

Marcelino Creja Aguirre

Excmo. Sr.
D. Eduardo García de Enterría
Príncipe de Vergara, 62 - 3º Dcha.
28006 Madrid

Madrid, 23 de septiembre de 1993

Querido Eduardo,

Como recordarás por la conversación que tuvimos en su día, es propósito de la Universidad Complutense publicar el Curso completo sobre la Constitución Europea celebrado en la Universidad de Verano de El Escorial.

Dado que no pudiste en su día facilitar el texto de tu intervención, hemos extraído el mismo de las cintas. Te lo envío con el ruego de que nos lo devuelvas, con las correcciones necesarias.

Si estimas que el texto es correcto házmelo saber para que podamos proceder a su inmediata publicación.

Muy agradecido, te envía un fuerte abrazo,

M Creja

Profesor García Enterría

Muchas gracias, por el honor que se me ha hecho al invitarme a este importante curso y muchas gracias también, especialmente por las amabilísimas palabras de Marcelino Oreja en las que están patentes nuestra vieja amistad.

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 genero 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 1.957 se constituye, la Comunidad Económica europea o Mercado Común, ya que 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 la Industria de la Energía Atómica. Pero en el fondo lo que en el Tratado de Roma de 1.957, se configura como Comunidad Económica Europea, en el fondo, en aquel momento inicial se trataba de un propósito no demasiado complejo. Se trataba esencialmente de establecer una unión aduanera, y sigue funcionando como referencia, como canon de referencia. La idea alemana, desde mediados del siglo XIX, desde la enorme proliferación de principados de señoríos, de ciudades libres, etc., y que tuvo un éxito espectacular

como vehículo para la formación de la unidad alemana, esa idea esta claramente en la mente de los redactores de los tratados, lo cual supone un abatimiento de los aranceles en el ámbito interno y la creación de un arancel externo.

.. integrado interior; aunque la expresión todavía no surgirá hasta el Acta Unica. A la vez que esta unión aduanera, se imponen unas normas de concurrencia, que por una parte proscriben las practicas restrictivas de las competencia y por otra parte prohíbe, también de manera formal, las ayudas del Estado. Con gran lucidez, los redactores del Tratado de Roma, vieron perfectamente que los Estados, en este momento de crisis generalizada, --pues por desgracia hay una retracción a estas practicas 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 concurrencia--, el Tratado de Roma formula también, algunas políticas comunes. Además 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 ya producen otro tipo de dialécticas; estos objetivos abstractos son los que se formulan en los artículos 2 y 3, del Tratado de Roma, son 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 establecimientos, el artículo 52 y siguientes; o el de la libre circulación de servicios, más complicada en el artículo 59 y siguientes.

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

Felizmente los redactores del Tratado, han previsto el instrumento adecuado para esta expansión, para que la labor de las Comunidades, se vaya extendiendo a campos que no están ni siquiera aludidos en los Tratados. Este instrumento esencial es el artículo 235, de la Comunidad; 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 a 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 Uds, por consiguiente que aquí se prevé la capacidad expansiva de los objetivos del Tratado, y que la realización paulatina de estos objetivos encuentre, en determinadas situaciones, con que el presente Tratado, no ha previsto los poderes de acción necesarios. Pues bien, esta cuestión se resuelve muy llanamente con una formula 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 y ahora que este articulo no ha sido tocado desde su redacción originaria) previa consulta del Parlamento Europeo, decide por unanimidad. Es decir, aquí está la técnica de lo que luego llamaremos competencias implícitas, o competencias "necessary improper", según la formula consagrada por el constitucionalismo norteamericano.

El desarrollo de esos objetivos, esta dinámica, 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; no se dice absolutamente nada de la banca privada. Se habla del Banco Europeo de Inversiones, y sin embargo, las directivas sobre libre circulación o libertad de los servicios financieros marca hoy una línea que todos los Estados han traspuesto y han adaptado a su derecho propio, 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 que sigue, y está funcionando desde hace muchos años; o el sistema de contratos públicos, simplemente legitimados al hilo de la finalidad de defensa de la competencia. Pero el Acta Única, introdujo ya, unas políticas nuevas y a la vez, algunas técnicas, más que inéditas, simplemente las desplaza en 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. Pero la expresión Mercado único, ha calado en los usos, en todos los idiomas, por cierto. O la política monetaria. El caso de la política monetaria, vamos a detenernos un momento en él, 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 en el Tratado de Maastricht: La integración estaba en el artículo 102, del Acta Único, en la que hay un artículo único con un epígrafe que se habla de Unión o política, unión económica monetaria, además. El epígrafe, si se lee, ese artículo, se verá que no se dice nada del artículo de la política monetaria:

- " A fin de garantizar la convergencia de las políticas económicas y monetarias, se pone ..."

