control jurisdiccional que desarrollan, ni la protección que confieren a los particulares»¹²¹.

Con carácter particular surge de nuevo la recurrente cuestión de ampliar la legitimación activa en el recurso de anulación para extenderlo, según las diferentes propuestas, a los Parlamentos nacionales¹²², a los Parlamentos o ejecutivos de las regiones con competencias legislativas propias¹²³ e incluso reforzar la legitimidad de los particulares¹²⁴ a la par

¹¹⁹ Sobre esta reforma pueden verse los interesantes trabajos de RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «La reforma del Tribunal de Justicia realizada por el Tratado de Niza y su posterior desarrollo», en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), *Tratado de Niza - Análisis, comentarios y textos*, Colex, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: «El Tratado de Niza y el sistema jurisdiccional de la Unión Europea», *La Ley* 2001, núm. 5238, pp. 1 y ss.; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja* 2001, núm.7/8, suplemento, pp. 27 y ss.; ROLDÁN BARBERO, J.: «La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2001, pp. 77 y ss.

¹²⁰ WEILER, J.H.H.: «La arquitectura judicial después de Niza», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *op. cit. (La encrucijada constitucional...)*, pp. 469 y ss., en p. 471.

¹²¹ RUIZ JARABO COLOMER, D.: «La articulación de los Tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los Estados miembros», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *op. cit. (La encrucijada constitucional...)*, pp. 509 y ss., en p. 513.

¹²² Cfr. (CONV 47/02, p. 19).

¹²³ Para desarrollar esta posibilidad véase nuestra propuesta con ocasión de la CIG'96, *La posición de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Propuestas para una reforma)*, IVAP, Oñate, 1996.

¹²⁴ En algunos casos se reclama esta posibilidad respecto a las Directivas; REICH, N.: *loc. cit.* («Brauchen wir eine...»), p. 257.

que se introdujera también un nuevo recurso para la protección de los derechos fundamentales ¹²⁵.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

No cabe duda que la delimitación de competencias está llamada a constituirse en una de las cuestiones más intensas e interesantes del debate constitucional abierto en el proceso post-Niza. Pero también más polémica; no en vano hablar de competencias es hablar de poder y con ello de la naturaleza misma de la futura Unión Europea. La Convención y la CIG'2004 tienen ante sí una asignatura nada sencilla de superar con éxito, si se tiene presente que, además de no existir ninguna solución milagrosa capaz de desterrar los conflictos de competencias en ningún ente político de naturaleza compleja, concurren posiciones muy difícilmente conciliables entre sí. Entre la propuesta de Tony BLAIR, reclamando que uno de los documentos que integraran la futura Constitución europea fuera un *Statement of principles* —de carácter político y no jurídico— que recogiera una *Carta de competencias* clara, sencilla y comprensible para el ciudadano ¹²⁶, y la ya citada propuesta de Joschka FISCHER, que reclama igualmente una clarificación de la delimitación de competencias, podría parecer a primera vista que no dista gran distancia. Pero la realidad es que, más allá de las semejanzas literales y retóricas, ambas propuestas están separadas por el mismo abismo que dista entre el modelo intergubernamental y el modelo federal. Parecida disparidad de concepciones se percibe también en los primeros trabajos de la Convención.

Precisamente por ello en la cuestión de las competencias no debería esperarse de la CIG'2004 un giro copernicano. Más bien cabría desear que de la próxima CIG saliera una serie de reformas que permitiera, sobre todo, limar la actual falta de transparencia del sistema competencial de la Unión de manera que las disposiciones competenciales que contenga el texto

¹²⁵ LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: «Derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea», en MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *op. cit. (Instituciones y Derecho...)*, pp. 293 y ss., especialmente p. 302.

¹²⁶ Véase su discurso en Varsovia de 6 de octubre de 2000, <http://www.fco.gov.uk>. Cfr. igualmente el proyecto articulado de constitución que el semanario británico *The Economist* publicó tres semanas después del citado discurso de BLAIR en Varsovia, «A Constitution for the European Union», *The Economist* de 26.10.2000.

constitucional que salga en el 2004 contengan el buscado equilibrio entre tres elementos, no siempre fácilmente reconciliables, que deberían inspirarlo: transparencia, eficacia y flexibilidad. Ello porque el proceso de integración ha sido un proceso abierto que, con el paso de los años y las sucesivas reformas de los tratados constitutivos, ha construido un sistema competencial que ha cumplido de manera razonablemente eficiente la función que se esperaba de él, pero sacrificando el elemento de la transparencia.

