

Presentación a cargo del Profesor Martín Rebollo

Señoras y señores en ausencia del profesor Díez de Velasco, Director este año de la Cátedra Cantabria, me ha pedido que le sustituya por unos instantes y presente al conferenciante. Bien, presentar al profesor García de Enterría por una parte es un honor pero por otra es una complicación, porque podríamos emplear mucho tiempo en desgranar aquí los muchos méritos que Eduardo García de Enterría tiene como persona, como académico, como jurista, como maestro de universitarios.

Los alumnos que asisten esta tarde a este acto lo saben, han tenido oportunidad de oír algo del curriculum del profesor García de Enterría y por consiguiente doy por supuesto este conocimiento de una persona absolutamente excepcional, uno de los grandes juristas europeos de este siglo. Yo solamente me voy a referir muy brevemente a la vocación europeísta de García de Enterría, el profesor García de Enterría ha tocado siempre tanta en el plano doctrinal como en otros ámbitos profesionales, los temas frontera, los temas del futuro más que los temas del pasado, y en consecuencia su vocación europeísta se plasma inmediatamente. Hace muchos años de forma tal que cuando España entra en la comunidad económica europea en 1986, muy pocos meses después la editorial Civitas lanza al mercado una obra excepcional codirigida precisamente por García de Enterría; "El Tratado de Derecho Comunitario Europeo".

Más adelante, hace escasamente cuatro años, abordó en una conferencia, en Balonia me parece que fue, o en Florencia, otro de los temas frontera que en estos momentos preocupan en Europa: "Los Derechos Fundamentales en el Tratado de Maastricht". Y es conocida su preocupación por una de las cuestiones que derivadas del Derecho Comunitario se esta proyectando en la vida cotidiana a raíz de la lentitud de los tribunales; me refiera a las medidas cautelares, tema sobre el que ha venido y revenido multitud de veces con asuntos y cuestiones que afectan muy particularmente a los españoles y muy particularmente a algunos españoles de la

costa, y más concretamente a algunos pescadores. El profesor García de Enterría pertenece al grupo europeo de Derecho Público, con sede en Grecia; a la revista europea de Derecho Público; es el fundador y presidente de la Asociación Española para el estudio de Derecho Europeo, pertenece a la academia europea; fue presidente de la federación internacional de Derecho Europeo de 1988 a 1990. Su vocación europeísta al margen de los aspectos relacionados con la comunidad o con la Unión, se plasmó por el hecho de que fue en otra de las grandes instituciones de Europa, que no es la Unión Europea sino el Consejo de Europa, fue el primer juez español del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y ya en relación, y con esto termino, en relación con los aspectos como dije antes de futuro y fronterizos de la comunidad europea, participó en 1988 y 1989 en una serie de trabajos para diseñar la Unión Económica y Monetaria, concretamente participó en el llamado comité "Louis", que elaboró este tipo de trabajos. Por cierto y entre paréntesis el profesor Louis, Jean Victor Louis estará aquí en este mismo ciclo el día 15 de enero de 1998.

Más adelante formó parte de la comisión que auspiciada por el Parlamento Europeo en 1992-1993 elaboró un documento muy importante del que nos van a hablar también esta tarde, el proyecto, anteproyecto o como se le quiera llamar de Constitución Europea y más recientemente en 1996 participó en el llamado Comité de Sabios o Comité Pintasirga presidido por Dña. María Lourdes Pintasirga, que dio lugar a esta pequeña publicación, pero de gran calada y de gran importancia: "Por una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales".

Precisamente sobre estas dos cuestiones el informe del Comité de Sabios de la Europa de los Derechos Cívicos y Sociales, y el proyecto de Constitución Europea de 1994 y lo que de ella ha quedado a puede quedar a raíz de la firma del 2 de octubre pasado del Tratado de Amsterdam, es de la que nos va a hablar el profesor García de Enterría esta tarde aquí, al mismo tiempo que aprovecho para dar la bienvenida a esta actividad colectiva entre el Parlamento de Cantabria y la Universidad, pues le ceda sin más el uso de la palabra.

SOBRE LOS PROYECTOS INSTITUCIONALES ANTERIORES AL TRATADO DE AMSTERDAM: la regulación de las competencias de la Unión en el Proyecto de constitución Europea*

Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande

Catedrático de Derecho Administrativo / Profesor Emérito de la Universidad Complutense de Madrid