El capítulo tiene un epígrafe que es "Cooperación en materia política económica y monetaria" y luego entre paréntesis (Unión económica y monetaria), en el epígrafe, pero el artículo no dice para nada, ni cita la expresión 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).

Lo único que dice es que tendrán en cuenta la experiencia adquirida, por medio de cooperación 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.

"... 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 ..."

Es 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.

"...En caso de unificaciones institucionales, en el ámbito monetario , el comité monetario y el comite de Gobernadores de los bancos centrales, serán igualmente consultados."

Y no dice más sobre la unión monetaria. Sin embargo, el Acta Única, que empieza a regir en 1.987, da lugar a que en 1.988, por una propuesta de la presidencia alemana de Genscher, ministro que fue tantos años de Asuntos Exteriores, yo creo que fue en febrero de 1.988, ante el Parlamento Europeo propone, como uno de los objetivos de semestre alemán, el avanzar en la idea de la Unión Monetaria. De ahí, va a salir la formación del Comite Delors, para que presente una propuesta; para que estudie este problema de la Unión Monetaria Europea, y presente en su caso, (si lo considera en efecto el comite positivo) una propuesta concreta; ese informe es rendido, en fin, los primeros meses de 1.989, y será aprobado en la cumbre de Madrid, de junio de ese mismo año, 1.989.

Es un informe, que habla de tres fases de la Unión Monetaria que culmina en

la última fase, en la que efectivamente habrá una moneda única europea, que será el ECU, y desaparecerán las monedas nacionales incluso administradas por un Banco Central Europeo. El Acta Única no decía ni una sola palabra de todo esto; no obstante, se acuerda entrar en la primera fase de la Unión Monetaria, a partir de primeros de enero de 1,991 --y estamos en la primera fase, de la Unión monetaria-. Esta entrada en la primera fase, de una Unión Monetaria, que es una simple referencia, no se sabe que quiere indicar, pero que si se sabe que se ha remitido al artículo 236, para llevar eso a Maastricht, en forma orgánica, completa pero la entrada en la primera fase de una Unión Monetaria Europea, fue adoptada por la técnica del artículo 235, pura y simplemente, en una decisión de tanta trascendencia.

Lo que quiero resaltar es que una mera consulta de los tratados no ilustra de manera concreta, cuales son las competencias actuales de las Comunidades Europeas, eso hay que debatirlo, en todo el acervo comunitario que forman, no solo los tratados, no solo el derecho derivado, lo forman también las decisiones tomadas al amparo del artículo 235, que han jugado un papel absolutamente decisivo, incluso las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

No están perfectamente claras cuales son las líneas que separan las competencias de las Comunidades de los Estados aunque este problema ha sido resuelto con una técnica jurídica de la primacía del derecho comunitario, frente --- que ha funcionado, como veremos--, en el mismo sentido, que ha funcionado el sistema federal de los Estados Unidos.

En el momento que se trataba de redactar este proyecto de constitución, nos encontrábamos ante un reto considerable, por consiguiente. Por de pronto era evidente, que había que conservar el acervo comunitario. No era imaginable una revisión que fuese un retroceso; habría probablemente que quedar algo más 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 palabras sobre el federalismo).

Nos encontrábamos con un precedente importante que ha jugado un valor de referencia en todos los trabajos , hasta ahora, realizados en este proyecto del Sr.Oreja, de constitución que es el Proyecto Spinelli, de 1.984. Saben Uds. que Spinelli, portavoz del federalismo más puro, pretende desde el momento que, los europarlamentarios sean por vez primera elegidos por sufragio universal, en todo el espacio europeo, (esa es la tesis actual); eso por si solo, alteraba el equilibrio institucional de los tratados --que en ese momento el parlamento, es el representante de los pueblos europeos o del pueblo europeo y que como tal es 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 Tratado; proyecto de tratado de 1.984, y esta idea la llevan incluso hasta intentar contonear la Comisión y el Consejo como instituciones que han sido hasta ese momento hegemónicas y remitir el proyecto que aprueban, con una espectacular mayoría, fue aprobado el 14 de febrero de 1.984, por 237 votos a favor, 31 votos en contra y 43 abstenciones.