Habría que tratar, por tanto, de mejorar esta falta de transparencia pero sin intentar pasar ahora al extremo contrario de plantear propuestas que propugnen un nuevo diseño del sistema en el que quedara petrificado el elemento de la flexibilidad y se limitara notablemente la eficacia a través de mecanismos rígidos de reparto competencial. Es más, en la práctica los conflictos competenciales entre la Unión y los Estados miembros no son tan frecuentes como en ocasiones se cree. Como ha mostrado W. SCHROEDER, muchos de los peligros de la supuesta extralimitación comunitaria en el ejercicio de sus competencias son probablemente más imaginarios que reales y en todo caso resultan exagerados¹²⁷. Además la existencia de conflictos no sólo es consustancial a todos los sistemas de reparto de competencias entre diferentes actores, sino que si son debidamente encauzados (en este caso a través del pertinente control político y judicial) pueden resultar fructíferos e integradores¹²⁸.

El objetivo de la reforma en ciernes no puede ser, pues, el de construir un nuevo sistema para la delimitación vertical de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Entrar en esa senda sería embarcarse en una empresa de imprevisibles riesgos que podría poner en entredicho la esencia misma del acervo comunitario y del propio proceso de integración. Su resultado sería una más que probable crónica de un fracaso anunciado. Supondría además ir contra la racionalidad interna del propio proceso de integración.

Conviene, por tanto, seguir manteniendo la cláusula de imprevisión del artículo 308 TCE (aunque incorporando al Parlamento Europeo al procedimiento) y la cláusula horizontal de armonización del artículo 95 TCE.

¹²⁷ SCHROEDER, W.: «Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht*, 1999, pp. 452 y ss., especialmente pp. 458-461 y p. 465.

¹²⁸ Véase en este sentido DAHRENDORF, R.: *Gesellschaft und Freiheit: Zur Soziologischen Analyse der Gegenwart*, Piper, Munich, 1961, pp. 114-115 y 198-200.

A propósito del principio de subsidiariedad la opción preferible respecto al amplio abanico de propuestas planteadas para reforzar su control político (defensor de la subsidiariedad, comité de sabios, comités de subsidiariedad, comité parlamentario, segunda cámara parlamentaria, etc.) es la de mejorar los procesos estrictamente comunitarios. Para el refuerzo del control judicial del principio de subsidiariedad no nos parece buen punto de partida la desconfianza ante el control ejercido por el Tribunal de Justicia. Como tampoco nos parece adecuado crear un Tribunal *ad hoc* que estuviera integrado por jueces de los Tribunales Constitucionales nacionales (o sus equivalentes), con la presencia de algún juez del Tribunal de Justicia. A nuestro entender, el Tribunal de Justicia ha contribuido decisivamente a la resolución de conflictos de competencias velando por la protección de los equilibrios esenciales que son la base de la Comunidad¹²⁹. Sí cabría, empero, pensar en la posibilidad de modificar puntualmente el sistema procesal actual para mejorar el control de los conflictos de competencias, *v. gr.* la posibilidad de un recurso previo al estilo del propuesto por Informe LAMASSOURE. También podrían realizarse otras modificaciones como la ampliación de la legitimación activa en recurso de anulación para extenderlo a las regiones con competencias legislativas propias e incluso, en alguna medida, reforzar la posición procesal del particular en la línea apuntada por la más reciente jurisprudencia del TPI.

Con todo, se realicen las reformas que se realicen en el sistema de competencias en una UE integrada por casi una treintena de Estados resultará además prácticamente imposible seguir manteniendo un modelo lineal de integración en el que todos los Estados miembros asuman el mismo grado de integración. Más bien habrá que pensar en la existencia de futuras configuraciones asimétricas¹³⁰ en las que los mecanismos de cooperación reforzada podrían estar llamados a jugar un importante papel¹³¹. Expresado con palabras de Jacques Delors, «L'Europe à 27 ne pourra avoir

¹²⁹ Así se expresa en las conclusiones de su muy interesante y documentada tesis doctoral BOSKOVITS, K.: *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 798.

¹³⁰ Así, desde determinadas posiciones politológicas, se habla de un federalismo asimétrico; ALDECOA LUZÁRRAGA, F.: «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm. 7/8, suplemento, pp. 7 y ss.

¹³¹ Sobre este mecanismo de cooperación reforzada puede verse *in extenso* la monografía de URREA CORRES, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002 (en prensa).

qu'un nombre limité de grands objectifs communs (...) alors que le restant, je ne le vois que comme coopérations renforcées»¹³².

RÉSUMÉ

La Déclaration 23 du Traité de Nice sur le futur de l'Union Européenne introduit comme sujet à traiter par la Conférence Intergouvernementale de l'an 2004 la «manière d'établir et de superviser une délimitation plus précise des compétences entre l'Union Européenne et les États membres, respectueuse du principe de subsidiarité». La Convention - dont les travaux ont commencé le 28 février 2002 - considère elle aussi la question des compétences comme un point fondamental, et deux des six groupes de travail constitués travaillent déjà sur cette question.