I

Uno de los problemas básicos de cualquier agregación de Estados –Confederación, Federación, Estado regional, Estados compuestos, como hoy se tiende a llamar para usar un género común–, uno de los problemas básicos de este tipo de organizaciones es la distribución de competencias entre los dos niveles políticos, entre la organización superior y los Estados miembros, o los *Lander*, o las regiones, o las Comunidades Autónomas en el caso español. Este problema, que curiosamente no ha sido un gran problema en la historia de las Comunidades Europeas, va a empezar a serlo, probablemente en adelante. No lo ha sido, porque los Tratados originarios trataban de algo intencionalmente modesto: la puesta en común por los Estados de un campo muy específico para gestionarlo mancomunadamente; así la CECA, así la energía atómica. Cuando en 1957 se constituye la Comunidad Económica Europea o Mercado Común, ya la cosa empieza a ser un poco más ardua. Ya no se trata de un campo delimitado materialmente con exactitud, como son las industrias del carbón o del acero, o como son las industrias de la energía atómica. Pero lo que en el Tratado de Ro-

ma de 1957 se configura como Comunidad Económica Europea, en el fondo, en aquel momento inicial, encerraba un propósito no demasiado complejo. Se trataba esencialmente de establecer una unión aduanera, que sigue funcionando como canon de referencia. Es la idea alemana de *Zollverein* desde mediados del siglo XIX, desde la enorme proliferación de principados, de señoríos, de ciudades libres, etcétera, y que tuvo un éxito espectacular como vehículo para la formación de la unidad alemana. Esa idea está claramente en la mente de los redactores de los Tratados, y supone un abatimiento general de los aranceles en el ámbito interno de la Comunidad y la creación de un arancel externo. Se crearía así, un mercado interior integrado, aunque la expresión todavía no surgirá hasta el Acta Única. A la vez que esta unión aduanera, que es la idea esencial, se imponen unas normas de concurrencia, que, por una parte, proscriben las prácticas restrictivas de la competencia y, por otra parte, prohíben, también de manera formal, las ayudas del Estado. Con gran lucidez, los redactores del Tratado de Ro-

* La presente Conferencia tiene a su inmediato antecedente en las Actas de El Escorial sobre la Constitución Europea, pp. 197 a 211.

ma vieron perfectamente que los Estados, en los momentos de crisis generalizada —como ocurre ahora, con una visible retracción a esas prácticas proteccionistas—, tienden a proteger a sus propias empresas en detrimento de un sistema de competencia generalizada.

Pero a la vez que estas dos ideas —Unión aduanera y reglas de competencia—, el Tratado de Roma formula también algunas políticas comunes: los transportes, la política agrícola comunitaria, la política comercial, la política regional, al hilo de las ayudas de Estado. Pero en este Tratado de Roma aparece algo realmente nuevo; ya no se trata de delimitar materias claramente, como se reparten los trozos de un pan o de un queso, sino que ya se formulan unos objetivos abstractos, unos fines que producen otro tipo de dialéctica. Estos objetivos abstractos son los que se formulan en los artículos 2 y 3 del Tratado de Roma, los que expresan además las cuatro libertades básicas formuladas como fundamento y objetivo de toda la construcción: la libertad de circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, que se formulan abstractamente, o aunque en algún caso, con alguna especificación como, por ejemplo, en materia de derecho de establecimiento, los artículos 52 y siguientes; o el de la libre circulación de servicios, más complicada, en los artículos 59 y siguientes.

Esta técnica, formular objetivos abstractos y unos fines también abstractos, como meta de toda la construcción, siendo ésta además dinámica, revela enseguida una extraordinaria capacidad expansiva.

II

Felizmente los redactores del Tratado previeron con una extraordinaria lucidez el instrumento adecuado para esta expansión, para que la labor de las Comunidades se fuera extendiendo a campos que no están siquiera aludidos en

los Tratados. Este instrumento esencial es el artículo 235 del Tratado CEE, artículo absolutamente capital, que dice lo siguiente: “*cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad...*” (he aquí que ahora lo que delimita ya la acción de la Comunidad son sus objetivos) “*...sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes*”.

Vean ustedes, por consiguiente, que aquí se prevé la capacidad expansiva de los poderes comunitarios para cumplir los objetivos del Tratado. La realización paulatina de dichos objetivos abstractos, encontrará, en determinadas situaciones que el Tratado no ha previsto, los poderes de acción necesarios. Pues bien, esta cuestión se resuelve muy llanamente, con una fórmula realmente feliz; el Consejo, que son los representantes de los Gobiernos, por unanimidad, o sea los Gobiernos de todos los Estados miembros, a propuesta de la Comisión, y previa consulta (en este momento no vinculante) del Parlamento Europeo, decide por unanimidad. Es decir, aquí está la técnica de lo que luego llamaremos competencias implícitas, o competencias “*necessary and proper*”, necesarias y adecuadas para cumplir los fines propuestos, según la fórmula consagrada por el constitucionalismo norteamericano.

El desarrollo de esos objetivos, la dinámica de los objetivos, que tienen la capacidad de suscitar poderes de acción no previstos en los Tratados sin más que un acuerdo unánime del Consejo, dio lugar a una espectacular avalancha de acciones comunitarias completamente nuevas, no imaginadas por los redactores de los Tratados. Pongo dos o tres ejemplos: no se dice absolutamente nada en los Tratados sobre las sociedades mercantiles, mientras nosotros acabamos hace tres años de modificar toda la regulación en este tema para cumplir Directivas comunitarias. Tampoco se

dice absolutamente nada de la banca privada (se habla sólo del Banco Europeo de Inversiones), y sin embargo, las directivas sobre libre circulación o libertad de los servicios financieros marcan hoy una línea que todos los Estados han traspuesto y han adaptado a sus derechos propios, pues constituye un marco sin el cual no sería imaginable el funcionamiento de los mercados financieros europeos. La política energética no está tampoco aludida; aparece por vez primera en Maastricht como una política formalizada en el Tratado, pero está ya funcionando desde hace muchos años. O el sistema de contratos públicos, simplemente legitimados al hilo de la finalidad de defensa de la competencia.

