



La armonización fiscal como poder tributario (I): Naturaleza de la Unión Europea y de sus poderes

Juan López Rodríguez

Doctor en Derecho

Extracto

Este trabajo pretende abordar la naturaleza de la competencia de la UE para armonizar la imposición. Con este objeto y en esta primera parte, se atiende a la naturaleza del proceso de integración tal y como se entiende a partir del Tratado de Lisboa. En tanto que la soberanía solo reside en el pueblo constituyente, los poderes del Estado son depositarios del mandato que emerge del mismo. En el ejercicio de su responsabilidad, deciden poner en marcha una comunidad política. Las atribuciones conferidas quedan rodeadas de las necesarias garantías constitucionales. De esta forma, la actuación de las instituciones europeas queda sujeta a las mismas condiciones y límites que encuentran los poderes públicos nacionales. Así, de la misma manera que los poderes públicos no son soberanos, tampoco se cede soberanía a la UE. Al mismo tiempo, las competencias asumidas lo son de forma plena y en las condiciones que tenían en sede nacional. La UE no es un Estado ni una federación, pero es al mismo tiempo Estado, en función de sus instituciones, sus competencias y su ordenamiento jurídico, y se configura conjuntamente con los Estados miembros para gestionar las aspiraciones más generales de los pueblos europeos.

Palabras clave: poderes de la UE; soberanía; instituciones de la UE; derecho de la UE.

Fecha de entrada: 15-05-2019 / Fecha de aceptación: 21-06-2019

Cómo citar: López Rodríguez, J. (2019). La armonización fiscal como poder tributario (I): Naturaleza de la Unión Europea y de sus poderes. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 440, E1-E63.





Tax harmonization as taxing power: Nature of the EU and of its attributions

Juan López Rodríguez

Abstract

This work aims at addressing the nature of the EU attribution to harmonize taxation. For this purpose and in this first part, the nature of the integration process is addressed as understood from the Lisbon Treaty. While sovereignty resides only in the constituent people, the powers of the State are depositories of the mandate that emerges from it. In the exercise of their responsibility, they decide to launch a political community. The conferred powers are surrounded by the necessary constitutional guarantees. In this way, the actions of the European institutions are subject to the same conditions and limits found by national public authorities. Thus, in the same way that public authorities are not sovereign, sovereignty is not ceded to the EU. At the same time, the competences assumed are in full and in the conditions they had at national level. The EU is not a State or a federation, but it is at the same time State, depending on its Institutions, its competences and its legal system, and is jointly configured with the Member States to manage the more general aspirations of European people.

Keywords: EU attributions; sovereignty; EU institutions; EU law.

Citation: López Rodríguez, J. (2019). La armonización fiscal como poder tributario (I): Naturaleza de la Unión Europea y de sus poderes. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 440, E1-63.





Sumario

1. Delimitación y planteamiento sobre poder o atribución en la Unión Europea
2. Naturaleza de las instituciones de la UE
 - 2.1. El Consejo de la UE y el Consejo Europeo
 - 2.2. El Parlamento Europeo
 - 2.3. La Comisión Europea
 - 2.4. El TJUE
 - 2.5. El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales
 - 2.6. El Tribunal de Cuentas
 - 2.7. Naturaleza del entramado institucional
3. Naturaleza de las atribuciones de la UE
 - 3.1. Los objetivos generales de la UE
 - 3.2. Fundamento último de la ostentación de competencias por la UE
 - 3.3. El principio de atribución de competencias. Tipos de competencias
 - 3.4. Los condicionamientos procedimentales de las competencias atribuidas
4. Naturaleza del derecho europeo e incidencia en la configuración en los sistemas jurídicos nacionales
 - 4.1. Referencia al efecto directo, la supremacía y la autonomía del derecho europeo
 - 4.2. Sobre los términos para la plena vigencia del derecho europeo
 - 4.3. Sobre las consecuencias derivadas de la vigencia del ordenamiento jurídico europeo en los sistemas de fuentes y los ordenamientos jurídicos nacionales
5. La necesaria legitimación de la UE y consecuencias para su configuración
 - 5.1. Los elementos de la legitimación de la UE
 - 5.2. La constitucionalización de la UE
6. Sobre la naturaleza de la UE

Referencias bibliográficas

1. Delimitación y planteamiento sobre poder o atribución en la Unión Europea

Este trabajo debe comenzar con una advertencia previa, una delimitación del campo de análisis y, más detalladamente, un planteamiento mediante la referencia a posiciones doctrinales acerca de la materia. Debemos partir de la consideración de aquellos elementos clave del proceso de integración europea que permiten conocer mejor su naturaleza, como conclusión previa al análisis de lo que sea la armonización fiscal observada como expresión de poder.

La advertencia previa tiene que ver con el origen último de las Comunidades Europeas (CC. EE.), hoy la Unión Europea (UE). Se trata en todo caso del fruto de un acuerdo internacional de condición política, entendida esta como arte de lo posible. Con ello se quiere poner de manifiesto que los líderes europeos se conciertan sobre la base de sus aspiraciones políticas que, si bien encuentran expresión en unos textos jurídicos, los tratados, estos no tienen por qué responder hasta el último de sus extremos a las exigencias de la dogmática jurídica. En realidad, esta se estira hasta el punto de descoserse en determinadas articulaciones de consensos políticos expresadas en las normas de los tratados. Esto es, el ejercicio que refleja el presente artículo parte de la consciencia de que existen institutos jurídicos propios del derecho europeo que encuentran difícil encaje en las construcciones tradicionales elaboradas por la doctrina científica jurídica. Y, de hecho, observaremos cómo han conducido al replanteamiento de ciertos dogmas clásicos.

Unas reflexiones sobre armonización fiscal europea requieren como tarea previa la delimitación de las materias a abordar. Los tratados europeos contienen disposiciones de contenido tributario que suponen por sí mismas una suerte de armonización al disponer consecuencias de derecho tributario comunes a los Estados miembros. Hay doctrina que también habla de la armonización negativa a la que conducen las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuando aplica las disposiciones del tratado y concreta sus efectos respecto de las legislaciones tributarias nacionales, si bien manifestamos nuestras dudas de que se pueda hablar aquí de armonización, lo que no es óbice para reconocer el papel fundamental que esta institución juega a la hora de precisar el contenido del derecho aplicable, como factor de unificación de dicho derecho así como

revelador de la existencia de un derecho comunitario de la imposición¹. En todo caso, queremos abordar ahora la competencia de las instituciones europeas como fuente del derecho para elaborar legislación en materia tributaria con el objeto de coordinar los sistemas fiscales nacionales con las necesidades derivadas de la construcción del mercado interior europeo.

Afrontamos aquí la cuestión de la armonización como poder o competencia legislativa. Este uso de la conjunción disyuntiva nos abre a una cuestión fundamental y previa para este trabajo: si las instituciones europeas ejercen poder o se trata simplemente de la ejecución de atribuciones específicamente conferidas. No es una cuestión baladí porque afecta al alcance de su ejercicio concreto y a su capacidad para imponerse en los Estados miembros. Es además una cuestión propia de derecho constitucional al poner en debate el ejercicio del poder público y su alcance, con una discusión acerca de quién y cómo lo ejerce, incluso por qué lo hace.

Esta no ha sido una tarea sencilla dada la distinta aproximación al fenómeno de integración continental que se encuentra en la doctrina, en particular la forjada en la perspectiva del derecho internacional y la que aborda el proceso desde la óptica del derecho constitucional. Pero también hay reflexiones divergentes en la doctrina tributaria que, en algún caso, podrían explicarse por su contexto histórico en la medida en que el alcance del proceso integrador ha tenido menor o mayor capacidad para articularse en torno a un modelo organizativo democrático.

El profesor Abad (1970, pp. 451-452)² consideraba que la posibilidad de condicionar los sistemas jurídico-financieros de los Estados miembros era posible gracias al ejercicio del poder así conferido por los tratados, entendido como noción política y sociológica, a través del cual alguien investido de *potestas*, no necesariamente de *autoritas*, podía imponer a otros qué hacer o qué no hacer. Ligaba este poder a la noción misma de soberanía, en una aproximación que implicaba una crisis de este concepto puesto que se aceptaría la posi-

¹ Sobre el papel del TJUE en la construcción del derecho europeo, véase Berlin (1989, p. 221). Sobre el inexistente papel armonizador del tribunal, véase López Rodríguez (2009, pp. 283 y 284). Esta visión, expresada por este autor en ocasiones anteriores, había ya encontrado eco en otros trabajos, véase Grau y Herrera Molina (2003, p. 34), donde se menciona que la naturaleza del tribunal y el ámbito de sus poderes no son los apropiados para conducir un proceso real de armonización fiscal: la armonización negativa no es una verdadera armonización. El tribunal no debe reflejar en sus resoluciones un modelo político particular de imposición y no puede reemplazar al Consejo en su función.

² M. Abad se refería a la definición ofrecida por el profesor Fernández Miranda según la cual se trata de aquella superioridad que otorga la capacidad de hacerse obedecer engendrada por la capacidad efectiva y de hecho de unir a la conducta ajena consecuencias dañosas o útiles. En este sentido, el poder sería una situación puramente fáctica que podría o no venir acompañada de la autoridad que da un matiz espiritual capaz de decidir sobre la legitimidad de tal poder.

bilidad por parte del Estado de transferir alguna de sus facultades a entidades de carácter superior, lo que era inconcebible hacía unas décadas³.

En el pasado, en tiempos de la Comunidad Económica Europea (CEE), pero con posterioridad a las reflexiones referidas del profesor Abad, el profesor Sainz de Bujanda ofreció una perspectiva radicalmente distinta: al definir el derecho comunitario financiero, se refirió al ejercicio del poder financiero de los Estados miembros en el seno de las CC. EE., así como la atribución a estas últimas de competencias para el establecimiento de sus propios recursos y la ordenación presupuestaria de los ingresos y gastos destinados a la consecución de sus objetivos fundacionales (Sainz de Bujanda, 1983, p. 181), concepto en el que intencionadamente solo reconocía la existencia de poder en los Estados en tanto que eludía referir el mismo a las instituciones europeas, respecto de las que solo observaba atribución de competencias. Pero en ningún caso esta atribución suponía una cesión total ni parcial de soberanía. Los Estados miembros conservarían la titularidad del poder soberano por la razón esencial de que los tratados no preveían ninguna merma del poder político de aquellos⁴.

³ Ligaba el profesor Abad el poder supremo de la esfera estatal a la noción misma de soberanía, entendida como la capacidad estatal de decidir fuera de cualquier limitación ajena al mismo Estado, o como la suprema capacidad de conformar la estructura fundamental del Estado. También definida como el derecho inviolable del Estado para autodeterminarse en un territorio específico y en una comunidad política; desde una perspectiva internacional, significaría respetar la constitución de un Estado sin que ningún otro tenga el derecho de intervenir. Y, si bien para los clásicos, la soberanía era ausencia misma de limitación ni externa ni interna y, por tanto, una idea unitaria no susceptible de ser descompuesta ni desmembrada, esta aproximación estaría en crisis. Así, se afirmaba en relación con la soberanía tributaria su erosión por la acción y existencia de las CC. EE. Esta reflexión nos invitaba a abrir una nueva perspectiva sobre la que volveremos, la atribución o no a las instituciones europeas de la cualidad de depositario y comisionado de la soberanía de los pueblos integrados en la UE. Partía para ello del concepto de soberanía de Jansen (2011, p. 233). Es este autor quien afirma la erosión de la soberanía tributaria como consecuencia del establecimiento y la expansión de la UE.

⁴ Recoge así el debate sobre la naturaleza de las instituciones europeas y se plantea la condición de su poder y de su derecho. Los tratados delimitarían las competencias cuyo ejercicio se transfería, mas no la transformación de la estructura política de los Estados. La existencia en las Constituciones de normas que permitían la atribución de competencias no significaba que tal atribución implicase un traspaso de «fragmentos» del poder político. Las CC. EE. no demandaban a los Estados la cesión de derechos soberanos, sino la mera atribución de competencias. Las normas constitucionales contemplarían la atribución de competencias a «organizaciones internacionales». Ahora bien, estas serían formas «societarias» de unión y, por tanto, sujetas a la voluntad de sus miembros. El «germen» de esas formas sería siempre un acuerdo de voluntades, lo que, por supuesto, no impediría que ese germen se institucionalizase de algún modo, dando origen a un «estatuto». El desenlace de los más arduos enfrentamientos en el Consejo sería siempre el mismo: la transacción. Nunca la imposición de un poder político sobresaliente. En fin, para que las Comunidades fueran «definitivas» y el traspaso de poderes «irreversible», hubiera sido necesario un pacto expreso en tal sentido. Desechaba así la naturaleza supranacional del derecho comunitario. Para Sainz de Bujanda, la validez del derecho comunitario derivado quedaba subordinada a su armonía con los tratados. En cuanto al Parlamento (entonces Asamblea consultiva), ni legislaba ni apenas controlaba el ejercicio de las atribuciones de las instituciones europeas. No había camino alguno que transformase los procedimientos previstos en los tratados de atribución de competencias a

Sin embargo, como puntualiza Rodríguez Bereijo (1976, pp. 208 y ss.), en el Estado constitucional moderno, este mismo, en cuanto persona sujeto de derechos y obligaciones, de potestades y deberes, de situaciones jurídicas en general, no puede considerarse soberano, sino que se halla sometido al ordenamiento. Así pues, en el Estado democrático de Derecho la soberanía reside solo en el pueblo y el Estado, organizado en división de poderes, es simplemente cesionario de las potestades necesarias para dar cauce a lo que el pueblo soberano ha dispuesto. Y en función de la organización política del mismo, resulta quien ejerce determinados poderes y quien puede cederlos: tales poderes, a diferencia de la soberanía, sí que serían alienables siempre que tal transmisión se produjera en el marco constitucional previsto puesto que el titular del poder solo puede ejercerlo en los términos en que lo ha recibido. Por tanto, la UE recibe de cada Estado miembro una forma de poder en función de las previsiones constitucionales que determinan cómo y en qué términos esto es posible. Al mismo tiempo, esta atribución implica autolimitaciones puesto que el Estado pierde la capacidad de ejercer poder en los ámbitos en que lo ha transferido⁵.

Más recientemente, con el Tratado de Lisboa y en la doctrina internacional, Amtenbrink y Raulus (2010) afirman que el orden jurídico supranacional europeo ha afectado fundamentalmente a los ordenamientos jurídico-constitucionales de los Estados miembros: el alcance en el que el poder público está determinado fuera de las fronteras tradicionales de los Estados y sus Gobiernos no tiene precedentes. Tradicionalmente, la soberanía estatal se ha definido como el poder o la autoridad final y absoluta de una entidad gobernante en un territorio y una comunidad política dados. En este contexto, es función de las Constituciones definir el orden básico del Estado. Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial, la soberanía estatal se ha visto erosionada en un proceso alimentado por dos hechos paralelos.

Por una parte, se incrementan las interacciones sociales entre fronteras a través del comercio y la cultura, en el fenómeno denominado como globalización, que ha puesto bajo presión la exclusividad en la acción política y la fuente del poder público: la liberalización

los órganos comunitarios. En fin, al derecho comunitario le eran aplicables los principios generales del derecho internacional. El sistema de creación de normas había sido establecido y se mantenía porque los Estados estaban de acuerdo en conformar de ese modo un núcleo de relaciones de interés común. Ningún poder supranacional podía imponerles ese mantenimiento si alguno de los Estados decidiera, en el ejercicio de sus poderes soberanos, segregarse de la Comunidad. La ausencia de poder directo de coerción alejaba a las Comunidades del esquema de cualquier organización propiamente política en la que el poder fuera ingrediente ineludible. La eficacia directa del derecho comunitario en el ámbito interno no sería regla general y existirían supuestos de importancia –precisamente en orden a la creación de recursos tributarios– en los que la participación de los órganos constitucionales internos sería ineludible. De esta forma, solo cabría atribución a una organización internacional para el ejercicio de las competencias correspondientes. Véase Sainz de Bujanda (1983, pp. 186-190). Estas tesis quedaron finalmente recogidas en Sainz de Bujanda (1985, pp. 527 y ss.).

⁵ En este mismo sentido lo comenta Falcón y Tella (1988, pp. 106 a 108).

de los movimientos de bienes, servicios, capitales y otros factores productivos ha generado un mercado que escapa de la esfera de influencia de cualquier Estado y del ejercicio de sus políticas y poderes de decisión.

Por otro lado, surgen organizaciones internacionales a las que los Estados participantes confían el ejercicio de poder público por su cuenta: los Estados no mantienen ya la autoridad final y absoluta y su orden constitucional queda perforado por un nuevo orden jurídico exterior que, además, clama su primacía (Amtenbrink y Raulus, 2010) como forma de entender la relación de las normas de fuente europea y de fuente nacional, como algo distinto a la mera relación jerárquica y que implica la no aplicación, que no anulación, de las segundas cuando entran en conflicto con las primeras (Rosas y Armati, 2012, p. 53). Se ha creado y desarrollado posteriormente un centro supranacional para la definición de las políticas y la toma de decisiones que reclama una autoridad legislativa sobre un rango de materias sobre la base de las competencias atribuidas por los tratados fundacionales a la entidad supranacional. Se genera así un nuevo contexto que clama por mecanismos de distribución del poder público o de demarcación de soberanía entre el orden jurídico constitucional nacional y el supranacional similar al que deben hacer frente los Estados federados. Hay un proceso de transferencia del poder de toma de decisiones como límite a los derechos soberanos de los Estados miembros.

Continúan Amténbrink y Raulus (2010) extrapolando este esquema al contexto propio de la UE. Afirman que, en este caso, la palabra soberanía no forma parte de la nomenclatura europea. Ni el Tratado de la Unión Europea (TUE) ni el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) utilizan esta terminología de forma expresa. Sin embargo, en estos mismos tratados se encuentran elementos que contribuyen a la noción de soberanía: el artículo 4.2 del TUE afirma que la UE debe respetar las identidades nacionales de sus Estados miembros; el artículo 6.1 del TUE expresa que la UE reconoce los derechos, libertades y principios determinados en la Carta de Derechos Fundamentales, que considera como principios generales del derecho de la UE; el preámbulo del TFUE fija la finalidad de fundar una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa; el artículo 5.2 del TUE se refiere a los poderes atribuidos a la UE, incluido el de reforma de los tratados.

Isenbaert defiende que la soberanía es un concepto multifacético que ha variado a lo largo del tiempo en función de la sociedad en la que ha emergido, del paradigma contemporáneo de la autoridad política y de cómo una relación ideal entre Estados, si es que existiera, era percibida. Su visión más actual resalta tres dimensiones: como significado epistémico, una forma de representar y enmarcar la naturaleza de la autoridad política; un concepto simbólico como corona emblemática o atribución de la invocación de lo que implica el acto de parlamento consistente en reclamar tal autoridad política; y un concepto sistémico como una idea de estructura u orden que regula las relaciones entre Estados soberanos. En un contexto actual de globalización, con multitud de instituciones internacionales y supranacionales, el concepto de soberanía debe repositionarse y reordenarse en el esquema que nos representemos a través del cual se dé sentido a nuestro mundo jurídico,

social y político, puesto que el surgimiento de una comunidad internacional que estructura importantes ámbitos a través de organizaciones internacionales ha supuesto dotarlas de competencias que hasta ahora habían sido consideradas esenciales a la soberanía de los Estados individualmente considerados (Isenbaert, 2010, pp. 5 a 7)⁶. Los Estados soberanos se habrían transformado en organizaciones con un gran número de obligaciones jurídicas internacionales y supranacionales y no podrían considerarse más como los únicos ejecutores de la última autoridad. Esta evolución conduce a replantear la tradicional comprensión de la competencia como parte intrincada del concepto de soberanía y se podía definir como su mero ejercicio: se defiende el surgimiento de un nuevo paradigma en el que el concepto de soberanía puede retenerse de forma modificada, lo que requiere librar la competencia del concepto de soberanía (Isenbaert, 2010, pp. 5 a 7 y 55 a 61). Isenbaert define así la soberanía como concepto a través del cual se reclama la autoridad legal y el poder de ordenar supremos en un cuerpo político concreto; es al tiempo poder constituyente y poder constituido, cubriendo tanto a la regla como al regulado, al creador como al creado (Isenbaert, 2010, pp. 61 y 62).

Este autor reconoce que hoy la mayoría de gobiernos, si no todos, están seriamente limitados en el ejercicio de sus supuestas competencias soberanas. El poder de decisión en áreas esenciales quedaría restringido por dos evoluciones recientes, la creciente interdependencia de los Estados soberanos –la influencia creciente de circuitos de poder no jurídicos propios del proceso de globalización– y las obligaciones derivadas de los tratados supranacionales o internacionales así como por el derecho internacional tradicional. Sin embargo, considera Isenbaert, las fuerzas propias de la globalización no implican *per se* una amenaza a la autoridad de los Estados soberanos y las obligaciones de derecho internacional no son tanto límites a la soberanía como una forma de ejercer poderes soberanos y, de hecho, resulta el refuerzo de la soberanía que deriva de articular la comunidad internacional en torno a reglas de derecho y de la nueva capacidad de los Estados para ejercer su influencia como miembros de tratados u organizaciones internacionales (Isenbaert, 2010, pp. 62 a 68).