Dans ce cadre, cette étude aborde le complexe système de compétences qui existe dans l'Union Européenne. En premier lieu, on étudiera les normes de détermination des compétences qui peuvent être soit positives (principe d'attribution explicite de compétences, clause d'imprévision et pouvoirs implicites) soit négatives. En second lieu, on analysera la nature des compétences attribuées à l'Union, différenciant entre les compétences exclusives, les compétences partagées et les compétences complémentaires. Finalement, en troisième lieu, on examinera l'exercice des compétences communautaires, établissant la différence entre l'exercice des compétences communautaires régies par les principes de proportionnalité et de coopération fidèle, et l'exercice des compétences non-exclusives régies par le principe de subsidiarité.

Par la suite, on abordera les principaux aspects de la future réforme du point de vue de la recherche d'un équilibre entre les trois éléments fondamentaux du système de compétences : la flexibilité, l'efficacité et la transparence. Étant donné qu'une des caractéristiques de l'actuel système est sa grande opacité et complexité, les mesures proposées cherchent une plus grande transparence sans que cela suppose une perte de flexibilité et d'efficacité du système résultant. Il s'agit donc de maintenir l'essentiel de l'actuel système de compétences mais en introduisant des réformes ponctuelles.

La future réforme présente trois aspects fondamentaux. Premièrement, la délimitation verticale des compétences entre l'Union et les États membres; dans ce cas, on considère que la substitution de l'actuel système fonctionnel par un système de catalogue fermé de compétences s'avère inadéquate. Deuxièmement, on soutient que l'exercice des compétences non-exclusives de l'Union devrait continuer à être déterminé par le principe de subsidiarité, de sorte qu'on ne devrait pas envisager un principe de détermination de compétences ni étendre son domaine d'action aux régions. En dernier lieu, il faudrait améliorer les mécanismes de contrôle des controverses sur les compétences qui puissent surgir entre l'Union et les États membres, et les controverses sur l'application du principe de subsidiarité. Par rapport au contrôle politique, quelques-unes des propositions de création de nouveaux organes ou institutions posent de sérieuses difficultés et un clair risque d'alourdir les processus

¹³² *Agencia Europe* núm. 8247, de 4 de julio de 2002, p. 3.

de décision. En ce qui concerne le contrôle judiciaire, il serait convenable de maintenir l'essentiel de l'actuelle compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en ce domaine et de ne pas créer de nouvelles instances judiciaires où des juges nationaux participeraient aussi; on pourrait cependant penser à certaines réformes techniques sur la juridiction de la Cour de Justice, comme celle de créer un nouveau recours préalable en matière de compétences.

ABSTRACT

Declaration 23 of the Treaty of Nice regarding the future of the European Union includes the «way of establishing and supervising a more accurate delimitation of competences between the European Union and the member States» as one of the subjects to be dealt with by the Intergovernmental Conference of 2004. The Convention, on which work began on 28 February 2002, also considers the question of competences as one of its basic subjects, and two of the six task forces created are dedicated to this.

In this framework, the present study presents an approach to the complex system of competences currently existing in the European Union. First, mention can be made of the norms for determining competences, which can in turn be positive (the principle of express attribution of competences, clause of unforeseeability and implicit powers) or negative. Secondly, an analysis is made of the nature of the competences attributed to the Union, differentiating between exclusive competences, shared competences and complementary competences. Thirdly, the exercising of Community competences is dealt with, establishing in turn a differentiation between the exercising of any Community competence, for which the principles of proportionality and loyal cooperation prevail, and the exercising of non-exclusive competences, for which the principle of subsidiarity prevails.

Taking this as a basis, the main aspects of the future reform are developed from the perspective of a quest for balance among the three elements around which the system of competences revolves: flexibility, effectiveness and transparency. Given that the current system suffers particularly from great obscurity and complexity, the proposals sustained are addressed to seeking greater transparency, but without this entailing a loss of flexibility and effectiveness in the resulting system. It is, therefore, a matter of basically keeping the current system of competences, while introducing precise reforms.

The future reform has three main aspects. First, the vertical delimitation of competences between the Union and the member States, in which the proposal to replace the current functional system with a closed catalogue system of competences is considered inadequate. Secondly, it is proposed that the principle of subsidiarity should continue to be a principle that determines the exercising of the non-exclusive competences of the Union, and therefore should not be considered a principle for determining competences nor extend its sphere of action to the regions. In third place, the mechanisms for controlling controversies over competences that may arise between the Union and the member States, as well as those concerning the applica-

tion of the principle of subsidiarity, should be improved. As regards political control, some of the proposals for creating new bodies or institutions pose serious difficulties and entail a clear risk of making decision-making processes too long and drawn out. As regards judicial control, the current competence of the Court of Justice of the European Communities to carry out this function should basically be maintained, with no need to create new judicial authorities which would also have national judges, although there is room for considering technical reforms of the jurisdiction of the Court of Justice, such as the creation of a new prior remedy regarding competences.