Si realmente es verdad que el Parlamento Europeo, según las tesis Spinelli, era el representante del pueblo europeo, la cuestión parecía decidida. Únicamente el Parlamento Europeo, remite directamente a los parlamentos nacionales, tratándose de la revisión de unos tratados internacionales. El siguiente 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 y Comisión, se oponen a este intento y cierran el proceso, y a cambio ofrece, lo que luego va a ser el Acta Única. 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, que luego va aplicando a 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 solo podrán

intervenir cuando una ley comunitaria o de la Unión lo prevea.

De otra parte las competencias concurrentes (hay que decir que este termino competencias concurrentes, es un término utilizado normalmente, polisemicamente, se quieren decir cosas muy diferentes), aquí lo que el Proyecto del Tratado, quiere decir, es que la acción de los Estados miembros se ejerce donde la Unión no interviene y en estas materias concurrentes para que la unión intervenga, es preciso poner en marcha el famoso principio de subsidiariedad, que es, aunque sin llamarlo en esos términos, donde por vez primera, aparece en la dialectica 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 en exclusivas competentes, a efectos de ese juego que ha establecido el artículo 12, cual puede ser la acción de los Estados, y el funcionamiento previo, el principio de subsidiariedad, solo las concurrentes, y el fin define la política de concurrencia, la aproximación de legislaciones, la política de coyuntura para coordinar las políticas económicas, la política monetaria y de crédito, la coordinación del mercado del 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 política de protección de consumidores, la política regional, política de medio ambiente, la política de educación e investigación, la política cultural, la política de información, --hay 19 artículos, que contienen, que desarrollan esta lista en la que cada vez se va diciendo si es exclusiva o es concurrente, a los efectos del artículo 12--.

Pero entre tanto, ha ocurrido en Europa, 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. Es la Sra. Thacher, probablemente, durante su presidencia, la primera que pretende que frente a la política de desregulación que ya esta llevando con "puño de hierro", en su propio país se le oponen políticas intervencionistas, políticas social-demócratas, --Delors es un socialista, en la línea socialdemócrata, fue ministro del

primer ministro de Mitterand, con los comunistas) y en fin empezó a hablar del centralismo invasor de Bruselas, y a patrocinar una concepción de la Comunidad como una zona de libre comercio, con unos poderes mínimos supranacionales. Posición que en cierta manera ha heredado, aunque mas discretamente su sucesor John Major. Es entonces cuando aparece también el principio de argumento de la subsidiariedad. La subsidiariedad y la proporcionalidad, serán por eso incluidos expresamente, como un limite de acción de las comunidades europeas.

En el artículo 3.A, que sale de Mastrich, bien que siguiendo el modelo, del imperfectamente modelo Spinelli, se refiere a cuales competencias pueden entenderse exclusivas o cuales concurrentes. Siendo además absolutamente imposible el resolver este problema de manera absoluta.

Recordemos que en la declaración de la Cumbre de Edimburgo, a finales del año pasado, 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, ya muy avanzados y en marcha, en fase 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 como pragmáticamente había venido funcionando desde 1.951, el problema de la distribución de competencias. Hay que decir que no solo el proyecto Spinelli, sino también la exigencia de un sistema de lista de competencias tasadas, el principio de "numerated powers", poderes que es común al Estado de derecho y común también a las Organizaciones Internacionales. Las Organizaciones Internacionales no tienen cualquier poder, tienen los poderes enumerados en los tratados. Los Gobiernos no tienen cualquier poder, tiene los poderes que conciernen las leyes, ese principio como una exigencia del estado de derecho en definitiva frente a un supuesto poder indeterminado, a una cláusula general de competencias, sin limite alguno. Esta idea de la lista de competencias, surge ya en otros medios distintos del inglés, surge por ejemplo inesperadamente desde la perspectiva del problema federal interno en

Alemania sobre todo por los "lander", que son enormemente celosos de la pérdida de las competencias que tienen constitucionalmente garantizadas, como consecuencia de las iniciativas comunitarias. Y últimamente --no hace un mes--, el senado francés ha pedido, ha exigido la misma fórmula de una lista tasada de competencias que delimite con toda claridad cual es el nivel de actuación de los estados y de las comunidades.