Esta concepción no puede ignorar el hecho de que hay instancias de autoridad supranacional. Surge la cuestión de si las mismas han adquirido soberanía en su propio derecho y, si es así, qué relación hay entre esta forma de soberanía y la soberanía de los Estados

⁶ Un primer elemento clave en la transferencia de poder fue la renuncia a la declaración de guerra asociada a la pertenencia a Naciones Unidas; posteriormente, surgieron distintas fórmulas de integración económica (CEE) y comercial (reducciones arancelarias concertadas a partir de la Organización Internacional de Comercio). En tercer lugar, se cita al proceso de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos, ámbito que en sí mismo constituye un cambio fundamental del concepto de soberanía, en cuanto que este marco jurídico llegaría incluso a determinar el existente dentro de cada Estado y que, entendemos, jugaría un papel clave en una suerte de constitucionalización de la comunidad internacional.

individualmente considerados. Isenbaert⁷ considera como único paradigma plausible para explicar este nuevo contexto que el establecimiento de la organización supranacional ha supuesto instituir un nuevo cuerpo político o comunidad política sobre la que reivindica la autoridad última de acuerdo con las funciones que desarrolla y los objetivos que persigue y que se extiende sobre el territorio de sus Estados miembros. En cuanto a los Estados miembros, a la frontera física se les une ahora una frontera determinada por funciones y objetivos. Como resultado, coexisten dos cuerpos políticos: el estado-nación clásico y el cuerpo político supranacional de nueva creación. La reivindicación de autoridad última en el cuerpo político funcional de la organización supranacional es el reflejo de la limitación de la autoridad de los Estados miembros individuales al resto de funciones de los respectivos cuerpos políticos nacionales.

Isenbaert utiliza así la denominación de soberanía-función para describir el concepto evolucionado de soberanía. Este esquema supone que ni el Estado ni la organización supranacional van a poder reivindicar una jurisdicción exhaustiva sobre un territorio particular y los mismos se podrán considerar independientes dentro de unos límites definidos funcionalmente. Y, al mismo tiempo, subraya que la soberanía-función sobre una determinada política no autoriza al cuerpo político concernido a una competencia absoluta o exclusiva: el mismo debe tener cuidado de no impedir el desarrollo de funciones o el logro de objetivos sobre los que la otra entidad tiene poderes soberanos. Es más, poseer una soberanía-

⁷ Las próximas reflexiones están tomadas de Isenbaert (2010, pp. 68 a 78). Este autor señala que hay diversas tesis para explicar como es posible que instancias supranacionales condicionen y limiten a los Estados. Hay quien lo explica considerando que se produce una delegación de soberanía por el Estado a la autoridad supraestatal. Sin embargo, la mera delegación debería hacer posible retirar o limitar el mandato y, en el caso de la UE, no encaja con la idea de la supremacía y el efecto directo del ordenamiento jurídico comunitario. Añadiríamos que la delegación debiera implicar control por parte del Estado sobre el ejercicio de la delegación por la autoridad supraestatal y, en la UE, tal control solo es ejercido por las propias instituciones europeas. Otra postura considera que se produce una puesta en común o escisión de soberanía, lo que no encaja con la idea propia del concepto de la existencia de una última autoridad. En ese punto, Isenbaert también acude como argumento contrario a las reglas de conflicto entre las dos potenciales autoridades soberanas, de forma que quien decidiera tal asunto sería más soberana. Esta reflexión introduce complejidad a la cuestión y no ayuda a la posición del autor referido puesto que, observando el caso de la UE, sí que el Tribunal de Justicia, institución de la UE, resuelve tales conflictos y sería «más soberano» que los Estados en las cuestiones sobre las que se atribuye competencia. Esto sin perjuicio de que habría que explicar por qué los tribunales alemanes se reservan el derecho a determinar si la UE o los Estados nacionales son los competentes sobre una determinada materia, como veremos. Una tercera tesis se aproxima a la cuestión resaltando el impacto que el ordenamiento jurídico supranacional tiene sobre los rasgos distintivos del cuerpo político sobre el cual se reclama la soberanía. La organización supranacional reclamaría autoridad de acuerdo con las funciones que cumpliera y los objetivos que persiguiera; cuando estos son nuevos se pone de manifiesto que no cabe explicar la autoridad supranacional desde la delegación de soberanía o desde su división. Se habría alterado así la demarcación de las comunidades políticas sobre la base del territorio, esto es, en términos de fronteras físicas estatales, tal y como resultó de la Paz de Westfalia. Sin embargo, se sigue viendo aquí el problema de determinar quién es la última y exclusiva autoridad.

función en un área política determinada es diferente de la calidad de tener competencia absoluta sobre dicha área. Debe tenerse en cuenta que la soberanía-función de cada cuerpo político persigue el logro de unos objetivos y ejerce las funciones que le son inherentes, lo que implica un rango amplio de medios para lograrlo, de donde resulta claramente que habrá situaciones de concurrencia de actuación de los cuerpos políticos que, en sus propios objetivos, desarrollen competencias en las mismas áreas; un caso claro es la imposición, donde la UE actúa para hacer efectivo el mercado común y los Estados actúan para proveerse de recursos financieros. La soberanía-función y la competencia serían conceptos diferentes: el primero se refiere a la última autoridad para desarrollar funciones o perseguir objetivos que son inherentes a determinadas políticas y el segundo no es algo más que ser capaz de reclamar jurídicamente la autoridad respecto de una determinada materia concreta. Esta delimitación de soberanía conlleva la cuestión acerca de la determinación del alcance de las funciones correspondientes (Isenbaert, 2010, pp. 185-186 y 192). Como veremos, esta cuestión en particular es objeto de debate en el derecho europeo como consecuencia de la aproximación a la misma por determinadas jurisdicciones nacionales, que reclaman la autoridad para determinarla. Por otra parte, insiste en subrayar la diferencia entre el sistema de pluralismo constitucional del sistema estatal federal: en este último caso existe una única Constitución de la que deriva la reivindicación de la autoridad última como instrumento del nivel federal, donde permanece la soberanía, y se puede afirmar que las competencias de los Estados federados resultan de la delegación de la federación al derivarse expresamente de la Constitución.

Las referencias doctrinales anteriores responden a la cuestión sobre el título bajo el cual las instituciones europeas toman decisiones capaces de generar obligaciones en sus destinatarios, ya sean los Estados o las personas. En el dilema inicial sobre la calificación de la actuación de la UE bajo el concepto de poder o de mera atribución ya puede anticiparse que hoy, con el TUE, choca con la mera idea de atribución el hecho de que quien la recibe no solo imponga obligaciones a sus destinatarios a través de actos considerados como legislativos sino que además lo haga mediante un ordenamiento que se autocalifica y se reconoce ampliamente como superior al propio de quien en principio le había atribuido la facultad de elaborarlo. Asimismo, no se trata de una mera encomienda de actuar en función del interés o el objeto de los Estados partícipes que han asignado la función a las instituciones comunitarias. En la actualidad de los tratados europeos es fácilmente identificable un interés y unos objetivos que son propios de la UE, distintos, aunque compatibles, con los propios de los países miembros, y cuyo desarrollo compete a sus órganos de forma independiente y sin más mandato que el derivado de los textos fundacionales. Y hoy tampoco cabe la reversión de las competencias atribuidas a los Estados más que a través de la pérdida de la condición de miembro de la UE o mediante la enmienda de los tratados, lo que requiere la unanimidad.

Podríamos razonar acerca de la existencia de una atribución implícita de soberanía puesto que solo se puede ejercer poder si este es soberano y solo desde la soberanía se puede ejercer poder. Pero la cuestión se antoja compleja de resolver puesto que surgen dudas ante

un principio tan fundamental en la organización política de la sociedad y tan vinculado con la dignidad y los derechos individuales. ¿Se evita la tensión que produce el debate sobre las identidades nacionales? Habría que volver a la puntualización ya hecha acerca de la naturaleza singular de la UE y su derecho. Y así, nuestra reflexión podría derivarse a partir de la constatación de que el derecho europeo es un derecho *sui generis*, como lo son también sus instituciones, lo que no es decir más que no es equiparable a otro ordenamiento jurídico –ni a otra organización internacional– ni encasillable en una particular rama o sector del derecho conocido sin que aportemos luz sobre su verdadera naturaleza. Sí que podemos extraer de aquí una primera idea: es difícil y complejo intentar extender las instituciones y categorías jurídicas tradicionales conocidas a la hora de valorarlo. En este trabajo abordaremos esta problemática a partir de aquellas características que identifican e individualizan las instituciones, las competencias y el derecho europeo para poder así concluir sobre la naturaleza de la UE.

2. Naturaleza de las instituciones de la UE

2.1. El Consejo de la UE y el Consejo Europeo

El Consejo de la UE y el Consejo Europeo están conformados por los representantes de los Estados miembros, lo que introduce una variable importante a considerar para determinar la naturaleza de la UE. Se les achaca claramente su intergubernamentalidad (Rosas y Armati, 2012, pp. 89 y 90)⁸, lo que implicaría un funcionamiento más propio de las relaciones internacionales generales. Siendo esto cierto, tampoco lo es menos que su papel es el de participar en el proceso de toma de decisiones, en el caso del Consejo Europeo sobre la base de su papel de estrategia director de la política europea; en el del Consejo de la UE, como institución investida con poderes para elaborar el derecho común propio de la UE y tomar así decisiones que son conjuntas de y para todos sus partícipes. Como veremos más adelante, la plenitud de los ordenamientos vigentes en cada Estado miembro se conforma sobre la base de la vigencia en su territorio de normas elaboradas en sede comunitaria y por instituciones comunes, aunque las mismas se configuren con representantes nacionales y la dinámica de funcionamiento esté entretejida por el carácter gubernamental de sus miembros. No debe olvidarse que comparecen ante el Parlamento Europeo, lo que permite el ejercicio de funciones de control sobre las mismas⁹, control que quedaría referido al ejer-

⁸ En las páginas 94 y siguientes se extienden sobre este aspecto y hacen un análisis sobre el cómo del ejercicio de sus funciones, en particular la legislativa, así como la designación y composición del Consejo Europeo y del Consejo de la UE y de sus presidencias.

⁹ El artículo 230 del TFUE tiene prevista la comparecencia de estas dos instituciones ante el Parlamento Europeo sin indicar expresamente el fin. El ejercicio de una función de control parece desprenderse de la lectura que hacen Rosas y Armati (2012, pp. 91).

cicio de su papel de instituciones «europeas» y en el cumplimiento de fines «europeos». A esto se añade el proceso legislativo en el que el Consejo y el Parlamento deciden de forma conjunta y en un procedimiento denominado como codecisión. Habría que añadir que la atribución con carácter de monopolio del derecho de iniciativa a la Comisión, autoridad independiente, y la base jurídica a encontrar en el tratado para que esta la adopte, viene a condicionar la inclinación que dichas instituciones pudieran tener a la representación de intereses nacionales (Rosas y Armati, 2012, pp. 97). En todo caso, se refuerza así la condición de instituciones de ámbito europeo a cuyos fines deben servir, incluyendo el papel de fuente del derecho y en la aprobación del presupuesto que da vida a los compromisos comunitarios. No debe olvidarse que el voto del Consejo de la UE es condición para la adopción de cualquier acto legislativo, ya sea por mayoría o por unanimidad, sin perjuicio del papel del Parlamento Europeo en el caso de que sea aplicable el procedimiento legislativo ordinario (Isenbaert, 2010, p. 92). En materia de política exterior y de seguridad común (PESC), son el Consejo Europeo y el Consejo quienes deciden por unanimidad, sin que puedan adoptar actos legislativos; en este caso, se entretiene el acervo común atribuyendo al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores, vicepresidente de la Comisión, el papel de ejecutor de sus decisiones y la capacidad de propuesta, función que de nuevo permite identificar la interrelación de las instituciones europeas para definir el devenir común en las materias correspondientes¹⁰.

Para nuestro propósito ahora, desentrañar la naturaleza de la UE, debe destacarse el papel del Consejo Europeo. Formado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, por su presidente y por el presidente de la Comisión, es una institución de impulsión política que no se mezcla con la actividad jurídica ordinaria del sistema de la UE puesto que no ejerce función legislativa alguna. Se califica como verdadero directorio político de la Unión que, con la crisis financiera del euro iniciada en 2010, ha tenido una deriva hacia una imprevista función de gobierno que se observa como la expresión de un poder emergente fuera de todo marco legal (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 196 y 199-201). En todo caso, y más allá de resaltar el carácter integubernamental, destaca la existencia de una institución en la UE con funciones asimilables a la de un ejecutivo que asume la tarea de dirigirla políticamente y tener la capacidad, más allá de las previsiones estrictas sobre sus atribuciones, de responder a las necesidades planteadas por su devenir cualquiera que sea el ámbito afectado. Como se recuerda, la composición de sus reuniones hacen factible encauzar la actividad «más libre» y, eventualmente, urgente, para lo que cuenta, cuando se considere necesario, de ministros nacionales, miembros de la Comisión e incluso del presidente del Parlamento Europeo o de representantes de Estados terceros (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 203 y 204). La existencia en la actualidad de un presidente del Consejo refuerza su carácter de institución europea, puesto que no tiene un mandato nacional y ejerce una función exclusiva al servicio del mismo, preparando y presidiendo sus sesiones (Isenbaert, 2010, p. 95).

¹⁰ Así está previsto en los artículos 24 y 42 del TUE.

En cuanto al Consejo de la UE, si bien en el mismo están representados los intereses nacionales y encarna el principio de representación de los Estados miembros, no es una conferencia internacional ni sus actos son acuerdos internacionales. El resultado de sus deliberaciones es armonizar los intereses particulares en el superior interés de la Unión. En fin, expresa una voluntad propia, distinta de la voluntad de cada uno de los Estados y su decisión se impone a todos ellos, cualquiera que hubiera sido el sentido de su voto, incluidos los que se hubieran opuesto. Es más, un Estado puede impugnar actos del Consejo que hubiera votado a favor (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 215). Como órgano legislativo, no tiene carácter parlamentario: la base de su legitimidad es internacional y no directamente popular. Sin embargo y como decíamos, en esta función tiene un contrapeso derivado del poder de iniciativa en cuasimonopolio de la Comisión y en la necesidad de tener el acuerdo del Parlamento Europeo, en el procedimiento legislativo ordinario y en algunos casos de procedimiento legislativo especial. Como se afirma, se configura así un sistema de pesos y contrapesos para la cuidadosa articulación del principio de equilibrio institucional (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 222)¹¹.

Estas reflexiones obligan a recordar la existencia de la Comisión Europea: no se trata de un mero secretariado sino de la institución depositaria por su carta de naturaleza del interés común, independiente de los Estados miembros. Su papel como protagonista en la iniciativa de las políticas comunes, artículo 17.2 del TUE, le atribuye un poder claro y configurador en el devenir de la UE, papel que se ve reforzado con la atribución de la posibilidad de retirar sus propuestas cuando las enmiendas que se pudieran introducir condujeran a una ilegalidad manifiesta o, sobre todo, a una distorsión seria de las mismas. Así será en la medida en que mantenga su carácter de autoridad independiente y no se deje someter a los vientos que la pudieran impulsar desde los representantes de los Estados miembros. Se afirma así su considerable influencia sobre la agenda legislativa (Rosas y Armati, 2012, p. 98).

En fin, el Consejo de la UE junto con el Parlamento Europeo se observan como las dos cámaras del órgano legislativo de la UE, que tiene sus competencias legalmente distribuidas entre ambas instituciones. Ahora bien, el juego político se diferencia respecto de lo que es habitual en los Estados miembros en que el poder de iniciativa no les corresponde sino que se reserva a la Comisión Europea, necesaria para iniciar cualquier procedimiento legislativo (Adamczyk, 2018, p. 17).

En fin, el hecho de que estas dos instituciones estén integradas por representantes nacionales es consustancial a cualquier institución política encargada de gestionar asuntos generales, en las que resulta ineludible incorporar la presencia territorial para dar voz a sus correspondientes intereses.

¹¹ Sobre los procedimientos legislativos especiales en los que es necesaria la aprobación del Parlamento Europeo, véase su página 223, nota al pie de página 6.

2.2. El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo, según se concluye de la lectura del artículo 14 del TUE, es esencialmente europeo y democrático: resulta de la elección directa por sufragio universal libre y secreto de los ciudadanos europeos que se configuran en un cuerpo electoral único, organizado en circunscripciones nacionales: se prevé un procedimiento uniforme de votación (art. 223.1 TFUE) y la reglamentación del estatuto de los partidos políticos a escala europea (art. 224 TFUE). Se afirma taxativamente su composición por representantes de los ciudadanos de la Unión. Se le atribuyen funciones legislativas y presupuestarias que no deben minusvalorarse puesto que es imposible que las correspondientes decisiones puedan adoptarse sin su aprobación, lo que sucede generalmente (Isenbaert, 2010, p. 97), salvo en los casos de procedimientos especiales en los que decide el Consejo. Su condición de institución democrática se refuerza al atribuirle competencias de control político, mediante interpelaciones y preguntas, la discusión del Informe General de la Comisión y la moción de censura a esta, dando transparencia y responsabilidad a todo el sistema institucional europeo¹², y la misión de nombrar al presidente de la Comisión así como aprobar el nombramiento del Colegio de comisarios (art. 17.1 TUE). Al mismo tiempo, compartir estas mismas funciones con el Consejo de la UE obliga a matizar estas afirmaciones puesto que ve condicionada su labor. Esto obliga a considerar la composición y naturaleza de esta última institución, sobre la que hemos ya valorado su ambivalencia en cuanto órgano integrado por representantes de los Estados miembros: implica el peso de un poder ejecutivo no elegido directamente por sufragio y la defensa de intereses nacionales en los correspondientes procesos decisorios. Tampoco facilita la labor de identificación del carácter democrático institucional que se prevea el ejercicio de la función legislativa a través de un procedimiento calificado como especial en el que el Parlamento no interviene con capacidad decisoria. El mismo orden de cuestiones suscita su limitado papel en asuntos exteriores y de seguridad común.

En función de sus atribuciones, en especial por su poder colegislador y el control político, se destaca que no es una simple asamblea o conferencia general propias de organizaciones internacionales, siendo difícil ubicarla en un modelo organizativo internacional tradicional. Es más, se afirma que la decisión de dotarse de una institución parlamentaria corrobora la inspiración política del proceso de integración: esta opción por un principio democrático se debe a la creencia de que la integración europea tiene que encontrar sus cimientos políticos en una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos. Se resalta en su descripción su fundación en la democracia representativa y el pluralismo político (Mangas Martín y Liñán Noguerras, 2016, p. 259).

¹² Cómo dicen A. Rosas y L. Armati, es el punto focal del control democrático de la Unión (Rosas y Armati, 2012, p. 90).

Las restricciones a la potestad legislativa derivada del principio europeo de atribución de competencia no deberían suponer un obstáculo para la consideración de su carácter democrático. Sus propias competencias implican limitaciones en el poder de los parlamentos nacionales, sin que por ello estos pierdan su propia esencia.

2.3. La Comisión Europea

Ya desde su origen, la Comisión, que en el Tratado CECA se constituye como alta autoridad, se convierte en referencia angular para la construcción de una organización distinta de los Estados que la integran con capacidad para determinar su vida y objetivos, con sujeción a la previsión de los tratados, pero diferenciada de cada uno de sus miembros. Es así independiente de los Estados y le corresponde impulsar y velar por el interés general de la UE. Vendría a asumir la dirección de sus actuaciones para la consecución de sus fines y la defensa de los intereses comunitarios. Se afirma que no se trataría de un secretariado ni de un equipo de expertos, sino de un auténtico poder político¹³, afirmación que se debe matizar en el nuevo esquema institucional en el que el Consejo Europeo tiene la dirección política general de la UE.

Está dotada de plena legitimidad democrática, puesto que en su formación debe obtener la confianza mayoritaria del Parlamento Europeo tras las elecciones europeas, de forma similar a como sucede en la elección de los gobiernos en las democracias parlamentarias (Mangas Martín y Liñán Noguera, 2016, p. 235). Además, su actuación queda sujeta al control parlamentario hasta el punto de estar previstas la moción de censura y las interpe-laciones; y debe presentar un informe general anual sobre su actividad que es debatido en sede parlamentaria.

Su competencia más importante es el derecho virtualmente exclusivo de iniciativa legislativa, artículo 17.2 del TUE, lo que la sitúa al frente del desarrollo de las políticas comunitarias y primer instigador del proceso de integración¹⁴. Las otras instituciones no pueden, para la mayoría de casos, legislar sin una propuesta de la Comisión. Esta atribución se ve reforzada con lo que se califica como «privilegio de la Comisión» puesto que el Consejo puede aprobar o rechazar el acto propuesto por mayoría cualificada en el procedimiento legislativo ordinario pero si quiere enmendarlo o modificarlo necesita la unanimidad, con lo que se persigue proteger el interés general que encarna la propuesta comunitaria, salvo que se recurra al Comité de Conciliación en segunda y tercera lectura del procedimiento legislativo ordinario o se trate del presupuesto anual, del marco financiero plurianual o de la prórroga del presupuesto. La Comisión puede modificar sus propuestas en todo momento

¹³ Así lo describía Martínez Martínez (1974, p. 10).

¹⁴ Así opina Isenbaert (2010, p. 91).

e incluso retirarlas, lo que le atribuye un verdadero poder de negociación con el Consejo y el Parlamento (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 240 a 242). Por otra parte, le corresponde un papel de control del cumplimiento del derecho europeo por parte de los Estados miembros que hace que se la califique como guardiana de los tratados. Sus poderes se pueden ver ampliados a través de la delegación de capacidad legislativa en su favor del Parlamento Europeo y del Consejo con el objetivo de agilizar el proceso normativo. Es finalmente una Administración con poderes de gestión, incluida la ejecución del presupuesto y la gestión de los fondos estructurales, la política agraria común y la política de pesca, entre otras, así como aplica el derecho de competencia con la consiguiente intervención sobre operaciones empresariales capaces de comprometer la adecuada concurrencia en el mercado y su buen funcionamiento.