El Acta Única introdujo ya unas políticas nuevas y a la vez algunas técnicas, más que inéditas, simplemente desplazadas de su aplicación anterior; por ejemplo, la técnica de la aproximación de legislaciones nacionales, que a partir del artículo 100 A, del Tratado de Roma, reformado por el Acta Única, va a habilitar para esta aproximación todas las cuestiones referentes al mercado interior, o mercado único, expresión no del Tratado que ha calado en los usos, en todos los idiomas, por cierto. O la política monetaria.

III

Vamos a detenernos un momento en el caso de la política monetaria, porque es especialmente expresivo del juego del artículo 235. La política monetaria aparece en el Acta Única como un epígrafe de un capítulo nuevo, que no tiene más que un artículo, el artículo 102. A. Sólo en el epígrafe se habla de Unión Económica y Monetaria, entre paréntesis, además. Si se lee, ese artículo 102. A, se verá que no vuelve a aparecer la expresión misma de Unión Monetaria:

“*A fin de garantizar la convergencia de las políticas económicas y monetarias, necesarias para el desarrollo interior de la Comunidad, los Estados miembros cooperarán de*

acuerdo con los objetivos iniciados en el artículo 104. Los Estados miembros tendrán en cuenta para ello las experiencias adquiridas por medio de la cooperación en el marco del Sistema Monetario Europeo... (que es otra cosa que la Unión Monetaria) y del desarrollo del Ecu dentro del respeto de las competencias existentes”.

Lo único que dice, pues, es que tendrán en cuenta la experiencia adquirida, por medio de cooperación (cooperación económica y monetaria no es “Unión”; más bien parece excluir ésta) en el marco del Sistema Monetario Europeo, y del desarrollo del ECU dentro del respeto de las competencias existentes; no es difícil imaginar que esta reserva (dentro del respeto de las competencias existentes) la ha impuesto algún Estado que no quería habilitar con nuevos poderes en materia de Unión Monetaria, a las instancias comunitarias, y así lo confirma el párrafo 2 del mismo artículo 102. A:

“*...en la medida en que el desarrollo ulterior de la política económica y monetaria exigiera modificaciones institucionales se aplicaría lo dispuesto en el artículo 236...*”

que es el artículo referente a la revisión de los Tratados. O sea, todavía se subraya más: si hay que hacer algún cambio, habrá que ir a la revisión de los Tratados.

Y finalmente:

“*...En caso de unificaciones institucionales, en el ámbito monetario, el Comité Monetario y el Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, serán igualmente consultados*”.

No se dice nada, pues, sobre la Unión Monetaria, que ha quedado reducida a ese paréntesis del epígrafe del capítulo. Sin embargo, el Acta Única, que empieza a regir en 1987, da lugar a que en febrero de 1988, por una iniciativa de la presidencia alemana de la Comunidad y que expone Genscher —Ministro que fue tantos años de Asuntos Exteriores—, ante el Parlamento Europeo, como uno de los objetivos de semestre alemán, se propone avanzar en la idea

de la Unión Monetaria. De ahí va a salir la formación del Comité Delors, para que estudie este problema de la Unión Monetaria Europea y presente, en su caso (si el Comité lo considera, en efecto, positivo), una propuesta concreta. Ese informe es rendido, en fin, los primeros meses de 1989 y será aprobado en la cumbre de Madrid de junio de ese mismo año 1989.

Es un informe que habla de las ventajas de una Unión Monetaria Europea, que propone desarrollar en tres fases para culminar en la última, en la que efectivamente habrá una moneda única europea, que será el ECU, y desaparecerán las monedas nacionales, todo ello administrado por un Banco Central Europeo. El Acta Única no decía ni una sola palabra de todo esto, tan decisivamente importante para el proyecto europeo. No obstante, se acuerda entrar en la primera fase de la Unión Monetaria, a partir de primeros de enero de 1991 —ya estamos, pues, antes de Maastricht, en la primera fase de la Unión Monetaria—; España un año después. Esta entrada en la primera fase de una Unión Monetaria, que es una simple referencia, no se sabe aún todo lo que quiere indicar. Finalmente, en las conferencias intergubernamentales que, según el artículo 236, se pusieron en marcha y que concluirían en el Tratado de Maastricht, se desarrollará ya en forma detallada y completa el contenido de esa Unión Monetaria. Pero quede claro que la entrada en esa primera fase de una Unión Monetaria Europea fue adoptada por la técnica del artículo 235, pura y simplemente, con una simple decisión del Consejo, que tanta trascendencia implicó.