Bien sobre esta base podemos decir la embocadura de lo que se ha plasmado en el proyecto de Constitución; aquí hemos partido del examen de dos modelos federales concretos; por una parte, el modelo federal americano --la constitución americana es sumamente simple, como saben Uds, y las competencias de la Unión de los Estados Unidos son de dos clases; por una parte, y así se enumera, las competencias necesarias, a toda unidad política (la moneda, el ejército, las relaciones exteriores, el derecho de legación, los tratados, las aduanas); y luego que se va a disputar con los Estados miembros; por otra hay una única competencia material, que es la famosa "cláusula de comercio interestatal entre los Estados miembros, o que afecte también al comercio con la tribus indias", dice, la Constitución--.

Pues bien, la 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 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 los Estados.

El sistema ha funcionado, por consiguiente de esta manera y la Unión interpreta la Cláusula de Comercio de una manera cada vez menos sofisticada.

Los juristas americanos simplemente desplazan las normas contrarias de los estados miembros por una "high obligation" (una vinculación mas alta), una vinculación mas fuerte; los jueces están obligados a aplicar la norma federal frente a las normas de los estados, que dejan --no quedan denegadas-- desplazadas; 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 1.976, una famosa sentencia "National Lique Cities", una asociación nacional de ciudades, se hace portavoz en un recurso y gana el recurso ante el Tribunal Supremo Americano. Se hace portavoz de que esta 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, pues están a merced de la Unión y que han desaparecido, y que eso va contra un principio esencial de la Constitución Americana.

Así lo dice esta sentencia. "National Lique Of Cities", de 1.976, y durante los años siguientes, se intenta definir muy complicadamente, y de manera enormemente compleja cuales son esos limites, que sería inaccesibles al poder de la Unión y que deberían garantizarse en todo caso como un mínimo en manos de las competencias de los Estados . Ocho años después, en 1.984, la Corte Suprema abandona resueltamente esta jurisprudencia, simplemente la formula, sacramental del Tribunal Supremo Americano, el "National Lique of Cities", es simplemente eliminada, y se ha vuelto desde 1984 al principio de la cláusula de comercio libérrimamente interpretada por la Unión y que es la cláusula de supremacía que resuelve en el plano jurídico todos los problemas.

Así funcionó 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 de sistema de lista, que es el modelo alemán,, el cual oferta tres listas en la Constitución, en cuanto a competencias exclusivas de la Federación, de los landers y competencias concurrentes.

Los conflictos de interpretación de estas listas dan lugar a un altísimo índice de problemas; ocasionan grandes riesgos de conflictos, que en el caso español ha sido verdaderamente notable, aunque actualmente hay una tendencia a la baja, porque la

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido criterios bastante claros.

Pues bien, cuando se redactó el proyecto de Constitución, entendimos que cabía acoger el sistema de lista, que es lo que intentó el Proyecto Spinelli, lo cual obligaría a unos análisis enormemente delicados --puesto que las listas de competencias no se encuentran solo en los tratados-- y además, se veía que privaba a la Comunidad de un mecanismo que la acercaba a soluciones que son similares a las de la Federación de los Estados Unidos de América.

También la Comunidad ha funcionado con listas materiales de competencias en los Tratados, pero sobre todo por objetivos que son capaces de habilitar nuevos poderes más que la entrada en juego del art. 235, 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 del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los derechos nacionales, que desde una famosa sentencia de 1.964, el Tribunal de Justicia ha establecido como uno de los pilares fundamentales del ordenamiento comunitario.

Segunda observación; no existe una sola sentencia del Tribunal de Justicia en que se haya anulado por falta de competencia comunitaria cualquier decisión, cualquier norma de derecho derivado, en las decisiones de las Instituciones Comunitarias. Eso quiere decir dos cosas; una, que el sistema ha funcionado bien, y en su simplicidad tiene la mayor fuerza, y otra, que los Estados han aceptado el mecanismo en funcionamiento.

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

Primero, hay que decir que se respeta el principio de "numerated power", el principio de que todas las competencias de la Comunidad desde la Unión son competencias de atribución; que no hay competencias indeterminadas, abiertas, y así dice "La Unión dispone de competencias determinadas"; no hay competencias indeterminadas, que 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 del acervo comunitario con todos sus elementos heterogéneos ante cualquier problema concreto, como son los Tratados, Las Decisiones, Las Sentencias, incluso criterios interpretativos que han funcionado sin ninguna dificultad.