2.4. El TJUE

La existencia de un tribunal propio de la UE, de un recurso de incumplimiento (arts. 258 y ss. TFUE), que tiene por objeto verificar si los Estados miembros cumplen con las obligaciones derivadas del derecho europeo, y la disposición de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como jueces del derecho de la UE implican la configuración de un sistema jurisdiccional propio. Este es obligatorio y no depende del consentimiento de los Estados miembros, lo que lo distingue de los tribunales internacionales tradicionales. El TJUE es la institución que encarna el poder judicial en la UE¹⁵.

El sistema jurisdiccional europeo engloba a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deben aplicar el derecho europeo y observar la primacía y la eficacia directa que se predica de sus normas, dándole así una virtualidad práctica. Dichos órganos nacionales deben apreciar la posible incompatibilidad con el derecho europeo de la norma interna (Calderón Carrero, 2006, p. 714)¹⁶. Esto entraña una verdadera modificación del sistema constitucional de los Estados miembros en relación con la función de los jueces, tanto por su obligación de aplicar un derecho que encuentra su fuente fuera del marco jurídico constitucional nacional como por que se ven asimismo obligados, en atención a dicha primacía, a dejar inaplicadas normas nacionales que lo pudieran contravenir a pesar de mantener su validez formal¹⁷. Los órganos jurisdiccionales nacionales son los jueces ordinarios del derecho de la Unión (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 285). El proceso para que los

¹⁵ Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016, p. 285) lo califican como tal Poder Judicial.

¹⁶ Allí mencionar como el Tribunal Supremo en España ha declarado que ostenta la competencia para anular disposiciones reglamentarias internas que resultaban contrarias al derecho comunitario, lo que abriría la posibilidad de impugnar directa e indirectamente normas reglamentarias por infracción del derecho europeo. Sentencias de 17 de junio de 2003. Se refiere a un análisis detenido de la cuestión en la obra de Pulido Quecedo (2003, pp. 17 y ss.).

¹⁷ Consultar en este sentido García Prats (2001, p. 266).

tribunales nacionales resuelvan las violaciones del derecho europeo se basa en el principio de autonomía procesal nacional. En su virtud, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del derecho comunitario. Dichos procesos deben cumplir con los principios de equivalencia, esto es, estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno, y el de eficacia, según el cual tal proceso no debe hacer virtualmente imposible o excesivamente difícil la reparación¹⁸. Este esquema de funcionamiento se facilita a través del recurso a la cuestión prejudicial, que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales solicitar del Tribunal de Justicia la interpretación del derecho de la UE cuando este es relevante para resolver el caso, lo que al tiempo permite una aplicación uniforme del mismo en todos los Estados miembros. La cuestión es potestativa para las distintas instancias judiciales salvo para la última contra cuya decisión no quepa recurso, para quien es obligatoria (Adamczyk, 2018, p. 19). Solo se puede excluir tal cuestión prejudicial cuando resulte de aplicación la doctrina del acto claro, referida a situaciones en las que la cuestión ha sido ya resuelta mediante la interpretación del TJUE o cuando la correcta aplicación del derecho europeo sea tan obvia que no haya margen para la duda razonable¹⁹. Lo que no van a poder hacer los órganos jurisdiccionales nacionales es declarar la invalidez de los actos de las instituciones europeas, labor que queda como monopolio del TJUE²⁰. Por tanto, los tribunales nacionales tienen que actuar como tribunales europeos.

La valoración del papel del TJUE no puede hacerse sin considerar la naturaleza de la UE y de las atribuciones conferidas. Anticiparemos que esta entidad supranacional ejerce formas de poder en las áreas sobre las que se le han atribuido funciones, de forma que la labor del tribunal cuando procede a su interpretación no deja de influir sobre el alcance político de las competencias atribuidas²¹. Desde esta perspectiva, se le considera como una suerte de Tribunal Constitucional. Y aun así, no debe olvidarse que su función sigue siendo jurisdiccional y le compete aclarar el alcance jurídico de textos legales, de determinar las consecuencias del derecho en vigor.

No se puede desdeñar la labor del TJUE, que ha sido fundamental en la configuración del derecho de la UE hasta el punto de que se afirma que este es un derecho de creación jurisprudencial: como órgano encargado de velar por su aplicación e interpretación correcta, se ha revelado como el órgano que define, mediante un proceso jurisprudencial evolutivo, la

¹⁸ Véanse los asuntos C-33/76, *Rewe*, párrafo 5; asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Francovich* (NSJ000703), párrafo 43. La cuestión se aborda sobre la base de esta jurisprudencia en Adamczyk (2018, p. 20).

¹⁹ Asunto C-283/81, *CILFIT*, párrafo 21.

²⁰ Véase sentencia del TJUE dictada en el asunto C-314/85, *Foto-Frost*.

²¹ Son ideas a partir de las consideraciones de Isenbaert (2010, pp. 198-199).

peculiar configuración del derecho europeo, limitando el poder del Estado en materia tanto de competencia de la UE como de competencia estatal²². En esta labor, ha sido clave su recurso a la interpretación tanto teleológica de las normas, buscando su fin y objetivo últimos, como su interpretación funcional, destinada a conseguir el efecto útil de las disposiciones europeas (García Prats, 2001, p. 288). De hecho, el tribunal actúa con una idea prefijada de ordenamiento jurídico europeo que permite sistematizarlo (García Prats, 2001, p. 291).

El TJUE y el sistema jurisdiccional que integra a las jurisdicciones nacionales ha sido también clave para garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho europeo: el sistema de recursos establecido permite tal interpretación uniforme, el control de legalidad de las normas y actos europeos, así como determinar cualquier incompatibilidad con dicho derecho de las normas nacionales. De nuevo se habla de un doble papel de esta institución, como Tribunal Supremo y como Tribunal Constitucional (Calderón Carrero, 2006, p. 115)²³.

La jurisdicción del TJUE no es universal puesto que escapa de su competencia el control de las disposiciones en materias de PESC, salvo para controlar la delimitación de competencias de la Unión y la PESC, así como para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra las decisiones adoptadas por el Consejo que establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 462). Esta limitación no afecta a la configuración del TJUE y de su sistema jurisdiccional como auténtico Poder Judicial y está más bien ligada con la nueva delimitación de atribuciones en materia de PESC reflejada en el Tratado de Lisboa, materia con un tratamiento específico con procedimientos que les son propios.

En el ejercicio del control jurisdiccional del derecho de la UE, el TJUE dispone de un número limitado de competencias que se traducen en un conjunto de recursos de los que conocen sus tres instancias. No se debe olvidar que son los jueces nacionales de los Estados miembros quienes deben llevar a cabo la mayor parte del control jurisdiccional de la interpretación y aplicación de las normas de la UE. El TJUE dispone solo de competencias de atribución que le confieren el monopolio, al menos en última instancia, de la interpretación del derecho de la UE a través de las cuestiones prejudiciales. Al mismo tiempo, tiene la competencia esencial de delimitación vertical de competencias entre las instituciones y los Estados miembros y la delimitación horizontal de poderes entre las instituciones de la UE (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 463 y 464).

²² Así lo defiende García Prats (2001, p. 260), quien se apoya para afirmarlo en el trabajo de Lecourt (1976). García Prats viene a concluir que el tribunal ha llevado a cabo una acción positiva y activa en la construcción del derecho comunitario, especialmente evidente cuando las instituciones primarias creadoras del derecho paralizaron sus deberes o no los atendieron, asumiendo una función sustitutiva de aquellas otras instituciones comunitarias. Acción positiva que se le reclamaba ya por los propios redactores del tratado, al configurar al tribunal como institución de cierre y definidora de aquellos conceptos necesitados de precisión y desarrollo. Véase página 290 de su trabajo.

²³ Cita a Louis (1983, pp. 10 y ss.). Adamczyk (2018, p. 17).

2.5. El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales

El Banco Central Europeo (BCE) tiene personalidad jurídica propia, capacidad de obrar y autonomía financiera puesto que tiene un presupuesto propio y recursos independientes de los de la UE, dada su misión y atribuciones en la dirección de la política monetaria y el control de la masa monetaria en circulación. Aparece inmerso en un conjunto institucional más amplio, el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), respondiendo a la necesidad de aprovechar la experiencia y el entramado orgánico de los bancos centrales nacionales en el sistema monetario de la UE (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 328 y 329). El SEBC carece de personalidad jurídica; es la fórmula escogida para la buena gobernanza del euro en el que el BCE ocupa la cúspide de la estructura institucional dado que los bancos centrales nacionales deben ajustarse a las orientaciones e instrucciones del BCE. De esta forma, se establece la plena independencia de todas estas instituciones, en particular la de los bancos centrales nacionales respecto de sus Gobiernos.

El tratado reserva en exclusiva la política monetaria al SEBC, en el que se integran el BCE y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro. Destaca por su trascendencia que la primera frase del artículo 127.1, el primero del capítulo relativo a la política monetaria, establezca como fin principal mantener la estabilidad de los precios. De forma accesoria se contempla «apoyar» las políticas económicas generales de la UE con el fin de contribuir a la realización de los objetivos fijados en el artículo 3 del tratado.

Las funciones básicas que se atribuyen al SEBC son la definición y ejecución de la política monetaria de la Unión (art. 127.2), lo que implica determinar el tipo de interés oficial del euro, así como controlar la masa monetaria en circulación, de donde resulta la atribución en exclusiva al BCE del derecho de autorizar la emisión de billetes de banco en euros (art. 128.1) así como la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en euros que soliciten hacer los Estados miembros. Esto implica la posibilidad de que el SEBC opere en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente y realice operaciones con entidades de crédito (Protocolo n.º 4, art. 18), así como la asignación al BCE del poder de exigir a las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros que mantengan unas reservas mínimas en las cuentas en el BCE y en los bancos centrales nacionales en atención a los objetivos de política monetaria (Protocolo n.º 4, art. 19); en este contexto, el Consejo de Gobierno del BCE puede decidir el uso de otros métodos operativos de control monetario que considere adecuados (Protocolo n.º 4, art. 20). Para el desarrollo de esta función, así como para el resto, se atribuye al BCE, asistido por los bancos centrales nacionales, la función de recopilar la información estadística necesaria (Protocolo n.º 4, art. 5).

La segunda de sus principales atribuciones se refiere a la realización de operaciones de divisas (art. 127.2). El Consejo es competente para celebrar acuerdos formales relativos a un sistema de tipos de cambio para el euro en relación con monedas de terceros países.

Para ello, debe seguir una recomendación de la Comisión y consultar al BCE; es también el Consejo el competente para adoptar, ajustar o abandonar los tipos centrales del euro en el sistema de tipos de cambio, bien por recomendación del BCE o de la Comisión, con consulta al BCE, con el fin de lograr un consenso compatible con el objetivo de la estabilidad de precios (art. 219). El BCE comparte con los bancos centrales nacionales la posibilidad de adquirir y vender al contado y a plazo todo tipo de activos en moneda extranjera, lo que incluye los valores y demás activos en la moneda de cualquier país o en unidades de cuenta y cualquiera que sea la forma en que se posean (Protocolo n.º 4, art. 23). Esta labor se complementa con la de poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros (art. 127.2 TFUE, Protocolo n.º 4, art. 30.1).

Como última misión esencial, corresponde al SEBC promover el buen funcionamiento del sistema de pagos (art. 127.2), labor que alcanzaría a garantizar sistemas de compensación y liquidación eficientes y solventes (Protocolo n.º 4, art. 22).

Más recientemente y como resultado de la crisis financiera, desde noviembre de 2014, el BCE ha asumido directamente la supervisión prudencial de las entidades de crédito de dimensiones sistémicas en los Estados miembros participantes en el Mecanismo Único de Supervisión. Las autoridades nacionales competentes en materia de supervisión prudencial deben desarrollar sus competencias de control sobre el resto de las entidades de crédito de acuerdo con la normativa o instrucciones generales que emita el BCE.

En el desarrollo de sus funciones, el BCE cuenta con un importante poder normativo que le permite emitir reglamentos así como orientaciones e instrucciones²⁴.

El funcionamiento del SEBC gira en torno a la figura central del BCE, que desempeña sus labores a través de su Consejo de Gobierno y su Comité Ejecutivo. El Consejo de Gobierno está integrado por los miembros del Comité Ejecutivo y los gobernadores de los bancos centrales de los Estados miembros cuya moneda es el euro; a él le compete la orientación y las decisiones necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas al SEBC y formular la política monetaria (Protocolo n.º 4, art. 12). Al Comité Ejecutivo, integrado por el presidente, el vicepresidente y cuatro miembros nombrados por el Consejo Europeo, le corresponde la gestión ordinaria del BCE y la puesta en práctica de la política monetaria de acuerdo con las orientaciones y decisiones del Consejo de Gobierno (Protocolo n.º 4, arts. 11 y 12).

Es sintomático que la referencia a la independencia con la que deben actuar el BCE y los bancos centrales nacionales se reproduzca tanto en el artículo 130 del tratado como en el artículo 7 del Protocolo n.º 4 sobre los Estatutos del SEBC y del BCE. De acuerdo con

²⁴ Para mayor detalle acerca de esta competencia, véase Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016, pp. 340 y 341).



estas previsiones, ni estas instituciones ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros ni de ningún otro órgano. Al mismo tiempo, se recoge el compromiso de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como de los Gobiernos de los Estados miembros de respetar este principio y de no tratar de influir en aquellos cuando ejercen sus funciones.

2.6. El Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas, calificado como conciencia financiera de la Unión (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 318), responde a la necesidad de contar con un control financiero en la ejecución del presupuesto que articule los principios democráticos de transparencia y responsabilidad.

Se trata de una institución de naturaleza administrativa y no judicial que ejerce funciones de control externo de las cuentas y de consulta con plena independencia en el interés general de la Unión. Fiscaliza la utilización de los recursos presupuestarios de la UE y de sus organismos. Su función primordial es ejercer el control sobre las cuentas de la totalidad de los ingresos y de los gastos. Se trata así de un auditor externo de la UE que debe contribuir a mejorar la gestión financiera: evalúa la obtención y la utilización de los fondos de la Unión, comprueba que las operaciones financieras se han contabilizado y presentado con corrección, se han ejecutado legal y regularmente y se han gestionado de manera que se asegure la economía, la eficiencia y la eficacia (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 319).

Su función engloba un control de legalidad en el que se examina si las operaciones respetan las normas presupuestarias de los tratados, el reglamento financiero y los actos jurídicos relevantes. Es además un control *a posteriori* que se efectúa en el estadio final del proceso presupuestario cuando el ejercicio ya está cerrado.

2.7. Naturaleza del entramado institucional

Las instituciones europeas se configuran y reciben las atribuciones necesarias para servir a los fines para los que se constituye la UE. Dada su ambición y su capacidad para afectar los intereses generales, los derechos de los particulares y el bienestar de sus sociedades, vienen a compartir los poderes conferidos a los Estados miembros en sus propias Constituciones nacionales, de forma que los mismos se sigan ejerciendo bajo las necesarias garantías democráticas. De aquí deriva una dualidad improrrogable y necesaria: la necesidad de organizarse en un contexto de división democrática de poderes y la atribución de la necesaria independencia para servir al objetivo comunitario que debe configurarse como común, diferente al de cada Estado miembro en particular.

Así, es posible identificar el ejercicio de poder legislativo, de poder ejecutivo y de poder judicial. El Consejo de la UE y el Parlamento Europeo son los encargados de legislar de forma conjunta salvo en los casos de procedimientos legislativos especiales en los que la potestad recae en exclusiva en favor del primero. La arquitectura de los tratados en este ámbito aspira a dotar de legitimidad democrática al proceso y se podría hablar de una doble representatividad en este sentido: de carácter territorial a través del Consejo y de carácter popular a través del Parlamento. Esta aspiración quiebra cuando decae el papel del segundo. El poder ejecutivo recae en el Consejo Europeo, correspondiendo a la Comisión una función híbrida entre gobierno, fundamentalmente por recibir el poder de iniciativa, y administración, actuando con independencia de intereses nacionales y al servicio del interés de la UE, identificando en qué consiste este y gestionando los programas en que se articula; finalmente, trabaja en garantía del cumplimiento de la normativa comunitaria a través de la puesta en marcha de los procedimientos de infracción y como guardiana de los tratados. Finalmente, no cabe duda del carácter de poder judicial del TJUE y del sistema jurisdiccional europeo, claramente marcado por el principio de independencia, no solo respecto del resto de instituciones europeas sino también de los Estados miembros, y por el principio de jerarquía respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deben acatar la jurisprudencia europea y solicitar su superior guía a través de la cuestión prejudicial. Finalmente, el Tribunal de Cuentas completa el sistema de garantías de la buena gestión de la UE.

Con todo, se plantean serias dudas en cuanto a la posibilidad, sobre estas bases, de considerar al sistema institucional europeo como una democracia parlamentaria, dada la preponderancia del Consejo y de sus funciones en relación con las atribuciones que tiene el Parlamento Europeo, así como a ciertos déficits en la dependencia de la Comisión respecto del ejercicio de sus funciones ejecutivas y de propuesta (Rosas y Armati, 2012, p. 93).

Al mismo tiempo, se garantiza la necesaria independencia de estas instituciones para poder servir al interés europeo en un proceso que se inicia con la determinación de los objetivos comunes, su implementación a través de la adopción del derecho necesario y su defensa jurisdiccional. Debería añadirse a las condiciones de independencia referidas la propia del BCE en su función económica fundamental de regir los destinos de la moneda común y en el ejercicio de un poder legislativo y ejecutivo al servicio de la estabilidad del euro y de la buena marcha de las economías integradas en la zona monetaria común. En este caso, la independencia no responde a un principio democrático sino a la mayor garantía de eficiencia en la gestión económica del euro, libre de dirigismos políticos perturbadores.

En fin, más allá del acto fundacional que las crea, del derecho que les sirve de instrumento y de las competencias que las configura, las instituciones europeas tienen vida y esencia propia y dan vida y esencia al proyecto europeo, y lo hacen excediendo la condición de sus partícipes, al alcanzar un sentido que les es propio.

3. Naturaleza de las atribuciones de la UE

3.1. Los objetivos generales de la UE

El artículo 3 del TUE enuncia unos objetivos generales propios de la UE y se refiere a su finalidad de promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos, a la intención de obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. Sigue dicho precepto mencionando que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. Finalmente, podemos referirnos a su compromiso de fomentar la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

El compromiso con tan altos fines debe entenderse en el contexto del pacto político-social en que se funda y que supone la expresión del compromiso alrededor de los valores que la inspiran, que, sumariamente, son los del reconocimiento y protección de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos. Así, es posible el proceso de construcción de una comunidad política entre los pueblos europeos, haciendo comunes sus más esenciales aspiraciones.

Es necesario comprender bien el sentido de la proclamación en el tratado de estos fines generales como expresión de la asunción de una responsabilidad en la construcción del espacio público a partir del reconocimiento de estos valores cuando, como veremos, la capacidad de intervención de las instituciones europeas está constreñida por el principio de atribución de competencias. Se explica en el alcance real de las funciones asumidas por la UE y su capacidad para influir en el bienestar general y en las situaciones económicas y jurídicas de los particulares. Su actuación debe así estar guiada por los valores compartidos. No podría concebirse la institución de la UE sino mediante la expresión de un deber general en torno al logro de las aspiraciones más elementales de las sociedades políticas que se integran.

Se afirma que el tratado no provee un núcleo de soberanía que los Estado miembros pudieran invocar contra la Unión²⁵, lo que nos lleva a plantear la cuestión recíproca, esto es, si tal principio limita la capacidad de la UE para actuar fuera de las parcelas atribuidas y si pudiera actuar para satisfacer intereses generales, teniendo en cuenta las proclamaciones generales antes referidas. En principio, el TUE es taxativo en sus artículos 4.1 y 5.2,

²⁵ Lenaers (1990, p. 220), citado por Rosas y Armati (2012, p. 20).

de donde resulta que las competencias no atribuidas a la UE son retenidas por los Estados miembros²⁶; la UE debe respetar las identidades nacionales y las funciones estatales esenciales de sus Estados miembros. Y también es muy conciso al proclamar el principio de proporcionalidad y establecer que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados (art. 5.4 TUE). Por otro lado, el principio de cooperación leal supone que los Estados miembros ven impuestos límites a sus acciones ya que no pueden adoptar medidas que puedan comprometer el logro de los fines comunes, o como refiere literalmente el artículo 4.3 del TUE, las misiones derivadas del tratado, sin que la mención sea expresamente a las competencias atribuidas a la UE.

Estas referencias no se pueden cerrar sin analizar las previsiones de los artículos 114 y 352 del TFUE, en cuanto que pudieran ser considerados como preceptos que reconfiguraran la UE para convertirla en una entidad con capacidad para redefinir sus aspiraciones de atender intereses generales y atribuirse capacidades de actuación globales. Se trata de preceptos que habilitan actuaciones de la UE ante la falta de una previsión expresa. Sin embargo, no parece que pudiera ser así. El artículo 114 queda claramente circunscrito al objetivo del establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Por tanto, tiene un marcado fin, de forma que esta cláusula vendría a cerrar el capítulo de atribuciones previstas para este ámbito con el objeto de ofrecer una herramienta a utilizar cuando se entendiera que se pudiera haber producido un olvido que debiera subsanarse. Es más, se excluye el ámbito fiscal de las materias a las que se pudiera extender la acción de la UE en materia de mercado interior.