IV

Lo que con la anterior exposición me interesa resaltar es que una mera consulta de los Tratados no ilustra de manera concreta sobre cuáles son las competencias actuales de las Comunidades Europeas. Eso hay que dilucidarlo en

todo el acervo comunitario que forman, no sólo los Tratados, sino también el Derecho derivado, las importantísimas Sentencias del Tribunal de Justicia, que han construido *de multitud legum unum jus*, e, igualmente, las decisiones tomadas al amparo del artículo 235, que han jugado un papel absolutamente decisivo.

El resultado es que, aunque pueda sorprender, no están perfectamente claras, pues, cuáles son las líneas que separan las competencias de las Comunidades respecto de las competencias de los Estados. Sin embargo, resulta también, aunque ello pueda sorprender más aún, que esta cuestión no ha suscitado grandes problemas —ninguno, por cierto, ante el Tribunal de Justicia— porque se ha resuelto sistemáticamente con una técnica jurídica puramente formal, la de la primacía del Derecho comunitario, que ha funcionado, como veremos, en el mismo sentido que ha funcionado el sistema federal de los Estados Unidos.

V

En el momento en que se trató de redactar un proyecto de Constitución, nos encontrábamos ante un reto considerable, por consiguiente. Por de pronto, era evidente que había que conservar íntegro, y no disminuirlo, todo el acervo comunitario. No era imaginable una revisión que fuese un retroceso; habría probablemente que asignar a los órganos comunitarios algo más que lo que el acervo comunitario, a lo largo de cuarenta años, ha ido creando, y todo ello ordenado sobre un modelo tendencialmente federal (luego diremos algunas cosas sobre el federalismo). Por otra parte, no resulta nada fácil redactar una lista realmente completa de competencias (y, en cualquier caso, habría de ser sumamente matizada) y distribuido entre los dos niveles, formular un sistema cerrado de listas de competencias de las Comunidades y de los Estados.

Nos encontrábamos con un precedente importante, que ha jugado un valor de referencia en todos los trabajos realizados en este Proyecto Oreja de Constitución, que es el Proyecto Spinelli, de 1984, de Tratado de la Unión Europea. Saben ustedes que Altiero Spinelli, eurodiputado socialista italiano, portavoz del federalismo más puro, pretendió, desde el momento en que los europarlamentarios fueron por vez primera elegidos por sufragio universal en todo el espacio europeo, que ese hecho por sí solo había alterado el equilibrio institucional de los Tratados. Tras una designación electoral, el Parlamento había pasado a ser el representante de los pueblos europeos o del pueblo europeo y, como tal, sería ya el titular, o cotitular al menos, en principio, de un verdadero poder constituyente. Sobre esa idea se realiza el primer proyecto de Constitución europea que es el Proyecto Spinelli, proyecto de Tratado de 1984, y esa idea llevó incluso hasta a intentar contornear la intervención de la Comisión y del Consejo como instituciones que han sido hasta ese momento hegemónicas y remitir el proyecto desde el Parlamento Europeo a los Parlamentos nacionales. Recuerden que el Parlamento aprobó el Proyecto por una espectacular mayoría; fue aprobado el 14 de febrero de 1984, por 237 votos a favor, 31 votos en contra y 43 abstenciones.

Si realmente fuese verdad que el Parlamento Europeo, según la tesis Spinelli, era el representante del pueblo europeo, la cuestión parecía decidida. Pero el Parlamento Europeo, tratándose de la revisión de unos tratados internacionales, tenía que recabar la ratificación de los Parlamentos nacionales. El paso era imprescindible. Hay dos Parlamentos nacionales, el italiano, nada menos, y el griego, que producen esa ratificación. Pero, en fin, las dos grandes instituciones europeas, Consejo (éste compuesto por todos los Gobiernos europeos, a los que era ilusorio pretender excluir del asunto) y Comisión, se oponen a este intento y cie-

rran el proceso. Pero, a cambio, han de ofrecer lo que luego va a ser el Acta Única, rápidamente improvisada. El Acta Única es el precio del abandono del Proyecto Spinelli.

Pues bien, el Proyecto Spinelli en materia de competencias nos ofrece un modelo perfectamente claro. Por una parte, en el artículo 12 distingue las competencias exclusivas de las competencias concurrentes. Las competencias exclusivas, y luego va aplicando estos calificativos a cada una de la lista a la que inmediatamente me voy a referir, supone que la Unión Europea es la única competente y que las autoridades nacionales sólo podrán intervenir cuando una ley comunitaria o de la Unión lo prevea. De otra parte, están las competencias concurrentes (hay que decir que este término competencias concurrentes es un término utilizado en la doctrina polisémicamente, esto es, para decir cosas diferentes), las cuales significan para el Proyecto de Tratado que la acción de los Estados miembros se ejerce donde la Unión no interviene; a la vez, que en estas materias concurrentes para que la Unión intervenga es preciso acudir al famoso principio de subsidiariedad, que es, aunque sin llamarlo en esos términos, donde por vez primera aparece en la dialéctica comunitaria. Sobre esta base, la cuarta parte del tratado, que se llama "Políticas de la Unión", formula una lista, sencillamente, una sistematización de las competencias de lo que hasta ese momento tenía la Comunidad, que va calificando de exclusivas y concurrentes, a efectos de ese juego que ha establecido el artículo 12. Suele ser el fin el que determina la calificación de una competencia como concurrential; así la aproximación de legislaciones, la política de coyuntura para coordinar las políticas económicas, la política monetaria y de crédito, la coordinación del mercado de capitales y control de bancos, las políticas sectoriales y de desarrollo, industria y energía, las estructuras de cooperación industrial, agencias europeas especializadas en el particular, la política social, la política de salud, la políti-