Segundo, los párrafos dos y tres del art. 8 , hacen una operación trascendental respecto de los Tratados, que es su incorporación a la Constitución, aunque ofreciendo una distinción capital. En el párrafo dos se dice que las disposiciones de los Tratados que conciernen 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 del Omnium, pero como parte de la Constitución misma , porque no pueden 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 no se refiere a la totalidad de los Tratados; únicamente las disposiciones de los Tratados que se refieren a sus objetivos y a su ámbito de aplicación. Todo el resto de los Tratados forman parte igualmente del Derecho de la Unión --siempre que no sean incompatibles con la Constitución-- pero pueden ser modificadas por el procedimiento de ley orgánica, que no exige 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, intocable por las instituciones comunitarias, que queda constitucionalizado. Lo que no es así, 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 a si misma su modificación a través de un reglamento. Es lo que los juristas llaman "deslegalización de una ley". Aquí hablaríamos de la deslegalización de una parte de los Tratado 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 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 y se ha entrado en el de la internacionalización de esta relación que queda remitida a un juego de simples mayorías. Aquí es donde se encuentra la verdadera cláusula federal del proyecto de Constitución Europea. No olvidemos que la federación es originariamente una unión de Estados formada por la unanimidad de los que pactan la federación, pero que a continuación, en su funcionamiento, no requiere la unanimidad, ni incluso para la modificación de la Constitución Federal. En el caso de Estados Unidos basta con la aprobación de dos tercios de los Estados. En el caso de Alemania no se requiere siquiera la aprobación explícita de ningún lander, bastando con quórumes especiales en las dos Cámaras.

Aquí estamos en presencia de un fenómeno análogo. Una parte importante, que es la de los Tratados, que no se refiere al campo de aplicación y a los objetivos de ellos, puede ser modificada por una simple ley interna.

El art.9 recoge el principio de las competencias implícitas, que es el principio que los constitucionalistas americanos llaman "necessary improper". La lista de competencias de la Federación en la Constitución Americana enumera esa lista de competencias, más la cláusula de comercio. Y todo lo que es necesario para alcanzar las anteriores competencias.

Aquí hay que matizar, tal como han hecho los internacionalistas, donde han aplicado la doctrina de las competencias implícitas, también a las Organizaciones Internacionales regidas por el principio de "numerated power", 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 explícita,

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 art 9. Se ha querido subrayar, y no ocultar, las fuentes de inspiración. Más bien se ha querido proclamar los grandes principios del Estado de Derecho.

Y en el párrafo segundo reaparece el art. 235, pero reconvertido en otra fórmula distinta. Se dice que si una acción de la Unión es necesaria para realizar uno de los objetivos que la Constitución haya previsto, los poderes de acción requeridos 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, por consiguiente, puede extender los poderes, siempre que estén dentro de los objetivos, y estén de acuerdo los países. Ahora basta con la mayoría cualificada de una ley orgánica. Aquí reaparece un principio federal que será uno de los caballos de batalla del debate.

Para terminar, el art.10 se refiere a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, con una novedad sobre el art.3.b del Tratado de Roma, modificado en Maastyricht, que es que en Maastryck 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 tienen que estar presididos por estos dos principios. Los juristas se han preocupado de funcionalizar jurídicamente esta cuestión, a cuyo efecto aplican el art.39, que habla del reparto de competencias, adoptando el sistema del recurso previo tomado del derecho constitucional francés, resolviendo dicho recurso de una manera rápida y sumaria, no publicándose la ley mientras tanto, habiendo una depuración preventiva de la constitucionalidad.

Así el art.39 introduce un recurso de anulación de un acto que exceda de los límites de las competencias de la Unión. Ello porque aplicando el art. 8 se puede

interpretar que se puede modificar por ley orgánica una parte de los Tratados por entender que no se refiere a los objetivos y campo de aplicación de los mismos, o por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este recurso podrá ser interpuesto por el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo o alguno de los Estados miembros, después de su adopción definitiva y antes de su entrada en vigor.

De esta manera se espera depurar jurídicamente --y que no quede solo en simples imputaciones-- y que se resida jurisdiccionalmente ante el Tribunal de Justicia, utilizando el instrumento de la razón jurídica, 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 forman parte 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.

El art.12 , se refiere a actuaciones de la Comunidad no vinculantes, como son las Recomendaciones, Promociones, etc, 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 un sostén técnico adecuado. Véase, por ejemplo, el programa Erasmus, que no vincula a los Estados.

En definitiva, la 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.