En cuanto al artículo 352, si bien se refiere a situaciones en que se plantee la necesidad de una acción de la UE sin que se hayan previsto poderes de actuación, enseguida se detectan parámetros que la circunscriben²⁷. En primer lugar, sirve al logro de uno de los objetivos que deben haberse identificado en los tratados y ampara actuaciones en el ámbito de las políticas definidas en los mismos. Por tanto, estos instrumentos jurídicos delimitan ya los márgenes en que se puede utilizar esta forma de iniciativa: dentro de los objetivos pactados. No puede concluirse así la existencia de un poder para identificar y servir fines generales. Tampoco alcanza la previsión a cualquier política: las declaraciones 41 y 42 anejas al Tratado de Lisboa precisan que debe tratarse de alguno de los objetivos indicados en el

²⁶ Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016, p. 74) nos recuerdan que esta es la proclamación del principio de presunción de competencia del Estado, que es una cláusula residual general a favor de la competencia estatal.

²⁷ Véase Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016, pp. 79 a 81), donde estudian con detalle el alcance de esta cláusula y desgranar las condiciones para su utilización y sus límites: primero, solo se puede utilizar para alcanzar un objetivo de la UE; segundo, la acción de la UE debe ser necesaria, sobre la base de consideraciones jurídicas pero también se trata de una cuestión de hecho; tercero, el tratado no ha debido prever los poderes de acción necesarios al respecto; y cuarto, tratándose de un ámbito de competencia compartida, debe estar subordinada al respeto del principio de subsidiariedad.

artículo 3, párrafos 2, 3 y 5 del TUE, entre los que no figura la unión económica y monetaria. Pero, sobre todo, afirman que este precepto debe interpretarse bajo la premisa del principio de atribución, sin que pueda «servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los tratados en su conjunto, en particular aquellas por la que se definen las funciones y acciones de la Unión». En fin, esta previsión no puede invocarse para ampliar el poder de la UE más allá del marco general creado por las disposiciones de los tratados y no puede ser utilizada como fundamento para medidas cuyos efectos supusieran, en sustancia, una enmienda de los tratados sin seguir los procedimientos expresamente previstos para ello²⁸. El propio TJUE afirmó que esta previsión, en su formulación en el TCE, artículo 235 entonces, no podía ser utilizada como base para la adopción de previsiones cuyo efecto fuera, en sustancia, enmendar el tratado sin seguir los procesos previstos para tal fin²⁹.

En suma, estas disposiciones vendrían a cerrar posibles omisiones a las previsiones del tratado y refuerzan así un esquema de asignación de competencias basado en el principio de atribución.

3.2. Fundamento último de la ostentación de competencias por la UE

La doctrina internacionalista encuentra en el principio de atribución de competencias la razón básica para considerar a la UE como organización internacional, incluso cuando enseguida la califican de sui géneris. Afirman que la UE no tiene competencias propias u originarias, sino que derivan de la transferencia hecha por los Estados miembros, ya que se trata de competencias originariamente internas. Esta descripción deja por resolver cómo se reconoce en los tratados una competencia de armonización, que no puede resultar de las capacidades propias de los Estados miembros, puesto que estos no la tienen. Esto se explica en que los Estados pueden crear competencias y derechos nuevos a favor de la UE. Pero como conclusión general, se señala que la UE no puede ejercer competencias que no le hayan sido atribuidas expresa y concretamente en los tratados por los Estados miembros. En fin, ningún tratado europeo ha sido un acto constituyente de un poder político originario³⁰.

²⁸ Véase Rosas y Armati (2012, pp. 26 a 28). J. V. Louis afirmaba que «las Instituciones Europeas no disponen de un poder general para adoptar los actos necesarios para realizar los objetivos de los tratados y solo pueden ejercer este poder en el caso de que estos lo hayan así previsto». (Louis, 1983, p. 47). Esta afirmación parece mantener su vigencia puesto que estas previsiones vienen a cerrar posibles omisiones viniendo a reforzar el principio de atribución de competencias.

²⁹ Dictamen del TJUE de 28 de marzo de 1996, sobre el Acceso de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, E.C.R., 1996, p. I-01759.

³⁰ Estas son las reflexiones recogidas por Mangas Martín y Liñán Noguerras (2016, p. 71).

Sin embargo, esta aproximación a la UE no explica, entendemos, elementos claves de su existencia y, en particular, en cuanto a sus más importantes logros económicos, la unión aduanera, el mercado interior y la zona monetaria única.

La unión aduanera, una configuración jurídico-política y económica, competencia exclusiva de la UE, solo surge de un único acto en el que participan todos los Estados miembros, no de puesta en común de sus propias atribuciones, sino de constitución por su confluencia de un marco nuevo de donde resulta la eliminación de todas las aduanas de los Estados miembros. Es decir, Alemania como Estado miembro participa en la decisión por la cual se elimina la aduana existente entre Francia e Italia, acto para el que no tenía no solo competencia, sino ni siquiera capacidad. El hecho resulta aún más claro cuando se produce la adhesión de un nuevo Estado miembro. Cuando en 1986 España entra a formar parte de la CEE, se firma un tratado con quienes son Estados miembros por el cual nuestro país entra a formar parte de un espacio aduanero común que no resulta de sus propias atribuciones, que ni tenía. La unión aduanera surge de un acuerdo común pero no de una puesta en común de atribuciones que no se tienen. Porque no se trata de que cada país acuerde bilateralmente con otros con los que tiene aduana su supresión, sino que un mismo acto se toma la decisión de hacer nacer, de originar, una unión de estas características. Esta unión determina su propia arquitectura sobre la base de principios económicos articulados en normas jurídicas recogidas en los tratados. Son los artículos 28 a 37 de los capítulos 1 a 3, títulos II y III, artículos 110 y siguientes, y de los incluidos en el capítulo 2 del título VII, *Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones*. Esta estructura es claramente común y no surge de las atribuciones nacionales. Cuando el artículo 31 recoge la previsión de la adopción de un arancel aduanero común está estableciendo que un Estado miembro vote en el Consejo cómo aplicar un derecho de aduana en otro Estado miembro diferente en las relaciones de este con países terceros. Tal competencia no se tenía a nivel interno y solo surge de la constitución de la comunidad. Aquí estamos en presencia de la creación *ex novo* de una institución jurídico-política y económica que no existía antes ni podía existir y que solo surge por la decisión del acuerdo en los tratados. Formalmente, no ha habido un proceso constituyente pero materialmente este ha sido el resultado. Si hubiera alguna duda, podríamos también referirnos al artículo 34 cuando establece la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación o las medidas de efecto equivalente. Ningún país se prohíbe asimismo –nadie puede autoprohibirse lo que podría revertir– ni los demás pueden prohibirle tales medidas. Tal atribución no corresponde a ningún Estado y solo surge de la creación de este espacio económico.

De la misma forma se explica el surgimiento del mercado interior: la integración de los distintos mercados nacionales en uno solo no es consecuencia del ejercicio de las atribuciones nacionales, que los Estados miembros no tienen. En un mismo acto, el mercado belga se integra con el mercado sueco en una decisión en la que participa el Estado austríaco. Ningún Estado tiene tal atribución por sí mismo. Es una atribución que surge en el correspondiente acto constitutivo. El mercado interior también tiene su propia arquitectura basada en los pilares del principio de no discriminación y en la consagración de las libertades de circulación. Arquitectura propia y exclusiva de la UE que ningún Estado tenía puesto que Eslovenia no

podía determinar que Italia no discriminara a las empresas eslovacas. Hasta tal punto es así que el tratado tiene que prever el correspondiente desarrollo legislativo europeo y propio a través de la armonización, potestad que hasta la doctrina internacionalista basada en el principio de atribución tiene que reconocer como competencia creada por los Estados. Ahora bien, debemos precisar esta última apreciación porque los Estados no son quienes crean estas competencias puesto que por sí solos no las pueden crear. Surgen de su acuerdo vertido en el tratado, verdadero creador de las correspondientes atribuciones. Y hasta tanto es así que el TFUE reconoce y atribuye derechos subjetivos nuevos a los ciudadanos y a las entidades derivados de la proclamación del principio de no discriminación y las libertades de circulación.

Otro tanto cabe decir sobre la unión monetaria: resultaría inaceptable de otro modo que Malta determinara qué moneda deba circular en Alemania, cuál debiera ser su tipo de interés o el cuánto de su masa monetaria en circulación. En este caso, las previsiones de los tratados sobre la arquitectura correspondiente no fueron suficientes tal y como puso de manifiesto la crisis de 2007 a 2012. De hecho, los Estados miembros no tenían la capacidad en el ejercicio de sus competencias retenidas para hacer frente a las dificultades surgidas y la respuesta fue reforzar la estructura de la moneda única a través de la configuración de la unión bancaria³¹. En el debate actual se habla de la necesidad de una unión fiscal, de nuevo ante la insuficiencia de las competencias estatales y su mera coordinación en el Consejo. Esto es, la unión monetaria necesitaba completar su articulación porque los Estados miembros no tenían la capacidad para resolver los problemas y no tenían competencias con el contenido requerido por los problemas planteados, ni siquiera a través de su cooperación o la puesta en común. Tales competencias solo podían surgir *ex novo* en un acuerdo europeo.

No se trata solo de que haya competencias que surgen de los tratados y que los Estados no puedan transferir por el sencillo hecho de que no las tenían ni podían tenerlas, sino que las mismas tienen tal alcance que condicionan y limitan directa e indirectamente poderes estatales en principio no atribuidos. Esto es, no cabe interpretar el principio general de atribución de competencias como capaz de conducir a un resultado de compartimentos estancos en los que la UE, de una parte, y los sus Estados miembros, de otra, desarrollen las funciones que la primera recibe y los segundos mantienen. De forma directa y como es ya consagrado en el campo tributario, los principios rectores del mercado interior limitan

³¹ La unión bancaria la conforman principalmente dos pilares, el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución, sobre la base de un *single rulebook* (código normativo único), es decir, una regulación financiera común. La regulación del Mecanismo Único de Supervisión se encuentra en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. El Mecanismo Único de Resolución está regulado en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

y condicionan la potestad tributaria reservada a los Estados miembros. Es ya un clásico en la jurisprudencia del TJUE la conclusión de que, si bien la tributación directa cae bajo la competencia de los Estados miembros, sin embargo deben ejercerla de acuerdo con el derecho europeo³². De forma indirecta, el ejercicio de la libre circulación de trabajadores ha condicionado las políticas sociales de los Estados miembros puesto que se producían movimientos migratorios en búsqueda de aquellos beneficios estatales más interesantes hasta el punto de que la adhesión de Bulgaria y Rumanía llevó aparejado un periodo transitorio de dos años para el disfrute pleno de esta libertad como medida precautoria³³. En cuanto a los efectos indirectos de la unión monetaria y de las decisiones políticas correspondientes en las decisiones económicas y presupuestarias de los Estados miembros, no hace falta detenerse para poder afirmar que son cualitativa y cuantitativamente extensas.

En fin, deberíamos cerrar estas reflexiones recordando que los poderes, competencias o atribuciones por la UE, tanto si son *ex novo* por surgir de la confluencia de poderes estatales en la celebración de los tratados como si derivan de la cesión o atribución realizada por los Estados miembros a través del tratado, solo pueden resultar a partir de las condiciones en que estos últimos podían ostentar poder, esto es, de acuerdo con sus normas fundamentales. Cuando surgen de la puesta en común a través de un proceso que es materialmente, no formalmente, constituyente, regirán las mismas limitaciones, es decir, lo que los Estados pueden hacer en común queda también bajo los límites y condiciones impuestas por sus Constituciones. Y aunque no es posible afirmar que corresponda a la UE ser depositaria de la gestión de los intereses generales de los ciudadanos europeos a través de competencias asimismo generales, no cabe duda de que en el ejercicio legal y legítimo de sus atribuciones condiciona de forma inexorable y extensa el ejercicio nacional de las mismas. Es así como recordamos la afirmación de que se produce la quiebra de la concepción indivisible de la soberanía³⁴. En fin, la concepción que se acaba de describir sobre la existencia de poderes originarios en los tratados resulta de una generación por puesta en común de las capacidades nacionales, eso sí, cuando se ejercen en el marco de la UE.

3.3. El principio de atribución de competencias. Tipos de competencias

Recordamos que la UE solo puede actuar, y debe hacerlo, en los ámbitos para los que ha recibido competencia para actuar: el principio de atribución se proclama en el artículo 5

³² Las sentencias con esta dicción son ya innumerables, pero se pueden citar los asuntos C-80/94 (NFJ066695), C-107/94 (NFJ004369), C-264/96 (NFJ006465), C-307/97 (NFJ008298), C-391/97 (NFJ008297), C-250/95 (NSJ000778) o C-123/11 (NFJ049866).

³³ Véanse los anexos VI y VII del Tratado de adhesión, publicado en el DOCE L 157, de 21 de junio de 2005.

³⁴ En la doctrina tributaria, véase el trabajo de García Prats (2001, p. 258), quien se refiere a relevantes trabajos doctrinales en el mismo ámbito de reflexiones.

del TUE. Su actividad solo cabe dentro de los límites de las atribuciones conferidas por los tratados y para lograr los objetivos que se le asignan (Wägenbaur, 1973, p. 40).

Se trata³⁵ de competencias expresas y limitadas, en el sentido de que solo se pueden ejercer las atribuidas y las instituciones europeas no pueden adoptar actos jurídicos fuera de las previsiones de los tratados, lo que obliga a justificar cada acción mediante su motivación y la precisión de la base jurídica prevista. Son además competencias específicas, en cuanto habilitaciones para hacer algo concreto, y no sectores o materias completas: se prevé atribución para hacer algo preciso, con unos determinados objetivos, en un ámbito específico, por una determinada institución, mediante un determinado procedimiento, con una serie de condiciones y de límites. La competencia europea es además irreversible, conllevando necesariamente la desposesión de los poderes de los Estados miembros en estos ámbitos, esto es, una limitación definitiva de derechos soberanos; ahora bien, es el ejercicio efectivo de la competencia lo que produce la correlativa desposesión de la competencia estatal. La doctrina internacionalista también insiste en que se trata de competencias funcionales: lo importante es que la función y la competencia o poder que se le otorga está limitado por aquella, al contrario del poder estatal, que es general y responde a unos fines generales, abstractos, es decir, una finalidad integral. Ahora bien, esta última condición colisiona con la actuación del Consejo Europeo como institución que encarna la más alta dirección política de la UE, que no se ve limitado en su actuación sino por las necesidades a las que Europa debe hacer frente y que no encuentran respuesta adecuada a través de la actuación aislada de sus miembros o mediante la coordinación entre ellos. Como han puesto de manifiesto las sucesivas crisis, tanto la financiera relativa a la deuda de Estados miembros participantes en el euro como la migratoria, la capacidad de actuación de la UE no parece explicarse bien a través de la consideración de sus competencias como meramente funcionales.

Habría que añadir que la transferencia de competencias no es una mera delegación que pueda revertir ni quede sometida al control de los poderes estatales que la transfirieron. Los Estados solo puede recuperar tales atribuciones a través del abandono de la Unión. Por otra parte, ni los gobiernos estatales que negociaron los tratados ni los jefes de Estado que firmaron los tratados tienen competencia para verificar el ejercicio de las atribuciones conferidas. El Parlamento Europeo sí tiene capacidad de control sobre la Comisión y sobre el Consejo, pero debe entenderse como el correspondiente ejercicio democrático de verificación sobre los ejecutivos en representación del pueblo que lo elige.

El TFUE –Tratado de Lisboa– introduce por primera vez un catálogo explícito de competencias de la UE que pueden ser exclusivas, compartidas o complementarias. En las atri-

³⁵ Las características atribuidas aquí a las competencias de la Unión son recogidas a partir de la propuesta que se encuentra en la obra de Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016, pp. 72 a 74).

buciones exclusivas, enumeradas como tales, solo la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes mientras que los Estados miembros solo pueden actuar cuando la UE les habilite para ello o como agentes de aplicación del derecho de la Unión. La UE tiene obligación jurídica de ejercer con plenitud la competencia y en la medida en que no la ejerzan las Administraciones nacionales no están excluidas de intervenir. El TFUE incluye una lista cerrada de competencias exclusivas en su artículo 3 (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 76).

En la mayoría de casos, la competencia de la UE no es exclusiva: así resulta de la atribución de acción a la UE o por calificarse así en la previsión del tratado, que reconoce capacidad a los Estados para articular sus intereses públicos en el marco europeo. En fin, la UE y sus Estados miembros son titulares de la competencia y concurren en su ejercicio: todos tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicos vinculantes, pero los Estados la ejercen únicamente si la Unión no ha ejercido la suya o ha decidido dejar de ejercerla y solo en la medida en que no lo haya hecho. En realidad, esta concurrencia se resuelve en favor de la UE, ya que cuando esta actúa desplaza la competencia nacional y «ocupa el terreno» de forma que priva en lo regulado de la competencia a los Estados miembros. Ahora bien, la capacidad de intervención comunitaria se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad lo que conlleva que la UE deba justificar que su acción es necesaria, más eficaz y responde a un problema supranacional. En cuanto a su enumeración, el TFUE, artículo 4, se limita a considerar como tales a las competencias que no son exclusivas ni de apoyo o coordinación (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 77 y 78).

Finalmente, la competencia europea es complementaria a la propia de los Estados miembros y tiene por objeto no armonizar sino apoyar la acción de estos últimos; incluso en estos casos, se puntualiza que la retención primaria de la competencia en los Estados miembros no les exonera de la obligación de no actuar en contradicción con el derecho de la UE de acuerdo con el principio de cooperación leal (Amttenbrink y Raulus, 2010, p. 14).

En todos estos casos, el nivel real de los poderes retenidos por los Estados miembros no depende solo del alcance de la atribución comunitaria sino también de los procedimientos aplicables para la adopción de las correspondientes medidas legislativas por parte de la Unión. Volveremos sobre esta cuestión.

En ocasiones, la enunciación de objetivos a cargo de la UE se produce en términos políticos vagos más que en términos específicos de acciones en un área política dada y con la consiguiente atribución de poderes. Así sucede en relación con el objetivo de integración económica, promover el funcionamiento efectivo de un mercado interior, con la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Se abre la posibilidad de conflictos para determinar el alcance de los poderes y la acción de la UE y como consecuencia de la tendencia a que las instituciones europeas y los Estados miembros interpreten a su favor disposiciones ambiguas (Jansen, 2011, p. 235).

¿Quién controla el ejercicio de competencias de acuerdo con lo previsto en el tratado? La cuestión la puso sobre la mesa el Tribunal Constitucional alemán, quien reclamó la capacidad de controlar que la Comunidad no transgrediera los poderes expresamente conferidos por los Estados miembros en los tratados y no violara los derechos constitucionales básicos de los habitantes alemanes, reclamación que tenía como preocupación básica el alcance de la cláusula general de competencia prevista en el artículo 352 del TFUE, al que ya nos referimos, pero que implicaba un planteamiento general sobre el examen de la adecuación de la acción comunitaria a las atribuciones conferidas³⁶. Sin embargo, ya vimos al referirnos al TJUE que este tenía competencia como última instancia para interpretar los tratados, tal y como resulta del artículo 267 del TFUE, lo que abarcaría la delimitación competencial, y le corresponde así decidir sobre el cómo del ejercicio de sus atribuciones³⁷. Cualquier otra solución minaría la uniformidad del derecho europeo e impediría la realización de la UE, que quedaría a merced de lo que cada autoridad jurisdiccional nacional decidiera. Bien entendido que esto implica que las instituciones de la UE y su ordenamiento jurídico solo se podrían entender bajo la máxima de que su existencia y sus atribuciones arrancan de la necesidad de respetar las normas fundamentales de los Estados miembros, de la que traen su suerte.

3.4. Los condicionamientos procedimentales de las competencias atribuidas

El alcance real de las competencias conferidas depende también de la fuente jurídica a utilizar y del procedimiento legislativo. En áreas como la seguridad y defensa, no cabe a nivel comunitario el recurso a actos legislativos, sino que solo cabe definir líneas generales de acuerdo. Las decisiones sometidas a procedimiento legislativo especial, que requieren la unanimidad del Consejo y con papel del Parlamento Europeo reducido a emitir un dictamen no vinculante, implican una forma de mantener la soberanía nacional hasta el momento último de cerrar un acuerdo. Cuando es aplicable el procedimiento legislativo ordinario y el Consejo decide por mayoría cualificada, quienes opinaban en contra se ven obligados a cumplir con lo acordado³⁸.

³⁶ La cuestión fue objeto de análisis detallado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 12 de octubre de 1993, caso *Bruner v The European Union Treaty*, donde se analiza la compatibilidad con dicha Constitución del Tratado de Maastricht. Véase el análisis sobre la cuestión de Isenbaert (2010, pp. 153 a 155). Véase también la cuestión en Craig y De Búrca (2015, pp. 279 a 290).

³⁷ Véase nota 24.

³⁸ F. Amtenbrink y H. Raulus se refieren a la determinación del alcance de la competencia en función del procedimiento legislativo sin extender sus conclusiones a la incidencia que pueda tener el uso de las distintas fuentes del derecho. Esta última consideración es nuestra. (Amtenbrink y Raulus, 2010, p. 17).

También la fuente escogida para canalizar el ejercicio de las atribuciones recibidas incide en el grado de su extensión. Debemos recordar que en tanto que el reglamento europeo obliga en todos sus elementos y es de alcance general, la directiva obliga a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a conseguir, pero les deja la elección de la forma y de los medios. Esto implicaría la necesidad de cumplir el reglamento sin que el Estado pueda legislar sobre el asunto tratado en la norma europea, al tiempo que los Estados tendrían márgenes de decisión en aspectos que pueden ser muy relevantes cuando proceden a implementar las directivas. En cuanto a la decisión, obliga a su destinatario en todos sus elementos³⁹. Estas diferencias han puesto de manifiesto en la práctica «luchas de competencia» en las que la Comisión aboga por una determinada base jurídica para su acción que conlleve el recurso al reglamento o al procedimiento legislativo ordinario, cuando el Consejo defiende para el mismo asunto acudir a directivas a adoptar por un procedimiento legislativo especial. El TJUE resuelve estos debates manteniendo que la opción por una base jurídica determinada debe basarse en factores objetivos sujetos a revisión judicial, entre los que se deben incluir el fin y el contenido de la medida⁴⁰.