ca de protección de consumidores, la política regional, la política de medio ambiente, la política de educación e investigación, la política cultural, la política de información. Hay 19 artículos que contienen y desarrollan esas listas diciendo si es exclusiva o es concurrente, a los efectos del artículo 12.

VI

Después del Proyecto Spinelli y del acta Única ha ocurrido en Europa por vez primera el primer fenómeno de recelo ante el aumento de poder de las Comunidades Europeas. Este recelo, que hasta ahora ha estado en alguna literatura, no había llegado a estar todavía en los Estados, podemos decir. Fue la señora Thatcher, probablemente, durante su época de Primer Ministro, la primera que pretende que, frente a la política de desregulación que ella está llevando con "puño de hierro" en su propio país, se le oponen políticas intervencionistas, políticas socialdemócratas, dice (Delors es un socialista, en la línea socialdemócrata; fue Ministro del primer Gobierno de Mitterrand, con los comunistas), y, en fin, empezó a hablar del centralismo invasor de Bruselas y a patrocinar una concepción limitada de la Comunidad como una zona de libre comercio, con unos poderes mínimos supranacionales. Posición que en cierta manera ha heredado, aunque más discretamente, su sucesor John Major. Es entonces cuando aparece también el principio o argumento de la subsidiariedad. La subsidiariedad y la proporcionalidad serán por eso incluidos expresamente en Maastricht como un límite de acción de las Comunidades Europeas.

En el artículo 3. A del Tratado CEE revisado en Maastricht acoge dichas dos limitaciones, siguiendo el modelo del Proyecto Spinelli, refiriéndolas a las competencias no exclusivas. Esta mención es una complicación inesperada,

pues resulta prácticamente imposible clasificar las competencias comunitarias actuales en las categorías de exclusivas y concurrentes con alguna firmeza.

Recordemos que en la declaración de la Cumbre de Edimburgo, con presidencia británica, las declaraciones centrales y los grandes temas tocados se refieren a este problema de la subsidiariedad. Se hace una crítica explícita de la política comunitaria, incluso se revisan proyectos legislativos de Derecho derivado de la Comisión y del Consejo, y se suprimen incluso una serie de proyectos. En este momento la perspectiva pasa a ser de recelo ante lo que se llama centralismo de Bruselas, y empieza a presentarse, pues, de otra manera distinta a la que, pragmáticamente, había venido funcionando desde 1951 el problema de la distribución de competencias. Hay que decir que no sólo el Proyecto Spinelli, sino también la exigencia de un sistema de lista de competencias tasadas, el principio de "*enumerated powers*", poderes específicos que son comunes al Estado de Derecho y comunes también a las Organizaciones Internacionales, han comenzado a manifestarse como una exigencia de algunos Estados o grupos políticos. Las Organizaciones Internacionales no tienen cualquier poder, tienen los poderes enumerados en los Tratados. Los Gobiernos no tienen cualquier poder, tienen los poderes que les atribuyen expresamente las leyes. Es un principio que se presenta como una exigencia del Estado de Derecho, frente a un supuesto poder indeterminado, a una cláusula general de competencias, sin límite alguno. Esta idea de la lista de competencias surge ya como una reivindicación en otros medios distintos del inglés, surge, por ejemplo, inesperadamente, desde la perspectiva del problema federal interno en Alemania, sobre todo por los *Länder*, que son enormemente celosos de la pérdida de las competencias que tienen constitucionalmente garantizadas como consecuencia de las iniciativas comunitarias. Y el Senado francés pidió la

misma fórmula de una lista tasada de competencias que delimitará con toda claridad cuál es el nivel de actuación de los Estados y de las Comunidades.

VII

Lo expuesto es la embocadura de que se ha partido para las fórmulas que han pasado al Proyecto de constitución que estudiamos. El Comité de expertos y la ponencia han partido del examen de dos modelos federales concretos. Por una parte, y en primer término, el modelo federal americano. La Constitución americana, que rige con escasas variantes desde 1787, es sumamente simple, como saben ustedes fue la primera que articuló un sistema federal propiamente dicho (Tocqueville observó que era *la grande découverte dans la science politique de nos jours*). Las competencias de la Unión de los Estados Unidos son de dos clases; primero, y así se enumeran (Sección 8ª del Art. I), las competencias necesarias a toda unidad política (el impuesto, la moneda, la nacionalidad, correos y carreteras, el ejército, la armada, las relaciones exteriores, la guerra, la milicia, el derecho de legación, los tratados, las aduanas); y luego, en lo que ya se refiere al terreno en que puede disputar con los Estados miembros, hay una única competencia material, que es la famosa cláusula de "comercio con otras naciones y entre los Estados de la Unión y con las tribus indias", dice la Constitución.