El ejercicio de las competencias europeas debe ajustarse a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Amentbrink y Raulus, 2010, pp. 15-16). El primero fue introducido en el TUE en 1993 en relación con las competencias compartidas e implica que la Unión actuaría solo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción propuesta no pudieran lograrse suficientemente por los Estados miembros, sino que, como consecuencia de la dimensión o los efectos de la acción pretendida, se pudieran lograr mejor a nivel de la Unión. La articulación de este principio da algún papel a los parlamentos nacionales, a quienes se debe comunicar toda propuesta nueva con el objeto de que los mismos presenten objeciones a la misma, aunque no puedan vetarla. En tal caso, se complicaría el proceso legislativo puesto que resultaría difícil para los Estados miembros del Consejo aprobar una iniciativa que hubiera recibido tal réplica. Este principio viene a modelar las competencias no exclusivas de la UE: estas deben constreñirse a lo que los Estados u otros entes públicos subestatales no puedan hacer por sí mismos. Se trata de delimitar adecuadamente la

³⁹ Así, la armonización fiscal de la imposición indirecta puede hacerse a través de reglamento o de directiva, lo que incide claramente sobre la posibilidad de que los Estados puedan entrar a decidir sobre determinados aspectos de la configuración de los tributos allí contemplados. Sin embargo, la fiscalidad directa solo se puede armonizar a través de directiva, lo que implica dejar margen de maniobra a los Estados en la determinación de aspectos importantes del área tributaria armonizada. Por ejemplo, para este último caso, la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes obliga al Estado de la matriz a eliminar la doble imposición, pero ofrece la elección por el método de exención o por el de imputación. Es más, tampoco regula los detalles de estos métodos y, por ejemplo, los Estados miembros pueden decidir en caso de imputación si calcularlo país por país de fuente, si las deducciones no prácticas se trasladan a ejercicios posteriores, etc.

⁴⁰ Véanse, entre otras, las sentencias dictadas en los asuntos C-338/01, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea*, y C-533/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea*.

atribución y determinar cómo se ejercita de forma compatible con la esfera de atribuciones que se reservan los Estados miembros. La observancia de principio introduce complejidades en el proceso legislativo y capacidades de control en su ejercicio, hasta el punto de que hay cierto escepticismo en cuanto a su verdadera capacidad para delimitar competencias; sí que habría servido para que la Comisión elabore sus propuestas sobre la base del necesario análisis sobre su procedencia⁴¹. Y debería incidir en la decisión sobre el instrumento europeo que se deba utilizar para respetar el debido grado de integración realmente necesario puesto que los distintos mecanismos de intervención supondrían una intensidad de la regulación diferente: cuando un reglamento obliga en todos sus elementos tiende a agotar la intervención legislativa mientras que una directiva impone un resultado pero deja elección de medios a sus destinatarios⁴². En todo caso, se trata de un concepto dinámico que debe ser aplicado de acuerdo con los objetivos indicados en el tratado (Grau y Herrera Molina, 2003, p. 31).

El principio de proporcionalidad implica un triple test que debe cumplir toda propuesta europea en el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones: la iniciativa debe ser adecuada para cumplir con el objetivo deseado, debe ser necesaria para tal fin y no debe imponer cargas a los ciudadanos que resulten excesivas en relación con la meta perseguida. Sus consecuencias alcanzan a la elección de la medida escogida cuando se decide legislar, con el objeto de limitar el impacto de la acción europea en los sistemas jurídicos de los Estados miembros: puede perseguirse un máximo grado de armonización, cuando la UE fija las reglas a aplicar y los Estados miembros solo actúan como agentes delegados de aquella; puede ser una armonización de unos estándares mínimos, lo que permite a los Estados optar por soluciones más rigurosas; finalmente, cabe simplemente obligarse al cumplimiento del principio de reconocimiento mutuo lo que solo obliga a los Estados a aceptar las propuestas de los demás (Amttenbrink y Raulus, 2010, pp. 34 y 35). La opción dependerá en gran medida de la fuente jurídica a la que se pueda acoger la UE para ejercer su competencia o que le venga impuesta por el tratado.

Junto con estos principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el ejercicio de las competencias europeas se cierra en torno a un tercero, el de lealtad, que implica que los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho europeo, sean en el orden legislativo, en el administrativo o en el judicial. Esto comporta la obligación de los tribunales nacionales de otorgar un remedio apropiado, completo y efectivo para satisfacer y proteger los derechos de los particulares reconocidos en el derecho europeo de acuerdo con el principio de autonomía institucional y procedimental⁴³.

⁴¹ Rosas y Armati (2012, pp. 28 a 31), donde se refieren a los análisis de impacto que la Comisión elabora como paso previo a aprobar sus iniciativas, proceso complejo y sujeto a evaluación interna de resultados.

⁴² Véase, en este sentido, García Prats (2001, p. 304).

⁴³ En el ámbito tributario, la atención a este principio ha supuesto el reconocimiento del derecho a la devolución de los tributos exigidos en violación del ordenamiento jurídico europeo, así como la obligación de no aplicar la ley interna contraria al mismo. Esta reflexión está tomada de García Prats (2001, p. 306), para la que cita la jurisprudencia del TJUE en los asuntos C-33/76, *Rewe*, C-74/76, *Ianelli*, y C-68/79, *Just*.

4. Naturaleza del derecho europeo e incidencia en la configuración en los sistemas jurídicos nacionales

4.1. Referencia al efecto directo, la supremacía y la autonomía del derecho europeo

La supremacía y el efecto directo del derecho europeo han tenido un impacto sin precedentes en la soberanía de los sistemas jurídicos de los Estados miembros (Amttenbrink y Raulus, 2010, nota al pie 37): estos han generado un nuevo ordenamiento que determina cómo debe aplicarse en sus propias jurisdicciones. Este alcance plantea la cuestión de la vigencia de un orden jurídico en el ámbito en el que los sistemas jurídicos nacionales recogen unos valores superiores de referencia derivados del reconocimiento de la dignidad del individuo y que no se encontraban expresamente reconocidos y literalmente consagrados en aquel. Y surge aquí un debate acerca del alcance obligatorio del derecho de la Unión que pudiera entrar en conflicto con los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente por los Estados miembros, elementos clave del constitucionalismo moderno a partir del cual se construyen los Estados democráticos de derecho. Debe tenerse en cuenta que los tratados no eran explícitos sobre el efecto directo de su derecho salvo para el caso de los reglamentos, por lo que era factible que los Estados miembros esperasen que el ordenamiento europeo siguiera las mismas pautas que las normas propias de los tratados internacionales, de donde no se derivarían normalmente derechos y obligaciones para los ciudadanos (Isenbaert, 2010, pp. 121 y 122). Esta cuestión quedó resuelta cuando el Tribunal de Justicia de Luxemburgo acomodó ambos ordenamientos al considerar como parte del sistema jurídico europeo los principios generales subyacentes a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y derivados de los convenios internacionales de los que estos son parte, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, de esta forma, sería posible juzgar la validez del derecho europeo a la luz de tales derechos. Volveremos sobre este extremo.

El efecto directo del derecho de la UE implica la supresión de intermediación estatal, es decir, las normas comunitarias no necesitan de acto alguno de recepción en el derecho interno y son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan; en fin, los tribunales nacionales y las administraciones tienen la obligación de aplicarlas⁴⁴. Como se afirma, las normas de la UE directamente aplicables son parte del

⁴⁴ García Prats insiste en la necesidad de distinguir el efecto directo, como posibilidad que tiene el individuo de invocar los preceptos de derecho europeo para proteger sus intereses, de la aplicabilidad directa, con la que se hace mención a la incorporación del derecho europeo al derecho interno sin necesidad de ratificación, publicación, conversión previa o acto de recepción, superando los tradicionales esquemas de relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Véase García Prats (2001, pp. 268 y 269).

derecho interno⁴⁵. De aquí se concluye la existencia de derechos subjetivos que los ciudadanos europeos pueden invocar ante las jurisdicciones nacionales, quienes deben protegerlos e ignorar las medidas nacionales incompatibles con estos⁴⁶. Es esta una condición específica del derecho europeo frente a los planteamientos clásicos del derecho internacional, que solo contempla como sujetos de derecho a los Estados y se basa en la indivisibilidad de la soberanía.

La primacía es corolario de la eficacia directa del derecho europeo: es necesaria para garantizar su aplicación de forma general, efectiva, inmediata, directa, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, lo que requiere que prevalezca sobre las normas internas⁴⁷. Así pues, la primacía del derecho de la UE no se sustenta en la Constitución de los Estados miembros sino en la naturaleza y caracteres específicos de la Unión (Mangas Martín y Liñán Noguerras, 2016, p. 433). Su fundamento se asienta sobre la doctrina del TJUE, no en un precepto legal que la establezca⁴⁸, y se basa en la atribución de competencias que se ha producido de forma irreversible e incondicionada, dentro de determinados límites materiales y funcionales. La primacía comporta la limitación definitiva de los poderes nacionales, se predica de la totalidad de las normas integrantes del ordenamiento jurídico europeo y obliga a todas las autoridades estatales a adecuar y analizar el ordenamiento interno al amparo de los criterios del ordenamiento europeo (Adamczyk, 2018, p. 15).

El derecho europeo, según resulta de la jurisprudencia del TJUE⁴⁹, es, además y sobre todo, un derecho autónomo, desligado del derecho interno de los Estados miembros, y supranacional, diferente del derecho internacional clásico, configurándose inicialmente como un *tertium genus* superando el típico carácter intergubernamental del derecho internacional.

Ahora bien, debemos matizar en este momento el alcance de la autonomía del derecho europeo por los motivos que se desgranarán más adelante: en la medida en que la UE encuentra su origen en los sistemas políticos y jurídicos de los Estados miembros, no puede quedar al margen de las condiciones en que estos concurren al proceso de su constitución,

⁴⁵ Esta afirmación tan clara se puede leer en Adamczyk (2018, p. 15).

⁴⁶ Siguiendo el análisis de Van Thiel (2001, p. 5).

⁴⁷ Véase una descripción detallada sobre estas condiciones relativas a la supremacía del orden comunitario en Isenbaert (2010, pp. 128 a 136).

⁴⁸ El proyecto de Constitución europea tenía prevista la incorporación de un precepto que de forma clara y taxativa declaraba la supremacía del derecho europeo. El Tratado de Lisboa se limitó a recoger una declaración anexa, la número 17, en la que se menciona que la Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del TJUE, los tratados y el derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas en la jurisprudencia, y se incorpora un dictamen del servicio jurídico del Consejo sobre el asunto, basado así mismo en dicha doctrina del tribunal.

⁴⁹ Estas conclusiones derivan del pronunciamiento en el asunto C-26/62, *Van Gend en Loos*, como recuerda García Prats (2001, p. 263).

lo que implica necesariamente que aquel no pueda construirse en violación de los términos en los que se producen las atribuciones para que sus instituciones actúen. Se explica así las reticencias que determinados Tribunales Constitucionales nacionales han encontrado para la primacía del derecho europeo⁵⁰.

Habría que añadir la frecuencia con la que el derecho europeo confluye con los sistemas jurídicos nacionales para articular el régimen jurídico finalmente resultante, lo que de nuevo obliga a replantear lo que se entienda por tal autonomía⁵¹. Esta quedaría referida al hecho de disponer de su propio sistema de fuentes, sus procedimientos de adopción de normas, con unas instituciones propias para su elaboración, y unos principios y objetivos que sí le son propios. En otras palabras (Mangas Martín y Liñán Noguerras, 2016, p. 410), el derecho europeo es autónomo respecto de los derechos internos en los que se integra sin perder su cualidad de *ius commune*, pero sin confundirse con él ni obedecer en su formación ni en sus efectos a las normas del procedimiento normativo interno. Cuando las instituciones ejercen las competencias atribuidas, las ejercen en el respeto a los tratados y su parámetro no es el derecho nacional, sino que deben atenerse a los procedimientos de producción normativa establecidos en cada caso en las normas de la UE y a la consecución de los objetivos fijados en las mismas.

4.2. Sobre los términos para la plena vigencia del derecho europeo

Así pues, todos estos efectos se producirán respecto de las normas europeas dictadas en el ejercicio de las atribuciones que son propias de la UE, lo que requiere asimismo observar que la producción normativa común respeta los términos en que se produjo tal atribución⁵². Esta última conclusión implica que el derecho europeo solo prima cuando respeta las normas nacionales que lo hicieron posible. Es posible observar decisiones de tribunales de Estados miembros contrastando la validez de actos de la UE según sus previsiones constitucionales y en caso de incompatibilidad se ha requerido enmienda constitucional,

⁵⁰ Como veremos, existen normas constitucionales internas, en particular los derechos fundamentales, que van a vincular y condicionan el derecho europeo. Véase como así se pronuncia Rodríguez Bereijo (2001).

⁵¹ Véase en este sentido Calderón Carrero (2006, pp. 712 y ss.).

⁵² En este sentido, véase García Prats (2001, p. 279), quien afirma que la primacía del derecho europeo no supone la imposibilidad de enjuiciamiento del derecho comunitario por parte del Tribunal Constitucional, a la luz de los términos de la Constitución y del Tratado de adhesión, que son los que, en última instancia, determinan los términos en que se puede producir la cesión individual de soberanía. Este autor se apoya para su afirmación en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de octubre de 1993 y cita el correspondiente análisis de Bacigalupo (1994, pp. 7 a 45).

e incluso se plantea recurrir los actos comunitarios así como los actos de los poderes públicos nacionales por su aplicación en cuanto que estos no dejan de estar sometidos a la Constitución⁵³.

De hecho, la cuestión de la primacía del derecho de la UE no está resuelta con tanta claridad y hay Estados miembros que se aproximan a la misma desde una perspectiva nacional: no aceptan sin más su supremacía según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo o sobre la base de la naturaleza del derecho europeo sino que la misma deriva de las propias previsiones del derecho constitucional interno⁵⁴. Se trata de una cuestión crucial puesto que son al final los tribunales nacionales los que se tienen que hacer eco de la jurisprudencia del TJUE para que la misma sea eficaz⁵⁵. En el Reino Unido, el principio constitucional de soberanía parlamentaria implica que el Parlamento pueda hacer cualquier cosa salvo obligarse a sí mismo para el futuro, lo que compromete su capacidad para aceptar la vigencia superior del derecho de la Unión; solo a través del *European Community Act* de 1972 se incorpora este ordenamiento común al propio anglosajón y se recibe, como consecuencia y con valor de precedente, la jurisprudencia europea, que vincularía así a los tribunales de dicho Estado. Alemania encuentra en el artículo 25 de su Constitución el fundamento jurídico para dar valor interno al derecho europeo, pero con algunos condicionantes: su supremacía no puede implicar conflicto con su orden constitucional de forma que no se ampara una transferencia de poder que pueda conllevar la enmienda de características esenciales inalienables de su norma fundamental como es la protección de los derechos fundamentales; por lo demás, los tribunales alemanes se reservan la capacidad para decidir si una acción de la UE se encuentra dentro de su competencia; esto es, discuten si la UE ha ejercido legítimamente atribuciones que se le han conferido en los tratados. En cuanto al caso francés, son también los artículos 55 y 88 de la Carta Magna los que implican la aceptación de la supremacía del derecho europeo sin que la misma implique que los tribunales de dicho país lleguen a aceptar que este ordenamiento pueda preceder sobre su Constitución. Situación equivalente a esta última rige en Italia, sobre la base del artículo 11 de su Constitución, y en Polonia, artículo 55.1 de su Norma Constituyente. Bélgica, por su parte, lo había reconocido por vía jurisprudencial en decisión de su Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1971, caso *Franco-Suisse Le Ski*, en la que se asume la propia doctrina de la supremacía elaborada en Luxemburgo, y a través de reforma constitucional de 1970, que incluyó un

⁵³ Calderón Carrero (2006, pp. 732-733), quien indica que las normas comunitarias no pueden contravenir los principios y derechos establecidos en las Constituciones nacionales y cita jurisprudencia constitucional española que concluye que no cabe excluir el recurso de amparo en relación con actos de los poderes públicos nacionales en aplicación del derecho comunitario (STC 64/1991) o incluso el recurso o cuestión de constitucionalidad por la vulneración de preceptos constitucionales por normas comunitarias o nacionales que transpongan disposiciones comunitarias (STC 96/2002).

⁵⁴ En este sentido, véase Rosas y Armati (2012, p. 70).

⁵⁵ Como Alter (1996, p. 459), el TJUE puede decir lo que quiera, la cuestión real es por qué nadie deba prestarle atención.

artículo 25 bis en el que se establece que el ejercicio de determinados poderes puede ser conferido por tratado o por estatuto a instituciones internacionales⁵⁶. Por otra parte, gran parte de este debate se ha desarrollado a partir de pronunciamientos jurisprudenciales nacionales, lo que obliga a preguntarse sobre la aceptación de la doctrina del efecto directo y la supremacía del Tribunal de Justicia por parte de los órganos legislativos y ejecutivos de los Estados miembros, debate que ha existido pero que parece cerrado a partir del momento en el que la Declaración número 17 aneja al Acta Final de la Conferencia Gubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa y referida a la primacía dispone de forma expresa que:

La Conferencia recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Esta misma declaración incorpora al efecto el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, donde además de referirse de nuevo a la jurisprudencia europea, declara que la primacía del derecho comunitario es un principio fundamental del derecho comunitario y reitera que la falta de referencia expresa al mismo en los tratados no cambia en modo alguno su existencia ni la jurisprudencia correspondiente. De forma más indirecta, el artículo 19.1, segundo párrafo, del TUE impone a los Estados miembros la obligación de proveer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión⁵⁷.

A pesar de que la vigencia y la primacía del derecho europeo en España se fundamenta en el artículo 93 de la Constitución, el mecanismo de aplicación de las normas comunitarias se rige por el sistema previsto en dicho ordenamiento y no por el que establece nuestra Norma Fundamental (Sánchez Legido, 1991, p. 176)⁵⁸. En el orden constitucional español, el artículo 95 de la Constitución prevé la previa revisión constitucional para celebrar un tratado que pudiera tener previsiones contrarias a la misma, lo que ofrecería como solución bien la revisión constitucional o la no ratificación del tratado; en la jurisprudencia constitucional española se mantiene que, desde la adhesión, el Reino de España se halla vinculado al derecho de las CC. EE., originario y derivado, el cual constituye un ordenamiento jurídi-

⁵⁶ Véanse Craig y De Búrca (2015, pp. 354 a 374), Amténbrink y Raulus (2010, p. 23). También se analiza la cuestión en Isenbaert (2010, pp. 144 a 163).

⁵⁷ Sobre la oposición política en los Estados miembros a la vigencia de los principios de primacía y efecto directo, véase Isenbaert (2010, pp. 163 a 173).

⁵⁸ En la obra de Mangas Martín y Liñán Noguerras (2016, p. 501) se refieren como principio más general para fundamentar la primacía del derecho de la UE en España al artículo 96.1 de la Constitución española donde se recoge la prevalencia del derecho internacional convencional y consideran al artículo 93 de la Norma Fundamental como un refuerzo específico mediante el cual el ordenamiento jurídico europeo puede desplegar con plenitud sus características específicas.

co propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, doctrina para la que citó expresamente la sentencia del TJUE en el caso *Costa v. ENEL* (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 152-153)⁵⁹. Se trata, por tanto, de una aproximación a la cuestión más aperturista que no requiere de previsiones internas para reconocer la primacía del derecho europeo, sino que la misma resulta desde el hecho simple de la participación del país en la UE.

En este mismo sentido, se recuerda, con apoyo en la jurisprudencia constitucional española, como la aplicación del derecho europeo no puede realizarse en contra de los preceptos constitucionales porque la integración en Europa no disminuye la vinculación de los poderes públicos con la Constitución⁶⁰. Esto es, los poderes públicos nacionales deben implementar el derecho europeo de acuerdo con el mismo y con el debido respeto al orden constitucional nacional, conclusión que solo se puede explicar cuando la transferencia del poder desde el ámbito interno a la UE se produce de forma plena, rodeada de todas sus condiciones y dentro de los límites constitucionales. En fin, la doctrina del Tribunal Constitucional español considera que el artículo 93 de la Constitución permite la cesión del ejercicio de competencias pero no la cesión de su titularidad y no es un cauce legítimo para la reforma implícita o tácita de la misma; tal atribución no podría suponer una contradicción de los imperativos constitucionales⁶¹. Este precepto no permitiría una atribución incontrolada ni ilimitada de competencias que pudiera poner en peligro la pervivencia de España como Estado democrático, soberano e independiente o que afecte a sus elementos esenciales, incluidos el sistema autonómico, la estructura constitucional de los poderes públicos y el respeto a los derechos y libertades fundamentales (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016, p. 503).

En cuanto al alcance de la primacía de la acción comunitaria, comprender la configuración de las atribuciones de la UE y la consiguiente limitación de la soberanía de los Estados miembros requiere referirse a los principios y prohibiciones generales que derivan del reconocimiento de la interdicción de discriminación por razón de nacionalidad y la promulgación de las libertades de circulación. Estas premisas, clave de bóveda en la arquitectura de la integración europea, tienen capacidad para condicionar cualquier ejerci-

⁵⁹ En las páginas 264 y 265 aborda las cuestiones de la relación entre el derecho europeo y el derecho interno en el nivel infraconstitucional y es donde aborda el análisis de la jurisprudencia constitucional española.

⁶⁰ Así lo mantienen de forma taxativa Balaguer Callejón *et al.* (2017, p. 266), quienes apoyan su tesis en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y citan en particular la correspondiente Sentencia 64/1991 cuyo fundamento jurídico 4.b dice que:

La cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades españolas dejen de estar sometidas al ordenamiento jurídico interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos sigue siendo Poder Público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español.

⁶¹ Declaración de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea, fundamento jurídico 4.

cio de soberanía estatal, cualquiera que fuera el ámbito de materias, incluso aquellas para las que no existe atribución comunitaria, y genera lo que se conoce como la perspectiva dinámica de la distribución de soberanía en la UE (Amttenbrink y Raulus, 2010). Es lo que sucede en el ámbito de la fiscalidad directa, en el que el TJUE no se cansa de reafirmar que si bien se trata de una materia que es competencia de los Estados miembros, estos están obligados a ejercerla de acuerdo con el derecho de la UE⁶²: una materia reservada al Estado pero limitada por la necesidad de respetar los valores jurídicos que articulan el mercado interior. Esta suerte de armonización encuentra algunos límites: algunos expresamente previstos en la regulación europea de las libertades de circulación como premisa para la satisfacción de intereses públicos nacionales; otros derivados del reconocimiento por parte del propio TJUE de la existencia de razones imperiosas de interés general, tales como la supervisión o el control fiscal, la defensa de los consumidores o la protección medioambiental, menciones que no pueden cerrar una lista que no es exhaustiva sino que depende de la apreciación de cada caso. Eso sí, las medidas nacionales aceptadas bajo estas aspiraciones deben ser proporcionadas por ser adecuadas y necesarias para el logro de los fines planteados y no sacrificar los derechos europeos más allá de lo necesario para cumplir con sus objetivos.

No podemos cerrar estas reflexiones sobre los caracteres más elementales del derecho de la UE sin recordar que, como consecuencia de su condición, su incumplimiento genera responsabilidad de los Estados, principio fundamental de este mismo ordenamiento⁶³. El TJUE reconoce la obligación de los Estados miembros de indemnizar a los particulares que hayan sufrido daños antijurídicos provocados por la vulneración del derecho europeo, siempre que la norma vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, la violación esté suficientemente caracterizada y haya una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido⁶⁴. Esta obligación ha sido reconocida también cuando el perjuicio ha sido causado por un órgano judicial de última instancia⁶⁵.

El sistema jurídico europeo se cierra con las provisiones necesarias para garantizar su cumplimiento y que le son propias. Así, las medidas incompatibles con el derecho europeo

⁶² Sentencias de 19 de noviembre de 2015, asunto C-632/13, *Hirvonene* (NFJ060519), párrafo 28, y de 18 de marzo de 2010, asunto C-440/08, *Gielen* (NSJ033736), párrafo 36, entre otras.

⁶³ Para un estudio detallado sobre esta cuestión, véase Mangas Martín y Liñán Noguera (2016, pp. 450 a 454), quienes abordan la cuestión a partir de la jurisprudencia del TJUE dictada en los asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Francovich y Bonifaci* (NSJ000703), Así lo recuerda Carrasco González (2011, p. 1.008).

⁶⁴ Asuntos acumulados C-46/93 (NSJ014195) y 48/93, *Brasserie de Pecheur*, y C-6/90 y 9/90, *Francovich* (NSJ000703).

⁶⁵ Asunto C-224/01, *Köbler* (NSJ014195). Esta obligación, reconocida también cuando el perjuicio ha sido causado por un órgano judicial de última instancia, tiene consecuencias para el derecho tributario, en el que se ha reconocido la procedencia de la devolución de ingresos indebidos, esto es, de los tributos recaudados en infracción del derecho europeo. Véanse Calderón Carrero (2006, p. 717) y Adamczyk (2018, pp. 22 y 23).

se pueden poner en cuestión a nivel europeo a través del procedimiento de infracción, conducido por la Comisión ante la denuncia de los particulares o de cualquier Estado miembro y terminado, si no se resuelve antes la violación jurídica, a través del correspondiente proceso ante el Tribunal de Justicia, o a nivel nacional mediante la invocación por parte de los particulares del efecto directo de dicho ordenamiento ante los tribunales nacionales (Adamczyk, 2018, p. 18).

4.3. Sobre las consecuencias derivadas de la vigencia del ordenamiento jurídico europeo en los sistemas de fuentes y los ordenamientos jurídicos nacionales

Esta construcción del derecho europeo tiene consecuencias claves sobre los sistemas de fuentes y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El TFUE incluye un catálogo de fuentes del derecho al determinar la existencia del reglamento, la directiva y la decisión como normas tipo sobre las que se articula el derecho europeo y que reciben del mismo el fundamento de su validez. En este sentido, los tratados serían lo que la doctrina denomina como normas sobre producción jurídica y jugarían un papel equivalente al de las Constituciones nacionales cuando estas determinan el correspondiente elenco de fuentes jurídicas. Su función sería regular el proceso de producción jurídica material y formal, disciplinando el régimen de cada una de las fuentes de dicho ordenamiento, las relaciones entre ellas, así como las formas de su aplicación. Sirven como parámetro para determinar la validez jurídica de las normas de su sistema jurídico. Excluidas las disposiciones dirigidas a regular el funcionamiento de las instituciones europeas, dichas categorías jurídicas interaccionan con las propias de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El origen del derecho vigente en cada país europeo ya no puede encontrarse exclusivamente en el orden jurídico nacional. El juego del derecho europeo y el ejercicio de las competencias atribuidas a la UE inciden sobre el uso de las fuentes jurídicas nacionales: en el campo de competencias exclusivas no cabe el recurso a las leyes nacionales sin perjuicio de que se pueda acudir a normas procedimentales administrativas de cada Estado cuando este resulte agente ejecutor; en las competencias compartidas, la determinación del derecho aplicable puede resultar de la combinación de normas europeas y otras nacionales. En aquellos casos en que la acción comunitaria se concrete a través de directivas, estas obligarán a la puesta en marcha de mecanismos normativos internos, mediante ley o reglamento: se utilizarán en virtud de lo dispuesto por la norma comunitaria y el fundamento de su uso será doble, europeo y nacional. En este modo de producción del derecho no se puede ignorar ya la capacidad de las normas europeas para hacer nacer ordenamiento nacional, determinar, incluso obligar, al uso de las fuentes internas e informar la interpretación y la aplicación del derecho vigente en las jurisdicciones nacionales. Hay ámbitos jurídicos en que la fuente nacional, la ley por ejemplo, es incompleta por sí sola para ser cauce

de manifestación del proceso de producción del derecho, proceso que se completa con la fuente del ordenamiento jurídico comunitario. No es posible hablar de la ley nacional como fuente del derecho sin más puesto que en los ámbitos en los que se entrecruza con una competencia comunitaria, se produce una suerte de interconexión entre la fuente europea, por ejemplo la directiva, y la ley que la implementa, que trae causa de aquella y cuyo posicionamiento jerárquico no se puede explicar exclusivamente por referencia al cuadro de fuentes nacionales, como inferior a la Constitución y superior al reglamento, sino que debe tenerse en cuenta su emplazamiento jerárquico por relación también al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico europeo, de forma que no puede violentar principios de este último orden ni incumplir con el mandato de la norma de derecho europeo derivada. Esto es, las fuentes del ordenamiento jurídico europeo tienen implicaciones tanto cuando se utiliza una fuente nacional como cuando se determinan los efectos de la misma. En fin, los modos de producción del derecho vigente quedan así alterados⁶⁶.

Estos resultados sobre el sistema de fuentes no son caprichosos o circunstanciales sino la solución buscada para hacer posible el proceso de construcción europea a partir del reconocimiento de individualidad de cada Estado miembro. La UE nace de las transferencias de poder articuladas en derecho que se produce desde aquellos y tiene como fin su ejercicio para lograr la puesta en común programada en los tratados. La construcción de la Comunidad requiere así la concurrencia en el mismo campo de juego de ordenamientos que difícilmente se pueden conceptuar como separados o diferenciados. Conclusión que no es óbice para que se defienda el carácter autónomo del derecho europeo, cualidad que le permite existir sin estar condicionado por los Estados miembros y por sus ordenamientos jurídicos⁶⁷. Lo que sí queda planteada es la propia de los ordenamientos nacionales puesto que quedan supeditados a lo que designe el acervo común en las materias atribuida a la sede europea y que se concretan en un derecho con efecto directo y que prima sobre aquellos. Debemos reiterar que determinadas disposiciones europeas van a obligar a la puesta en funcionamiento del sistema de fuentes jurídicas nacionales.

Esta articulación plantea la existencia de un ordenamiento jurídico complejo: diversas fuentes de distinto origen confluyen simultáneamente para determinar la norma que rige la situación⁶⁸. Y obliga a precisar cuál es la relación que determina el papel que juega cada fuente, si sería de jerarquía o de competencia. En la concepción de ordenamiento jurídico complejo que utiliza cierta doctrina, las mismas se articulan no solo en torno al principio de jerarquía, sino también alrededor de otros principios estructuradores del sistema, y especialmente el principio de competencia. Esto recuerda al principio comunitario de atri-

⁶⁶ Estas consideraciones arrancan de la lectura del capítulo sobre fuentes del derecho incluido en la obra de Balaguer Callejón *et al.* (2017, pp. 66 a 75).

⁶⁷ Sobre las características generales del derecho europeo y en particular su carácter autónomo, se puede consultar Mangas Martín y Liñán Noguera (2016, pp. 336 y 386-387).

⁶⁸ Se usa aquí el concepto que utilizan Balaguer Callejón *et al.* (2017, pp. 69, 70 y 94 a 96).

bución en cuya virtud la UE solo actúa donde tiene la correspondiente competencia y no puede hacerlo legítima ni válidamente en los ámbitos donde no la tiene. En caso de confluencia de disposiciones del orden jurídico europeo y el nacional, es necesario determinar qué ámbito queda afectado y determinar la presencia de competencia europea para concluir sobre el efecto de las normas emanadas por las instituciones de la UE y su primacía respecto de las normas nacionales. Pero incluso así, no puede obviarse que esta primacía sea manifestación de una jerarquía superior cuando una determinada regulación implique la concurrencia de ámbitos, como ya vimos. Por tanto, priman, son superiores, las disposiciones europeas sobre las disposiciones nacionales. Esto, en áreas de la efectividad y la realización de lo puesto en común.

Esta construcción del derecho de la UE incide asimismo sobre la concepción del ordenamiento jurídico. La unidad, la coherencia y la plenitud de los que rigen en cada Estado miembro no pueden entenderse al margen del ordenamiento jurídico europeo⁶⁹.

Se predicará la unidad del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado miembro siempre que la referencia a los principios de constitucionalidad y seguridad jurídica abarquen el proclamado en sede europea. Es decir, la sujeción de poderes públicos y ciudadanos al ordenamiento se entiende que engloba la sujeción de los mismos a las disposiciones europeas; y la capacidad de previsión del individuo acerca de las consecuencias jurídicas de sus acciones y de las acciones de los demás solo puede entenderse cuando las mismas derivan de la eficacia conjunta de disposiciones nacionales internas y de las europeas que resulten aplicables al caso. Solo hay verdadera seguridad jurídica cuando se espera que las consecuencias jurídicas de hecho, actos o negocios jurídicos sean aquellas que resulten de la aplicación integrada de las normas europeas y nacionales pertinentes.

Se predica la coherencia del ordenamiento jurídico en la medida en que el mismo ofrece parámetros para solucionar colisiones normativas y determinar el derecho aplicable en un proceso en el que intervienen las previsiones relevantes del ordenamiento europeo y del ordenamiento interno. Ya hemos referido la relación existente entre ambos ordenamientos y el juego de los principios de competencia y jerarquía capaces de ofrecer los criterios necesarios para determinar el régimen jurídico capaz de dar respuesta a la situación planteada.

Se predicaría la plenitud del ordenamiento jurídico cuando el juez quede obligado a dar respuesta a la controversia jurídica sobre la base de previsiones europeas y nacionales, de tal forma que tal respuesta solo se podrá considerar jurídica, esto es, ajustada a las normas pertenecientes al ordenamiento, cuando la misma incorpore las necesarias consecuencias derivadas del ordenamiento jurídico europeo.

⁶⁹ La conceptualización del ordenamiento jurídico sobre la base de su unidad, coherencia y plenitud se puede consultar en la obra de Balaguer Callejón *et al.* (2017, pp. 96 a 113). Las reflexiones aquí recogidas y en los párrafos siguientes se basan en las consideraciones realizadas sobre esta materia en dicha obra.

En fin y como sostiene la doctrina (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 140 y 141)⁷⁰, pese a cierta jurisprudencia constitucional en España, el derecho de la UE se integra en el ordenamiento nacional y esto ocasiona una interacción entre el ordenamiento interno y el ordenamiento europeo que incide en el nivel constitucional, incidencia que aumentará progresivamente conforme se intensifique el proceso de integración europea. Esta incidencia supone pues que no cabe concebir la norma fundamental, las fuentes del derecho y el ordenamiento jurídico que emana de aquellas al margen del fenómeno europeo y prescindiendo del sistema jurídico común.

Es necesario considerar como tal la existencia de un ordenamiento jurídico europeo que aparece hoy desprendido de su origen internacionalista y adquiere un claro carácter constitucional: se mantiene que con el Tratado de Lisboa se viene a romper con la habitual separación entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento interno de cada Estado miembro. El alto grado de dependencia que se genera entre los diversos espacios constitucionales en Europa hace que cada vez sea más real que no podamos ver los sistemas constitucionales de los Estados miembros en perspectiva exclusivamente nacional ni tampoco el sistema jurídico de la UE en perspectiva exclusivamente europea como si se tratara de esferas separadas. Esta interpenetración tiene así mismo consecuencias de tipo metodológico a la hora de aproximarse al conocimiento del derecho (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 245 y 254-255)⁷¹.

⁷⁰ La discusión que aquí se plantea tiene que ver con la falta de incorporación del derecho comunitario al bloque de la constitucionalidad que resulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero, en la que se afirma que el derecho comunitario europeo no forma parte del parámetro de constitucionalidad, ya que la infracción de este derecho no es infracción del artículo 93 de la Constitución española. Ahora bien, como se recoge en esta obra, esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional establece unos principios teóricos que no siempre son seguidos en el desarrollo concreto que el propio tribunal realiza. Así en Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, se utiliza el derecho comunitario como instrumento de interpretación en orden a determinar a quién corresponden determinadas competencias, más allá de las previsiones internas contenidas en el bloque de la constitucionalidad, de forma que lo utiliza como un elemento más del parámetro de constitucionalidad, esto es, como parte del bloque de constitucionalidad.

⁷¹ En la doctrina tributaria, Calvo Ortega (2000, p. 33) afirma que es preciso sistematizar los principios comunitarios e integrarlos en nuestro Derecho Financiero y Tributario. Véase el trabajo de Villar Ezcurra y Herrera Molina (1999), donde defienden la tesis de que el derecho comunitario tiene principios que más allá de ser propios inspiran los ordenamientos nacionales, de donde derivan la necesidad de diseñar un «estatuto europeo del contribuyente», es decir, unos principios del procedimiento tributario vinculantes o informadores para los Estados miembros y para las autoridades de la Unión, que garantizarían de modo uniforme los derechos de los ciudadanos en el procedimiento de aplicación de los tributos (p. 10). Esta tesis viene así a confirmar la postura de que el derecho europeo es común a todos los Estados miembros e informa la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales, donde debe regir. En otro trabajo, Villar Ezcurra (2001, p. 23) habla de la existencia de una Constitución Financiera Europea que se inserta en los ordenamientos nacionales y sirve de parámetro de constitucionalidad o, si se quiere, de supranacionalidad. Insiste (p. 24) en que la incorporación a las Comunidades tiene importancia para el análisis metodológico que se haga del Derecho Financiero y Tributario, o como afirma más adelante (p. 31) el Derecho comunitario incide, en mayor o menor medida, en todas las cuestiones que abarca nuestra disciplina propiciando una auténtica avalancha de cambios sustanciales en la ordenación jurídica de la actividad financiera.

Las conclusiones anteriores no desdican la condición del ordenamiento europeo como propio, diferenciado de los ordenamientos estatales y dotado de autonomía como sostuvo el TJUE en la sentencia del caso *Costa v. ENEL*, en los términos antes descritos⁷². Es esta una autonomía respecto de los derechos de los Estados miembros en el sentido descrito y siempre que se entienda respecto del derecho europeo que se promulgue en el ejercicio de las atribuciones tal y como han sido conferidas, lo que no excluye, como se acaba de mencionar, que, en la práctica, se integren el ordenamiento europeo con los nacionales de forma que se apliquen de forma conjunta para llegar a la solución del caso⁷³. Se plantea así el origen último de este contexto propiciado por el que hemos referido como ordenamiento jurídico complejo, resultante de la confluencia de normas de distinto origen que vienen a determinar el derecho vigente aplicable a una misma situación en un mismo territorio y al mismo tiempo: sería necesario contar con un orden constitucional central y originario que facilitase la unidad, coherencia y plenitud del sistema. Frente a otras visiones que claman la necesidad de que la UE llegue a tal nivel constitucional, se considera que la realidad muestra ya la vigencia de tal orden aun cuando el mismo no haya sido plasmado en un texto que se considere como norma fundamental a tal propósito y persistan dudas sobre su legitimidad a partir de los ordenamientos internos de los Estados⁷⁴. Estas dudas sobre el cómo de la vertebración de poderes originarios transferidos y su legitimidad sí que requerirían de alguna forma de solemnidad política y articulación jurídica que vengan a resolver las dudas sobre el déficit democrático que se atribuye al proceso de integración europea.

5. La necesaria legitimación de la UE y consecuencias para su configuración

5.1. Los elementos de la legitimación de la UE

El alcance de las atribuciones de la UE y su ejercicio tiene implicaciones y consecuencias que afectan intensa y extensamente la vida cotidiana de los ciudadanos europeos, afectando y configurando sus derechos y sus relaciones jurídicas con otros particulares y con

⁷² Se habla así en la doctrina tributaria de un derecho tributario comunitario caracterizado por su autonomía respecto al derecho financiero y tributario nacional, con independencia de los conceptos tributarios nacionales, y con un órgano supraestatal, el TJUE, que monopoliza el control de legalidad de las normas tributarias y la interpretación de este derecho (Martín Jiménez, 2001, p. 117).

⁷³ En este mismo sentido, véase Carrasco González (2017, p. 1.006).

⁷⁴ Véase, sobre las características y consecuencias derivadas de la existencia de un ordenamiento europeo, la obra de Balaguer Callejón (2017, pp. 261 y ss.). Estos autores claman por la necesaria evolución hacia un derecho constitucional europeo que vertebrase las alteraciones que se están produciendo como consecuencia de la traslación de poder constituyente interno hacia instancias supranacionales.

los poderes públicos. De aquí resulta la necesidad de que la UE quede configurada como ente público enmarcado en la constitucionalidad. Si no fuera así, podría verse alterado el reconocimiento de los derechos individuales y la realización de los derechos políticos y sociales que las normas fundamentales nacionales vienen a reconocer.

El proceso de integración en los términos en que se produce obliga a dotarlo de legitimidad y responsabilidad democrática⁷⁵. Una vez que se considera la UE como una forma de puesta en común de políticas y su expresión en derecho, el producto resultante lo es de un proceso democrático. En torno a esta construcción constitucionalizada de la UE van a surgir preguntas cuyas respuestas vendrán condicionadas por sus peculiaridades: no se trata de un Estado nacional, el conocido a partir de un pueblo, un territorio y un poder, nacido a partir del primero una vez constituido para su proclamación –poder y asamblea constituyentes– y que se articule alrededor de un proceso democrático al uso, con representatividad directa para servir intereses generales y con una clara división de poderes entre los órganos a los que se les atribuya su ejercicio.

Es evidente que esta preocupación por dotar al proceso de valor democrático ha influido muchas de las reformas más básicas de la UE. Más allá de la proclamación de una serie de valores jurídico-políticos y el respeto al Estado de derecho, se introdujo la elección directa de los miembros del Parlamento Europeo en circunscripciones nacionales y por los ciudadanos de los Estados miembros de la UE, de forma que el vigente artículo 10.2 del TUE puede proclamar que los ciudadanos están directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. La elección y la acción de la Comisión quedan hoy sujetas al control del Parlamento Europeo, quien puede dirigirle interpellaciones, preguntas orales y escritas y someterla a moción de censura. Esa misma institución puede conocer la comparecencia del Consejo. El proceso legislativo ordinario y la aprobación del presupuesto requieren la participación de los representantes elegidos por los ciudadanos europeos, aunque no ejerzan esta función en exclusiva. Por otra parte y dada su naturaleza, la participación de los Estados miembros democráticos en las instituciones europeas, el Consejo y el Consejo Europeo, son modos de expresión de tal forma de gobierno en el que se considera a estos con capacidad para representar la voluntad general de sus respectivos pueblos, o como dice el artículo 10.2 del TUE, los Estados miembros están representados en el Consejo Europeo por sus Jefes de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos. La legitimidad de estas instituciones derivaría así de los propios sistemas políticos nacionales. En fin, el artículo 11 recoge diversas formas de participación de los ciudadanos en el proceso democrático europeo, incluyendo la iniciativa popular (apartado 4), lo que queda complementado con el derecho de petición y la reclamación al Defensor del Pueblo, previsiones ambas del artículo 227 del TFUE. Habría que añadir la existencia

⁷⁵ La cuestión es ampliamente debatida por la doctrina internacional y española. Se pueden citar Siedentorp (2001); Magnette (2007); Lenaerts y Cambien (2010); Rosas y Armati (2012, capítulo 9).

de cauces para hacer efectiva la democracia deliberativa que permiten discusiones informadas para expresar las elecciones de colectivos en materias objeto de análisis previo a la adopción de iniciativas.