Pues bien, la llamada "cláusula de comercio" ha sido y sigue siendo la matriz de todas las competencias federales en el ámbito interno. Y esto ha podido serlo poniendo en funcionamiento otro principio que aparece, también en la Constitución, la "cláusula de supremacía". La cláusula de supremacía (Art. VI, § 2) dice que esta Constitución y las leyes federales que se adopten de conformidad con lo mismo tienen supremacía sobre la Constitución de los Estados y sobre las leyes de éstos.

El sistema ha funcionado, por consiguiente, de esta manera. La Unión interpreta la cláusula de comercio de una manera cada vez menos sofisticada y más directa.

Los juristas americanos simplemente interpretan que las normas de los Estados miembros quedan desplazadas por las leyes federales contrarias, de las que se predica una "higher obligation" (una vinculación más alta, una vinculación más fuerte); los jueces están obligados a aplicar la norma federal frente a las normas de los Estados, que no quedan derogadas, sino simplemente desplazadas ("preempted"). Si la ley federal desaparece, vuelven a recuperar su sitio anterior. No necesitarían, por tanto, volver a ser promulgadas de nuevo; es un desplazamiento puro y simple. Este sistema ha funcionado hasta que en 1976 una famosa sentencia *National League of Cities*, una asociación nacional de ciudades impugna una normativa federal y gana el recurso ante el Tribunal Supremo Americano. La Sentencia sostuvo que esa idea de la "cláusula de comercio" libremente interpretada por la Unión, prácticamente, puesto que nadie le pone coto, supone que los poderes propios de los Estados miembros estarían a merced de la Unión y que han desaparecido, y que eso va contra un principio esencial de la Constitución Americana.

Durante los años siguientes, el Tribunal Supremo intentó definir muy complicadamente, y de manera enormemente compleja, cuáles son esos límites que serían inaccesibles al poder de la Unión y que deberían garantizarse en todo caso como un mínimo como una competencia necesaria en manos de los Estados. Nueve años después, en 1985 (Sentencia *García V. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 1985), la Corte Suprema abandona resueltamente esta jurisprudencia, simplemente con la fórmula sacramental del Tribunal Supremo Americano: "*National League of Cities V. Usery is overruled*". El intento de definir un ámbito competencial propio de los Estados y exento de los po-

deres de la Unión, que intentó la Sentencia anterior *National League of Cities*, 1976, queda rectificado, *overruled*, eliminado definitivamente. Desde entonces reanudó su pacífico imperio la cláusula de comercio. La cláusula de supremacía, con su técnica formal de *preemption*, resuelve en el plano jurídico todos los problemas.

Así viene funcionando la primera federación de la historia y la más prestigiosa de la actualidad.

Frente a este sistema sumamente simple, el sistema europeo ofrece un modelo distinto, ordenado sobre una técnica de listas de competencias repartidas entre los dos niveles políticos. Es el modelo alemán, el cual formula tres listas en la Constitución, referidas respectivamente a competencias exclusivas de la Federación, de los *Länders* y competencias concurrentes. Este modelo es el seguido por nuestra Constitución, arts. 148 y 149, aunque éste incluye, a la vez que las competencias exclusivas del Estado, las concurrentes entre él y las Comunidades Autónomas.

Los conflictos de interpretación de estas listas dan lugar a un altísimo número de problemas; ocasionan grandes riesgos de conflictos, normalmente deferidos a la decisión del Tribunal Constitucional. En el caso español el número de esos conflictos ha sido verdaderamente notable, aunque actualmente hay una tendencia a la baja, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concluido por establecer criterios bastante claros.

VIII

Pues bien, cuando se redactó el Proyecto de Constitución que estudiamos se entendió que acoger el sistema de lista, que es lo que intentó el Proyecto Spinelli, obligaría a unos análisis enormemente delicados —puesto que las listas de competencias no se encuentran sólo en los Tratados, como ya hemos notado—. Además, se veía claramente que es-

ta fórmula privaba a la Comunidad de un mecanismo que la acercaba a las soluciones simples y eficaces que han funcionado hasta ahora, que son similares a las de la Federación de los Estados Unidos de América.

Aunque de los Tratados pueden extraerse listas materiales de competencias, es sobre todo su competencia por fines o por objetivos, que son capaces de habilitar nuevos poderes por la entrada en juego del art. 235, como el sistema ha funcionado, según hemos visto. Todo eso ha funcionado jurídicamente muy bien, porque la supremacía del Derecho federal sobre el Derecho de los Estados en la Federación Americana es la misma que la que asegura el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos nacionales que, desde una famosa Sentencia de 1964, el Tribunal de Justicia ha establecido como uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

Segunda observación: no existe una sola Sentencia (así: ni una sola) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en que se haya anulado por falta de competencia de las Instituciones Comunitarias cualquier norma de Derecho derivado. Eso quiere decir dos cosas: una, que el sistema ha funcionado bien y que en su simplicidad tiene la mayor fuerza; y otra, que los Estados han aceptado sin ponerlo en cuestión el mecanismo en funcionamiento. Ha parecido a los redactores del Proyecto de Constitución que esta situación debía respetarse a toda costa.