La cuestión relativa al carácter democrático de la UE está estrechamente relacionada con el necesario reconocimiento de los derechos humanos, elemento fundamental en el respeto del individuo como miembro del pueblo considerado soberano y del que emanan los poderes que solo se pueden ejercer legítimamente cuando constituyen, en el centro de su ejercicio, al individuo y a sus derechos. Es el respeto de los derechos humanos un elemento clave para poder hablar de la constitucionalización de la UE y su derecho⁷⁶.

Hoy es clara la incorporación de los derechos humanos y su protección al acervo europeo. El TJUE considera como parte del ordenamiento jurídico europeo los principios generales subyacentes a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y derivados de los convenios internacionales de los que estos son parte, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TUE, artículo 2, hace referencia explícita al asunto. Pero más terminantes son las previsiones de su artículo 6: la UE reconoce los derechos y libertades incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (CDF) y le atribuye el mismo valor jurídico que tienen los tratados. El apartado 2 de este mismo precepto introduce el matiz claro de que este reconocimiento no amplía las competencias de la UE, de donde resulta la interpretación de que tales derechos son aplicables en las situaciones que se encuentran dentro del ámbito propio del derecho de la UE, de tal forma que la invocación del derecho de la UE entraña la invocación de los derechos de la CDF⁷⁷; el reverso de esta conclusión sería que cuando el asunto cae fuera del ámbito de aplicación de dicho ordenamiento, la CDF no es aplicable. Tampoco el TJUE es un tribunal de derechos humanos con jurisdicción general sobre los instrumentos para su protección y no está previsto un recurso especial dispuesto para su garantía⁷⁸. Existe legislación derivada europea que desarrolla aquellos que lo han requerido y se considera que los Estados miembros deben respetarlos cuando implementan el derecho europeo (Rosas y Armati, 2012, pp. 162-163 y 165-166)⁷⁹. Habría que añadir que este contexto

⁷⁶ Así ha sucedido también en el ámbito del derecho financiero comunitario, donde es posible observar una práctica jurisprudencial comunitaria que mantiene la vigencia de determinados derechos y principios fundamentales en la resolución de cuestiones de orden tributario comunitario. Véase Martín Jiménez (2001, p. 157), donde menciona como el principio de seguridad jurídica se erige en límite a la retroactividad de las normas tributarias comunitarias, o como la vulneración del principio de defensa impide la imposición de derechos antidumping, o el principio de proporcionalidad limita las sanciones que los Estados miembros pueden imponer por vulneración del derecho comunitario. Marjaana Helminen (2015, pp. 17 a 19) incluye una relación de los derechos individuales reconocidos por el TJUE relevantes en el derecho tributario.

⁷⁷ Véase la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson* (NFJ050159), párrafo 21.

⁷⁸ Véase la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-466/11, *Currà*, párrafo 26.

⁷⁹ Véase la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-5/88, *Wachauf*, párrafo 19.

jurídico se completa con las previsiones de los párrafos 2 y 3 del artículo 6 del TUE, donde se recoge el compromiso de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho que le convertiría en parte del ordenamiento jurídico europeo y desplazaría la proclamación actual de los mismos como principios generales. En tanto que la UE no acceda como parte a este último acuerdo internacional, el mismo no constituirá un instrumento jurídico formalmente incorporado a su sistema jurídico. Tal incorporación tendría además efectos jurisdiccionales puesto que se establecería una forma de control externo de los actos de las instituciones europeas y de los Estados miembros cuando apliquen el derecho europeo, allanándose así el camino al desarrollo de un derecho constitucional común europeo (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, p. 462). Este valor de principios generales se mantendría respecto de los derechos y libertades fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

La jurisprudencia es clara en la consideración del carácter primordial de los derechos humanos: «el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios [...] no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos». Estas reflexiones se extienden al punto de reconocer la subordinación del derecho europeo originario, los tratados, a este sector del ordenamiento jurídico que deberíamos considerar ya como común y pilar para la construcción de lo que puede denominarse ordenamiento constitucional europeo, hasta el punto de que el TJUE usa en sus sentencias referencias a las propias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁰.

El valor del respeto a los derechos humanos y al principio democrático culmina en el tratado con la configuración de un sistema, calificado de operativo, para evitar que los mismos queden relegados a la retórica política: si un Estado miembro se apartara de la senda democrática, la UE se ha dotado de medios jurídicos para prevenir violaciones a los derechos humanos por parte de aquellos y poder sancionarlas (Mangas Martín y Liñán Nogueiras, 2016, p. 54). El artículo 7 del TUE prevé que el Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, pueda constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores democráticos referidos en el artículo 2. Tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones, puede decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto. De esta forma, la UE se dota de instrumentos para reaccionar ante posicionamientos o decisiones puramente nacionales de los Gobiernos de sus Estados miembros con una fórmula

⁸⁰ Así versa en el párrafo 284 de la sentencia del TJUE dictada en los asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, *Kadi*. Sus párrafos 302 a 304 describen ese carácter de prevalencia de los derechos del individuo sobre cualquier disposición del derecho de la UE. La calificación del ordenamiento europeo como constitucional se encuentra en Rosas y Armati (2012, p. 161).

que permite evitar la contaminación de la propia UE por tales posicionamientos al dejar sin participación en la propia Unión al Estado correspondiente.

Intrínsecamente ligado al reconocimiento de los derechos del individuo aparece la determinación del estatuto de ciudadanía europea. Es este uno de los elementos diferenciadores de la UE respecto de las instituciones propias del derecho internacional público: que los ciudadanos son destinatarios de derechos y obligaciones derivadas de su ordenamiento jurídico. Desde el Tratado de Maastricht, no se trata solo del reconocimiento de su condición de agente económico que ejerce las libertades de circulación, sino que implica una categorización específica que se añade a la condición de ciudadano del correspondiente Estado miembro, artículo 20.1 del TFUE, y de la que resulta la atribución de un estatuto aglutinador de derechos específicos (véanse los arts. 20 y ss. TFUE, en su segunda parte, bajo el título *No discriminación y ciudadanía de la Unión*) que se añaden a los reconocidos en la CDF.

Situar a los ciudadanos en el centro de la construcción europea es emblemático no solo de la naturaleza especial del derecho de la UE sino también de su evolución desde una organización puramente destinada a la integración económica hacia una unión omnicomprensiva de los pueblos⁸¹. El concepto de ciudadanía europea hace posible una conciliación de las identidades políticas, territoriales, culturales y religiosas y una apertura a nuevas realidades constitucionales que se están desarrollando en el interior y el exterior del Estado, si bien se considera como un concepto de futuro cuando se valora desde su perspectiva como miembro activo de una comunidad política que participa en un espacio político de decisión propio y que ejerce sus atribuciones políticas en un contexto democrático pleno, con control sobre los poderes que ejercen las correspondientes competencias. No se encuentra así la proposición sobre la existencia de una identidad ciudadana europea (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 230 a 232). Y no parece que cuando se mantiene esta posición se planteen las identidades nacionales y la identidad europea como yuxtapuestas, de forma que la identidad europea supusiera la disolución de las identidades nacionales.

Esta referencia a la vigencia en el orden europeo de los derechos del individuo no resulta tan evidente respecto de otros principios y reglas generales del modelo democrático, salvo que pudieran quedar amparados bajo las previsiones de este mismo artículo 2 del TUE cuando menciona el respeto a la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad, la igualdad entre mujeres y hombre y, finalmente, el Estado de Derecho⁸².

⁸¹ Véase en este sentido Rosas y Armati (2012, pp. 143 y ss.).

⁸² Este contexto, respecto del ordenamiento jurídico tributario, debería conducir al reconocimiento a nivel europeo del respeto a los principios tributarios comunes vigentes en los ordenamientos constitucionales de sus Estados miembros. Queda la duda sobre el alcance de esta previsión a los principios tributarios de nuestro ordenamiento constitucional, la exigencia de tributos de acuerdo con los principios de gene-

No se pueden concluir estas consideraciones sin aludir a la crítica por el déficit democrático que presenta la UE, sus instituciones y su funcionamiento: el hecho de que no se articule una verdadera democracia parlamentaria en la que el Consejo y la Comisión reflejen la voluntad política de la mayoría del Parlamento Europeo (Rosas y Armati, 2012, p. 284). Se afirma (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 222 y 229-230) así que el proceso de integración se ha venido desarrollando como una actividad internacional o supranacional del Estado, no como una actividad constitucional; esta desvinculación entre la actividad supranacional y el orden constitucional ha hecho posible que el Estado ejerza auténtica soberanía al eludir los límites constitucionales y desplazar la responsabilidad al ámbito supranacional, en el que no se daban las condiciones constitucionales de limitación del poder y de garantía de los derechos propias del orden constitucional interno. Esta crítica sobre el déficit democrático y constitucional de la UE no es solo por el ejercicio de un poder europeo no sometido a condiciones constitucionales en el exterior del Estado, sino también por la desvinculación interna del Estado respecto de esas condiciones constitucionales a las que estaba sometido antes de transferir las competencias que ahora ejercita indirectamente. Y si bien el proceso de transferencia del poder desde cada Estado miembro a la UE solo debiera haberse producido bajo las condiciones y términos en los que las instituciones nacionales lo ostentan bajo sus correspondientes normas fundamentales, las previsiones de los tratados muestran determinadas carencias al no tener previstas las correspondientes cautelas derivadas de la organización constitucional de sus miembros.

El resultado es que los Estados han diseñado políticas a nivel europeo que no han podido ser controladas ni a ese nivel, por la ausencia de un espacio político estructurado y de una comunidad política europea consolidada, ni tampoco a nivel estatal, al haberse transferido las competencias en determinadas materias a la UE. Un claro y evidente problema deriva del principio de reserva de ley en materia tributaria para regular determinadas materias que encuentra difícil reflejo en la arquitectura de fuentes del derecho europeo al no disponer de una fuente jurídica de naturaleza equivalente.

5.2. La constitucionalización de la UE

El derecho constitucional interno de los Estados miembros queda afectado por el proceso de integración europea, lo que permite, al mismo tiempo, hablar de la existencia de un derecho constitucional de la UE. Este es parte del derecho constitucional de cada Estado miembro; esto es, el derecho constitucional de la UE no es algo ajeno al derecho constitucional estatal, ya que está llamado a completar el derecho constitucional vigente en el

realidad, capacidad económica, igualdad, justicia y no confiscatoriedad. Si tenemos en cuenta el alcance del poder tributario de la UE, donde no está previsto un poder general para la exacción de tributos ni su financiación a través de un sistema tributario propio, no parece que se ponga en juego el cumplimiento de estos principios.

territorio de cada Estado miembro. Al mismo tiempo, tampoco puede caracterizarse ya al derecho europeo como un ordenamiento autosuficiente y desvinculado del derecho constitucional de los Estados miembros. En suma, el mayor grado de integración y el consiguiente incremento del poder político de la UE requiere que el ejercicio de este último se conforme de manera democrática a través de mecanismos constitucionales. Y al mismo tiempo, los poderes definitorios de la UE como organización supranacional son claramente asimétricos: como dice Isenbaert, hay una competencia jurisprudencial casi completa del Tribunal de Justicia, pero hay una ausencia completa de competencia legislativa en el resto de instituciones⁸³.

Este derecho constitucional europeo debe partir de las realidades constitucionales de los Estados miembros por diversos motivos: primero, porque se forma a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros; segundo, en cuanto ordenamiento en formación, debe desarrollarse sobre la base de las experiencias constitucionales de estos últimos; en tercer lugar, porque el ordenamiento constitucional por el que se rigen los europeos está integrado por el derecho constitucional estatal y el de la UE; finalmente, como resulta de lo ya dicho, el derecho constitucional que se genera en la UE se sustrae del derecho constitucional de los Estados miembros a través de la transferencia de competencias⁸⁴. En el lenguaje del derecho positivo, nos recuerda el artículo 4.2 del TUE que «la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional».

Sobre estas bases surge el debate sobre la estatalidad, la condición cuasiestatal de la UE. Según la doctrina (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 213 -214), el proceso de integración europea se ha desarrollado de forma asimétrica, de manera que cabe observar una articulación federal en el plano jurídico para dar cauce a decisiones que se han adoptado en el plano político mediante fórmulas de decisión propias de una confederación. Esta asimetría dificultaría la catalogación de la UE como organización supranacional o como forma estatal: sería estatal en los aspectos en los que sus decisiones se aplican directamente a la ciudadanía y no lo sería en cuanto que no se ha configurado un espacio público común de decisión política abierto a la ciudadanía, no se debaten democráticamente las políticas europeas a través de la participación y la representación ciudadana y los poderes públicos europeos no responden directamente ante la ciudadanía. Estas limitaciones impiden que se la pueda homologar con los sistemas democráticos.

⁸³ Así lo expresan en su obra, en el capítulo X sobre derecho constitucional europeo, Balaguer Callejón *et al.* (2017, pp. 203 y ss.).

⁸⁴ Estas ideas están directamente extraídas del epígrafe titulado el Derecho Constitucional de los Estados miembros como parte integrante del Derecho Constitucional Europeo (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 208 y ss.).

El resultado es que, en Europa, el poder político queda fragmentado de tal forma que ni la UE puede entenderse como Estado democrático de derecho, a pesar de superar la supranacionalidad en determinados aspectos, ni los Estados miembros son reconocibles ya como Estados nacionales, tratándose ya más bien como organizaciones estatales post-nacionales.

La UE no es un Estado, pero es ya Estado: tiene claros rasgos de estatalidad que se derivan de la asunción de funciones estatales que desarrolla en el espacio europeo. La UE tiene un ámbito territorial sin fronteras interiores o con fronteras externas, ejerce un poder político que se manifiesta a través del principio de primacía y tiene una moneda propia. Así se relata incluso en un contexto en el que resulta complejo identificar un pueblo europeo o una identidad colectiva europea de forma que se identifica como característica de la UE la continuidad del Estado y la discontinuidad de la ciudadanía. Por ello, la estatalidad europea aparecería como una mera prolongación de la nacional de tal manera que los Estados miembros siguen siendo los agentes de esa estatalidad sin que la ciudadanía haya prolongado sus cauces de expresión democrática hacia la esfera europea: de momento, solo el Estado define una auténtica comunidad política. Esta identificación del carácter estatal de la UE sobre la base de los poderes atribuidos presenta como reverso la reducción de la cualidad estatal de los Estados miembros: los elementos clásicos de la estatalidad, pueblo, territorio y poder político, no están presentes en los Estados miembros de la UE como lo estaban antes del proceso de integración. Asistimos a la formación de un espacio público y de una comunidad política propia relacionada con la construcción de la identidad europea⁸⁵.

Al mismo tiempo, el derecho constitucional europeo no responde a la existencia de una comunidad política estructurada al modo del Estado, sino que responde más bien a la articulación del pluralismo territorial en Europa a través de fórmulas «prefederativas», esto como reflejo de las asimetrías existentes actualmente en el continente y de las diferencias en las culturas jurídicas que se pueden encontrar desde el punto de vista jurídico y constitucional. Hay que reconocer que no hay todavía una comunidad política europea diferenciada de las estatales y no parece posible reconocer una ciudadanía europea articulada en torno a un espacio de decisión propio. Incluso así, se constata que la UE está dotada de estatalidad y constitucionalidad, aun en diferente proporción a los Estados miembros, y que la europeidad no es una condición atribuible solo a la UE, sino también a los Estados (Balaguer Callejón *et al.*, 2017, pp. 223 a 227)⁸⁶. Esto es, la UE es de alguna forma Estado, aun en una forma de expresión parcial y limitada del mismo, y los Estados miembros son al mismo tiempo Europa.

⁸⁵ Así lo afirman taxativamente Balaguer Callejón *et al.* (2017, pp. 247 a 250 y 259).

⁸⁶ Aborda esta cuestión bajo el epígrafe «las asimetrías que dificultan la construcción de una comunidad política» en el capítulo dedicado al debate sobre la Constitución Europea.

6. Sobre la naturaleza de la UE

Antenbrink y Raulus (2010, nota al pie 37) encuentran dificultades para encontrar una categorización del fenómeno europeo de adquisición de poderes soberanos: los poderes y la soberanía de los Estados miembros y de la UE varían considerablemente dependiendo no solo del área de actividad sino también de los instrumentos jurídicos utilizados. En fin, un cuadro heterogéneo⁸⁷. Hay esquemas propios de la supranacionalidad y otros intergubernamentales: desde la constatación de instituciones independientes que actúan de forma autónoma y desligadas de los Estados miembros, singularizados en su composición y su manera de operar, con capacidad para adoptar decisiones por mayoría, capaces de vincular a los Estados miembros, que implementan o supervisan la implementación de decisiones, y que resultan en derechos de los individuos directamente ejecutables por los tribunales nacionales; hasta ámbitos en los que los Estados retienen la soberanía última para adoptar decisiones, cuando el Consejo actúa basado en la unanimidad y sin una ejecución europea independiente.

Desde otro punto de vista, alineado con visiones anteriormente relatadas, Rosas y Armati (2012, pp. 2 a 4) consideran que la UE difiere en muchos aspectos de las organizaciones internacionales tradicionales; va mucho más allá que el derecho internacional global o público al disponer no solo de fórmulas de coordinación y cooperación sino también al proponer integración e instituciones supranacionales. Así, el Tribunal de Justicia caracteriza a los tratados como una Carta Constitucional basada en el Estado de derecho⁸⁸, con principios constitucionales, que funda un ordenamiento jurídico comunitario que es interno y autónomo⁸⁹, así como afirma el estatus constitucional de los principios generales del derecho de la Unión⁹⁰. Sobre estas bases, concluyen que es apropiado y útil hablar de un ordenamiento constitucional de la UE y de un derecho constitucional de la UE; las ambigüedades y divergencias de opinión sobre el concepto de Constitución europea derivan de la naturaleza híbrida de la UE, algo situado entre Estados nacionales y organizaciones intergubernamentales.

Estos autores (Rosas y Armati, 2012, pp. 13 y 15 a 19) hablan de entidad federativa, dado el carácter dinámico de su orden constitucional y la realidad de que no se trata de un Estado federado. La UE presentaría así rasgos cuasiestatales, como disponer de un ordenamiento jurídico autónomo, normas dirigidas directamente a subcomponentes de los Estados miembros –parlamentos nacionales, tribunales, autoridades administrativas, gobiernos regionales y locales– que serían tratados así como parte de la estructura federativa, poder

⁸⁷ En el mismo sentido, y así lo expresan, Rosas y Armati (2012, p. 8).

⁸⁸ Asunto 294/83, *Les Verts vs Parliament*, párrafo 23.

⁸⁹ Asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05, *Kadi*, párrafos 65 a 67.

⁹⁰ Asunto C-101/08, *Audiolux y otros* (NCJ050536), párrafo 63.

para legislar, competencias exclusivas para regular ciertas materias, un sistema de gobierno democrático, incluida la representación parlamentaria, un sistema de controles judicial y no judicial, disponiendo una jurisdicción obligatoria que comprendería a los órganos judiciales nacionales, un conjunto de derechos fundamentales diferentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, un concepto de territorio y las consiguientes fronteras exteriores, un concepto de ciudadanía, basado en las reglas de nacionalidad nacionales, pero con derechos específicos, una unión económica y monetaria, relaciones exteriores y la referencia en derecho primario a la salvaguarda de los valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia y la integridad de la UE, lo que supone una política común de seguridad y defensa. Al mismo tiempo, la UE tendría rasgos que la distinguirían de los Estados nación: el derecho originario son tratados entre Estados miembros y su enmienda requiere ratificación por estos mismos; los Estados retienen poderes significativos en materias que se consideran centrales y propias de la soberanía nacional –seguridad, defensa, tributación, inmigración, ley penal...–; estos tiene su propia política exterior nacional; los conceptos de la UE sobre territorio y población derivan, y no van más allá, del territorio y la nacionalidad de los Estados miembros; el alcance territorial de las competencias europeas es variable de forma que el grado y la intensidad de la integración difiere entre los Estados miembros; y se mantienen algunas características propias de la intergubernamentalidad con un estatus reforzado del Consejo Europeo. En fin, los principios de atribución de competencia, y los subsidiariedad y proporcionalidad en el ejercicio de aquellas no exclusivas refuerzan un debate que impide hacer afirmaciones definitivas sobre su verdadera naturaleza.

Las previsiones introductorias de los tratados nos ofrecen también claves que no se pueden desconocer en este análisis. El artículo 1 del TUE habla de la creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa. Y de eso se trata, de poner en común los poderes que se derivan de los pueblos soberanos, de crear una superestructura que dispone de elementos estatales para el ejercicio de las atribuciones que le son transferidas.

Al mismo tiempo, no es solo creación de una superestructura, sino que la misma se construye en torno a los valores fundamentales compartidos por los Estados democráticos que la constituyen. Así, la UE encuentra entre sus valores fundacionales el respeto al Estado de Derecho, según reconoce el artículo 2 del TUE, con la consiguiente asunción de la responsabilidad de respetar la libertad, la democracia, la igualdad y los derechos humanos (Rosas y Armati, 2012, pp. 45 y ss.), lo que resulta fundamental en su configuración institucional y para el reconocimiento y determinación de su naturaleza como entidad que participa del ejercicio de poderes públicos que derivan de las soberanías proclamadas de los distintos pueblos soberanos.