Sobre esta base, los artículos del Proyecto referentes a las competencias de la Unión comienzan con unas afirmaciones esenciales.

Primero, hay que decir que se respeta el principio de "*enumerated powers*", el principio de que todas las competencias de la Unión son competencias de atribución; que no hay competencias indeterminadas, abiertas, difusas. Así el art. 8 dice: "La Unión dispone de competencias determinadas"; no hay competencias indeterminadas, cuya precisión

quede a la sola discreción de cualquier órgano comunitario; son las determinadas por esta Constitución que, además, hace suyo el acervo comunitario.

Se parte, pues, de una incorporación a la Constitución de todo el acervo comunitario, con todos sus elementos heterogéneos, ante cualquier problema concreto, como son los Tratados, el Derecho derivado, las decisiones, las Sentencias, incluso, criterios interpretativos que han funcionado en los usos comunitarios sin ninguna dificultad.

Segundo, los párrafos 2 y 3 del artículo 8 hacen una operación trascendental respecto de los Tratados, que es su incorporación a la Constitución, aunque ofreciendo una distribución capital. En el párrafo 2 se dice que las disposiciones de los Tratados que conciernen a sus objetivos y su campo de aplicación y que no hayan sido modificadas de forma implícita o expresamente por esta Constitución, forman parte del Derecho de la Unión, pero como parte de la Constitución misma, de modo que no podrán ser modificadas más que por el procedimiento de revisión constitucional, es decir, por el procedimiento de leyes constitucionales que esta Constitución establece. Este sistema exige la unanimidad; hay quórum reforzado en el Parlamento, la unanimidad en el Consejo y la ratificación por parte de todos los Estados.

Pero esto, como hemos notado, esa regla no se refiere a la totalidad de los Tratados, sino únicamente a las disposiciones de los Tratados que se refieren a sus objetivos y a su ámbito de aplicación. Todo el resto de los Tratados forma parte igualmente del Derecho de la Unión —siempre que no sean incompatibles con la Constitución—, pero podrán ser modificados por el procedimiento de Ley orgánica, que no exige ya la ratificación de los Parlamentos Nacionales, ni la unanimidad del Consejo, quedando el quórum de participación en el Parlamento reducido a la mayoría.

Aquí se ha distinguido, pues, un núcleo duro de los Tratados, intocable por las instituciones comunitarias, que queda constitucionalizado. Lo que no está dentro de ese núcleo queda desconstitucionalizado; en cierta manera una operación semejante a lo que en el Derecho público interno hace con frecuencia el legislador cuando dicta una Ley que prevé su propia modificación a través de un Reglamento. Es lo que los juristas llaman "deslegalización de una ley". Aquí hablaríamos de la deslegalización (desconstitucionalización, más exactamente) de una parte de los Tratados, que quedaría remitida a una norma secundaria, como lo es la Ley orgánica.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional habría alguna razón para tocar a escándalo, porque aquí se prevé que los Tratados, que son instrumentos de dicho Derecho, puedan cambiar su contenido contra la voluntad de uno o varios de los Estados contratantes, que en un momento determinado puedan quedar en minoría, y sin la ratificación que exige el Derecho Internacional.

Se ha abandonado el terreno del Derecho Internacional, simplemente, y se ha entrado en el de la desinternacionalización de esta relación, que, como de Derecho interno de la Unión, queda remitida a un juego de simples mayorías. Aquí es, me permito señalar, donde se encuentra la verdadera cláusula federal del Proyecto de Constitución Europea. No olvidemos que la federación es originalmente una unión de Estados formada por la unanimidad de los que pactan la federación, pero que, a continuación, en su funcionamiento, dicho pacto federal no requiere ya la unanimidad ni incluso para la modificación de la Constitución o Pacto Federal. En el caso de Estados Unidos (Artículo V de la Constitución) basta con la aprobación de dos tercios de los Estados. En el caso de Alemania no se requiere siquiera la aprobación explícita de ningún *Länder*, bastando con quórums especiales en las dos Cámaras.

Aquí estamos en presencia de un fenómeno análogo. Una parte importante de los Tratados, que es la que no se refiere al campo de aplicación y a los objetivos de ellos, puede ser modificada por una simple Ley interna. Desde un punto de vista jurídico, ello será posible, naturalmente, porque la Constitución debe ser aprobada ella misma como un Tratado, el cual puede operar sobre los Tratados anteriores y efectuar este juego de remisiones (aquí, a la Ley orgánica).

El artículo 9 recoge el principio de las competencias implícitas, que es el principio que la Constitución Americana llama "necessary and proper" (Art. I, Section 8, § 14). La lista de competencias de la Federación en la Constitución Americana enumera esa lista de competencias, más la cláusula de comercio. Y —añade— "todo lo que es necesario y oportuno para ejercitar las anteriores competencias".

Aquí hay que matizar, tal como han hecho los internacionalistas, donde han aplicado la doctrina de las competencias implícitas. También en las Organizaciones Internacionales, como notamos, rige el principio de "enumerated powers"; pero se ha entendido que este principio no queda vulnerado por el principio de competencias implícitas, que sigue siendo una competencia atribuida por la Constitución de una manera indirecta, aunque no recogida en su texto escrito. En este estrechísimo filo que es admitir que hay una competencia implícita, hay que tener en cuenta que ello no puede convertirse en una posibilidad de autoatribución libre, y es aquí donde se mueve la doctrina de los poderes implícitos.

Esto se recoge en el artículo 9 del Proyecto. Se ha querido subrayar, y no ocultar, las fuentes de inspiración, aquí de nuevo la Constitución Americana. Más bien se han querido proclamar los grandes principios establecidos del Estado de Derecho.

Y en el párrafo segundo reaparece el art. 235, pero convertido en otra fórmula distinta. Se dice que si una ac-

ción de la Unión es necesaria para realizar uno de los objetivos que la Constitución haya previsto, pero no ha previsto los poderes de acción requeridos para ello, dichos poderes serán conferidos por una Ley orgánica. Aquí hay también otra cláusula federalizante, en cuanto que hasta ahora el art. 235 pedía unanimidad en el Consejo, y ahora las mayorías cualificadas propias de la Ley orgánica pueden extender los poderes, siempre que estén dentro de los objetivos. Aquí reaparece un principio federal, que es fácil prever que será uno de los caballos de batalla del debate.

Para terminar, el artículo 10 se refiere a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, con una novedad sobre el art. 3.b del Tratado de Roma, modificado en Maastricht. La redacción de Maastricht se refiere a "competencias exclusivas", y aquí se refiere tanto a la extensión de nuevos poderes, como al ejercicio de los poderes de la Unión, de toda índole. Todos esos poderes tienen que estar presididos por esos dos principios de la subsidiariedad y de la proporcionalidad. Los juristas nos hemos preocupado de funcionalizar jurídicamente esta cuestión, de modo que no queden en una simple admonición. A estos efectos, el art. 39, que se refiere a las cuestiones referentes al reparto de competencias (se entiende: entre la Unión y los Estados) adopta el sistema del recurso previo tomado del Derecho Constitucional francés, de modo que dicho recurso pueda resolverse de una manera rápida y sumaria, no publicándose la Ley mientras tanto, operándose así una depuración preventiva de la constitucionalidad.

El recurso de anulación de este artículo 39 es admisible contra los actos de las instituciones (salvo el Tribunal de Justicia) a los que se reproche que excedan de los límites de las competencias de la Unión. Podrá así fiscalizarse también por esta vía preventiva lo que vimos que disponía el artículo 8, según el cual no se puede modificar por Ley orgánica una parte de los Tratados, sino sólo lo que de los

mismos no se refiera a los objetivos y campo de aplicación de dichos Tratados. La interpretación de esta cláusula que podría considerarse ambigua en principio, podrá ser controlada judicialmente, por esta vía procesal nueva. Igualmente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este recurso podrá ser interpuesto por el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo o por alguno de los Estados miembros, después de la adopción definitiva de los actos de la Unión y antes de su entrada en vigor.

De esta manera se espera depurar jurídicamente —y que no quede sólo en simples admoniciones— y que se residencien jurisdiccionalmente ante el Tribunal de Justicia esos conceptos un tanto imprecisos, pero con sustancia normativa indudable, utilizando el instrumento de la razón jurídica, como es propio de toda justicia constitucional, resolviendo esta cuestión en los términos estrictos de la Constitución.

Finalmente, el art. 11 no se refiere a competencias, sino que hace mención a las formas de cooperación en política, defensa, justicia e interior, que no formaban parte (después de Maastricht) del Derecho Comunitario, diciendo que

la Unión tiende a reforzar las formas de cooperación existentes entre los Estados, con vistas a aplicarles los procedimientos y mecanismos comunitarios. Se señala esta tendencia hacia la plena comunitarización de estas materias ya proclamada en Maastricht, pero que queda ahora constitucionalizada.

El art. 12 se refiere a actuaciones de la Comunidad no vinculantes, como las recomendaciones, promociones, etcétera, que han tenido en la práctica una importancia grande y que aquí se constitucionalizan, diciendo que no son vinculantes y que la Unión puede aportar a las mismas un sostén técnico adecuado. Véase, por ejemplo, el programa Erasmus, que responde a ese criterio y que, por tanto, no vincula a los Estados.

En definitiva, el proyecto de Constitución deslegaliza una parte de los Tratados, introduciendo esa cláusula federal, y reconvirtiendo la unanimidad del art. 235 en una ley de mayorías, aunque cualificadas, y generalizando la subsidiariedad y la proporcionalidad, todo ello bajo la garantía jurisdiccional con un recurso previo, sumario y rápido.