La UE participaría en un sistema de gobierno multinivel (Rosas y Armati, 2012, p. 50)⁹¹ en el que sus instituciones entrarían en distintas formas de posicionamiento –jerárquica-

⁹¹ En cuanto a la consideración del ordenamiento europeo como para de los Derechos nacionales, véase esta misma obra, p. 67.

mente superiores– coordinación, cooperación o, en distinta manera de verlo, integración con los sistemas institucionales de los Estados miembros. Y así se explica como la plenitud de cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes en cada uno de ellos no pueda sino concebirse con la presencia del ordenamiento común, caracterizado por la fuente de la que emana, pero que es así también parte del sistema jurídico de cada una de sus participantes. Esta plenitud se extiende al marco institucional de tal forma que se perciben las instituciones y órganos nacionales como parte del entramado institucional de la UE, puesto que tienen un papel primordial en la ejecución del derecho de la UE y son participantes explícitos, en otras ocasiones implícitos, en el proceso comunitario de toma de decisiones (Rosas y Armati, 2012, p. 87). El derecho de la UE requiere ser aplicado e implementado por los Estados miembros y sus autoridades judiciales y administrativas, con independencia de que el cómo de este ejercicio se les confía y es una cuestión propia de la organización constitucional interna, hasta el punto de que son los Estados miembros los responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas de este ordenamiento común. El título XXIV del TFUE reza bajo la denominación «Cooperación administrativa» y proclama en su artículo 197 que la aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común. En el cumplimiento de este papel va a ser básica la proclamación y debida satisfacción del principio de cooperación leal, artículo 4.3 del TUE. Más allá, hay una tendencia creciente del derecho de la UE para proveer distintas formas más o menos formales de redes verticales y horizontales, en ocasiones designadas como redes de ejecución, así como atribuir tareas a autoridades nacionales (Rosas y Armati, 2012, pp. 105 y 109). En fin, es así como hasta los órganos jurisdiccionales nacionales comparten el ejercicio de la función de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del derecho europeo (Mangas Martín y Liñán Noguerras, 2016, p. 199) y los Estados miembros deben establecer vías de recurso necesarias para garantizar la tutela efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la UE, artículo 19.1 del TUE. Con el Tratado de Lisboa, se produce el reconocimiento del papel europeo de los Parlamentos nacionales que no van a ser solo interlocutores, sino que se les instan a contribuir activamente al buen funcionamiento de la UE, artículo 12 del TUE, a través de la atribución de diversas funciones, algunas meramente informativas, otras de cooperación y finalmente las hay que suponen implicación en el orden constitucional europeo, cuando se les atribuyen funciones en el proceso de reforma de los tratados o de control en la ejecución de las políticas de libertad, seguridad y justicia. En cuanto a la participación en la UE de entidades subestatales o locales, se articula a través del Comité de las Regiones, órgano que recordaremos que tiene una función meramente consultiva, complementada con las previsiones del derecho derivado relacionadas con la administración de los fondos estructurales.

Visión diferente es la de Isenbaert (2010, pp. 84 a 119), quien analiza las distintas condiciones que deberían darse para considerar a la UE como forma de Estado federal y concluye que no se dan los elementos generalmente requeridos. En principio sí que se observa la existencia de normas legales «federales» que afectan tanto a los Estados miembros y a los ciudadanos.

Sin embargo, no se puede afirmar que ejerza sus competencias legislativas de forma independiente de las instituciones legislativas de sus Estados miembros. Los tratados sobre los que se basa la UE no son actos suyos sino que se concluyen por representantes de los Estados miembros. El procedimiento de reforma de los tratados está protagonizado por los Estados miembros, sin que ninguna de sus instituciones pueda votarlo ni vetarlo, salvo para el caso de la revisión simplificada prevista en el artículo 48.6 del TUE referida a la reforma de la tercera parte del TFUE relativa a las políticas y acciones internas de la UE, en el que el protagonismo corresponde al Consejo Europeo. No hay una única Constitución que se instituya en carta fundamental tanto de la federación como de los Estados federados que recoja los principios fundamentales de su gobierno, sino que conviven los actos fundacionales de la UE, los tratados, que describen sus principios generales, sus objetivos y sus competencias, de tal forma que el resto de las atribuciones simplemente queda para los Estados miembros; y junto a aquellos, los Estados miembros se rigen por sus respectivas normas fundamentales. La UE tiene una estructura institucional en la que no hay una estricta separación de poderes puesto que todas las instituciones, salvo el Tribunal de Justicia, participan en el proceso legislativo –rango este que nos suscita dudas sobre su procedencia puesto que los Estados también involucran dos de sus tres poderes en el proceso legislativo–. El papel central en el proceso legislativo del Consejo es un factor de inconsistencia teniendo en cuenta su composición, los representantes de los Estados miembros, lo que le atribuye una característica de órgano representativo de los mismos: la decisión por mayoría cualificada implica que un grupo reducido de países pueden paralizar el proceso decisorio de la UE, circunstancia que se acentúa cuando la decisión debe tomarse por unanimidad. En realidad, en una federación los Estados federados raramente participan en el proceso legislativo sino que este compete a instituciones federales elegidas directamente por los ciudadanos. Ahora bien, este obstáculo nos parece relativo cuando se observa que las federaciones suelen tener cámaras de representación territorial constituida sobre la base de la representación de los Estados federados, si bien son elegidas directamente por los ciudadanos. En fin, de todo ello concluye Isenbaert que el proceso constitucional y legislativo de la UE es predominantemente de naturaleza jurídica internacional.

En tercer lugar, y en este análisis que hace Isenbaert sobre las características que la UE debería tener para ser considerada como federación, constata que la misma no ha adquirido competencias en política exterior similares a las de un Estado federal tradicional. Las atribuidas están limitadas a las materias expresamente mencionadas en los tratados o que derivan necesariamente de las competencias internas que se han ejercido en relación con los objetivos establecidos. Y aunque dichas competencias pueden ser muy extensivas en áreas específicas como comercio, la UE carece de una competencia exterior universal que le permitiera una verdadera política exterior europea (Isenbaert, 2010, pp. 115).

Finalmente, este autor destaca la carencia de poderes de ejecución independientes y extensivos al contrario de lo que sucede en los Estados federales, en los que el nivel federal normalmente dispone de poderes de implementación extensos. Observamos como

el artículo 4.3 del TUE prevé que los Estados miembros adopten todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado o de los actos de las instituciones de la UE. Cuando no está prevista la implementación de la legislación europea por una de sus instituciones, corresponde a los Estados miembros garantizarla a través de los mecanismos previstos en sus correspondientes ordenamientos jurídicos.

Isenbaert concluye así que la UE no es asimilable a un típico Estado federal clásico, aunque tampoco es un mero producto de derecho internacional (Isenbaert, 2010, pp. 117 y 174-175). Ese autor considera relevante para revelar la naturaleza de la UE la caracterización del derecho comunitario como ordenamiento con eficacia directa. La supremacía determina una posición jerárquica como cuerpo político respecto de los cuerpos políticos de los Estados miembros, respecto de los cuales se afirma su originalidad y diferenciación. Sobre estas bases, la Comunidad es un orden jurídico autónomo y diferenciado de aquellos de los Estados miembros; la legislación comunitaria confiere derechos y obligaciones directamente sobre los ciudadanos comunitarios; y la Comunidad, dada la supremacía de su ordenamiento jurídico, se constituye en un cuerpo político que, a través de sus instituciones, puede ejercer de forma efectiva la reivindicación de ser la última autoridad (Isenbaert, 2010, pp. 142 a 144). Ahora bien, esta identificación como cuerpo político deriva de la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, lo que deja pendiente su reconocimiento como tal por los cuerpos políticos de los Estados miembros, si bien ya vimos que esto se ha producido desde distintas perspectivas jurídico-políticas que, en algunos casos, pasan por el reconocimiento a partir de las propias construcciones constitucionales nacionales y se reservan en algún caso la capacidad para controlar que la acción de la Comunidad se produce en el marco de las atribuciones conferidas. Pero incluso así, la calificación del derecho europeo como autoridad suprema sobre la base de las previsiones constitucionales de los Estados miembros confirman el paradigma del pluralismo constitucional que deriva de reconocer a la UE como cuerpo político que ostenta la última autoridad, que se explica en el concepto de función soberanía, esto es, el ejercicio de soberanía en las funciones atribuidas, constituyéndose el Tribunal de Justicia en una suerte de Tribunal Constitucional (Isenbaert, 2010, pp. 145 y 146 y conclusiones sobre la cuestión en las pp. 172 a 174). Habla así de pluralismo constitucional como modelo con acuerdo al cual la autoridad constitucional hoy no se atribuye solamente a los Estados nación y la relación entre el Estado y el supra-Estado se concibe mejor como heterárquica y no como jerárquica. Coexistirían múltiples niveles de soberanía sin una jerarquía clara y generalmente aplicable. La jerarquía fija de la autoridad soberana es sustituida por una interpenetración de soberanías situadas a distintos niveles. Esto no excluye que la reivindicación jurídica de la última autoridad deba ser imperativa y obligatoria de forma que en cada caso particular deba determinarse que Constitución provee la norma jurídica última (Isenbaert, 2010, pp. 175 y 179). En este esquema, ambos niveles de gobierno tienen sus propias Constituciones separadas, cada una de las cuales omite cualquier referencia a las competencias del otro nivel. Por tanto, existen dos localizaciones de autoridad constitucional (Isenbaert, 2010, p. 176).

La UE tal y como se concibe hoy tras el Tratado de Lisboa y teniendo en cuenta sus instituciones, las atribuciones conferidas y su derecho supera, entendemos en una visión no necesariamente compartida, el debate acerca de su condición de organización internacional o institución supranacional. Parece que no puede ya hablar de una composición por sujetos de derecho internacional, es decir, organización exclusivamente entre Estados, dada la participación de los ciudadanos europeos y el consiguiente papel del Parlamento Europeo. Sus fines y objetivos no pueden reconducirse a los propios de organizaciones internacionales en la medida en que el grado de integración política y económica, incluida una moneda única común, conlleva que sirva a unos objetivos de un alcance tan general que resulta en una intervención que excede de los particularismos de estas. El hecho de que su capacidad de actuación venga delimitada por el principio de atribución de competencias y no determine por sí misma aquello sobre lo que actuar no la distancia tanto de los Estados cuando se tiene en cuenta que estos también derivan sus atribuciones del pueblo constituido en asamblea constituyente, quienes le delimitan los objetivos a cumplir y los valores superiores y principios que deban regir su actuación. La verdadera soberanía reside en dicho pueblo constituido para determinar su norma fundamental y el Estado no es más que depositario y responsable del cumplimiento del mandato recibido; en el caso de la UE, esta no puede sino venir a satisfacer dicho mandato en la esfera en que le corresponde como consecuencia del pacto celebrado entre los Estados signatarios. Solo bajo esta perspectiva se puede aceptar la primacía del orden europeo y que los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales están a su servicio, lo que se explica por el hecho de ser también depositaria de tal mandato constitucional y bajo los mismos valores y principios; sí, mandato parcial, como parcial resulta ser ahora el del Estado y precisamente por la existencia de la UE. En fin, su derecho no se integra en el derecho internacional particular sino que participa con el derecho interno de los Estados miembros en la configuración de ordenamientos jurídicos complejos que rigen la vida en cada una de las correspondientes jurisdicciones⁹².

El punto de partida para explicar el origen de las atribuciones en cuya virtud la UE puede promulgar normas jurídicas capaces de ordenar hechos, actos o relaciones jurídicas se debe encontrar en la inicial ostentación de soberanía como poder supremo y en sus formas de manifestación. Y si los Estados son depositarios del mandato del pueblo constituyente soberano, lo mismo cabe ya predicar de la UE, quien solo puede actuar en el marco de sus

⁹² Esta descripción parte de la concepción de organización internacional que ofrece Díaz de Velasco (1981, p. 33). En la doctrina tributaria internacional, hay quien opina que la UE sigue siendo una organización internacional y no sea convertido en un Estado por derecho propio, ya que uno de los rasgos fundamentales del Estado es disponer de sus propios poderes cuando las organizaciones internacionales tienen los que le han sido conferidos: la UE se basa así en el principio de atribución de competencias. Esta naturaleza se reflejaría así en el derecho de los Estados miembros de decidir voluntariamente su retirada de la organización. Sin embargo, la UE, *de facto*, reúne ciertos elementos de un gobierno como queda en evidencia al observar sus poderes legislativos. Así lo refleja Jansen (2011, p. 245).

atribuciones considerando que las mismas encuentran su origen último en dicho pueblo constituyente soberano. Cuando los Estados conciertan la creación de la UE y le atribuyen un marco de responsabilidades lo hacen en su forma de entender el cómo del ejercicio de las que a su vez son depositarios desde el mandato recibido en la norma constituyente. La Constitución española, referida aquí como expresión de un cuerpo doctrinal elaborado por la doctrina constitucionalista, enuncia en su artículo 1.2 que la soberanía reside en el pueblo español del que emana todos los poderes del Estado. Es una afirmación enmarcada en la proclamación de un Estado democrático de derecho que solo se explica a partir del pleno reconocimiento de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes. Pero solo es soberano el pueblo constituyente, quien determina sus aspiraciones colectivas y atribuye a los poderes del Estado, que no son soberanos, la misión de satisfacerlas. Es así posible equiparar la UE y su papel al de los Estados, sin necesidad de tener que pensar en su condición de «soberano». Y el derecho europeo solo sería aceptable desde su construcción en el respeto a estos derechos y su derivación desde el ejercicio de la soberanía que emana de la consideración global y política de dichos individuos como un pueblo constituido políticamente en un Estado.

Los tratados de la UE no contienen ninguna proclamación de soberanía. No se encuentra una referencia a un pueblo europeo ni a una nación europea a la que se pudiera considerar soberana. Hay doctrina que aborda esta cuestión e intenta identificar elementos de soberanía por las referencias que dichos textos legales contienen al respeto de las identidades nacionales, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la aspiración a una unión más estrecha entre los pueblos de Europa. Pero como mantenemos, tal pronunciamiento más que vano, carecería de sentido. La UE, como los poderes del Estado, no son sino receptores de la misión de satisfacer las aspiraciones del pueblo soberano y están condicionadas por la necesidad de garantizar los principios fundamentales que organizan la comunidad política.

Es así como los poderes de los que dispone la UE derivan de la transferencia recibida de las institucionales nacionales correspondientes, quienes solo pueden atribuirles aquellos que sus propios sistemas nacionales les permiten y bajo las condiciones en que pueden hacerlo, lo que implica necesariamente el respeto de los principios jurídicos generales y las normas fundamentales de cada Estado miembro. Esto es, la necesidad de atender a las condiciones políticas y jurídicas de las atribuciones de los Estados miembros conlleva que las atribuciones de la UE lo sean en el correspondiente marco político jurídico sin que puedan entenderse como meras encomiendas de actuación. No se trata solo de un actuar, sino de servir los objetivos últimos de la comunidad política y hacerlo en las condiciones que fija dicha comunidad política. De esta forma, no quedaría sino afirmar que la UE se esculpe sobre un cuerpo común constitucional europeo, aquello que es común a sus partícipes y que estos pueden poner en común. La integración se viene produciendo en un esquema de geometría variable que implica que los Estados miembros modulen su participación en atención a sus opciones políticas, siendo el punto más destacable la exclusión de la zona euro de determinados territorios como Dinamarca, Reino Unido y Suecia o el ámbito Schengen. También resulta así de la formulación jurídica de la cooperación reforzadas para futu-

ras políticas, que va a permitir a un grupo de Estados, en un número mínimo de 9, poner en marcha mayores ámbitos de integración para los que otros miembros no se encuentran preparados⁹³. Y también cabe la solución opuesta, con países no miembros que participan de algunas de las políticas comunes, como, entre otros, los miembros del EEE que se integran en el mercado único, Suiza, que abre sus fronteras en el espacio Schengen o Turquía, miembro de la unión aduanera.

En fin, si bien no es posible catalogar a la UE entre las formas de organización política históricamente conocidas, sí que cabe identificar en la misma, sin ser un Estado, la esencia propia del Estado, entendido como ente político encargado de cumplir con una función atribuida en su origen por la comunidad política constituyente y que debe ejercer de acuerdo con unos parámetros, los valores constitucionales compartidos. Y es una encomienda que resulta conjunta y concurrente con la de los Estados integrantes de la Unión, junto con quienes deben contribuir al logro de tales aspiraciones colectivas.

Referencias bibliográficas

- Abad, M. (1970). El poder financiero de las Comunidades Europeas. *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*. Universidad de Oviedo.
- Adamczyk, L. (2018). The sources of EU Law Relevant for Direct taxation. *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. (3.^a ed.). Linde.
- Alter, K. (1996). The European Court's Political Power. *19 West European Politics*.
- Amttenbrink, F. y Raulus, H. (2010). Fiscal Policy in the European Union Context – The Semi-detached Sovereignty of Member States of the European Union. En Sjaak J.J.M. Jansen (Ed.), *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market, Past and Future*. Wolters: Kluwer Eucotax Series on European Taxation. Vol. 28.
- Bacigalupo, M. (1994). La constitucionalidad del TUE en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993). *Gaceta Jurídica de la C.E.E.*, sec. D 34/1994.
- Balaguer Callejón, F., Cámara Villa, G., López Aguilar, J. F., Balaguer Callejón, M. L. y Nontilla Marcos, J. A. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. (12.^a ed.). Tecnos. Vol. II.
- Berlin, D. (1989). *Droit fiscal communautaire*. Presses Universitaires de France.

⁹³ A este aspecto dedican un capítulo entero de su obra Rosas y Armati (2012, capítulo 8), donde arrancan con dicho aforismo, que se entiende predicable de la UE desde el Tratado de Maastricht y que encuentra su máxima previsión con los procedimientos de cooperación reforzada.

- Calderón Carrero, J. M. (2006). Una introducción al Derecho comunitario como fuente del Derecho Financiero y Tributario: ¿Hacia un ordenamiento financiero «bifronte» o «dual»? *REDF*, 132.
- Calvo Ortega, R. (2000). *Curso de Derecho Financiero I, Derecho Tributario (Parte General)*. Civitas.
- Carrasco González, F. M. (2011). Fiscalidad de la Unión Europea y su impacto en el derecho tributario español. En F. Pérez Royo (Dir.), *Curso de derecho tributario. Parte especial*. (5.ª ed.). Tecnos.
- Carrasco González, F. M. (2017). Fiscalidad de la Unión Europea y su impacto en el derecho tributario español. En F. Pérez Royo (Dir.), *Curso de derecho tributario. Parte especial*.
- Craig, P. y De Búrca, G. (2015). *EU Law, Text, Cases and Materials*. (6.ª ed.). Oxford University Press.
- Díaz de Velasco, M. (1981). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. Tomo II.
- Falcón y Tella, R. (1988). *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. Civitas.
- García Prats, F. A. (2001). Incidencia del Derecho comunitario en la configuración jurídica del Derecho financiero (I): la acción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. *RDFHP*, 259.
- Grau, A. y Herrera Molina, P. (2003). The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives. *ec Tax Review*, 2003-1.
- Isenbaert, M. (2010). *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*. IBFD.
- Jansen, S. (2011). The Future of Fiscal Sovereignty: Some closing Thoughts. En S. Jansen (Coord.), *Fiscal Sovereignty of the Member States in the Single Market. Past and future*. Holanda: Wolters Kluwer.
- Lecourt, R. (1976). *L'Europe des Juges*. Bruselas: Bruylant.
- Lenaers, K. (1990). Constitutionalism and the Many Faces of Federalism. *American Journal of Comparative Law*.
- Lenaerts, K. y Cambien, N. (2010). The Democratic Legitimacy of the EU after the Treaty of Lisbon. En Wouters, Verhey y Kijvers, *Treaty: A Legal and Political Analysis*. Cambridge University Press.
- López Rodríguez, J. (2009). *La imposición sobre la renta de sociedades en el contexto del Derecho comunitario*. Madrid: IEF.
- Louis, J. V. (1983). Los efectos de las sentencias del TJCE. *RIE*, 10(1).
- Magnette, P. (2007). European Democracy Between Two Ages. En C. Banard, *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*. Oxford University Press.
- Mangas Martín, A. y Liñán Nogueiras, D. J. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. (9.ª ed.). Tecnos.
- Marjaana Helminen (2015). *EU Tax Law, direct taxation*. (4.ª ed.). IBFD.
- Martín Jiménez, A. J. (2001). El Derecho financiero constitucional de la Unión Europea. *REDF*, 109/110.
- Martínez Martínez, D. (1974). *El sistema de financiación de las Comunidades Europeas*. IEF.
- Pulido Quecedo, M. (2003). La impugnación directa de disposiciones generales por vulneración de Derecho Comunitario Europeo. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*.
- Rodríguez Bereijo, A. (1976). *Introducción al estudio del Derecho financiero*. Madrid: IEF.



- Rodríguez Berejio, A. (2001). *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE*. Lección Inaugural del Curso Académico 2000-2001. UAM.
- Rosas, A. y Armati, L. (2012). *EU Constitutional Law. An Introduction*. Second Revised Edition. Oregon: Oxford y Portland.
- Sainz de Bujanda, F. (1983). Un esquema de Derecho internacional financiero. *Revista Española de Derecho Financiero*, 38.
- Sainz de Bujanda, F. (1985). *Sistema de Derecho financiero, I Introducción, volumen segundo*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Sánchez Legido, A. (1991). Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *REDC*, 33.
- Siedentorp, L. (2001). *Democracy in Europe*. Nueva York: Columbia University Press.
- Van Thiel, S. (2001). *EU Case Law on Income tax*. 1.ª parte. IBFD.
- Villar Ezcurra, M. (2001). Exigencias del Derecho comunitario a la metodología del Derecho Financiero y Tributario. *Crónica Tributaria*, 100.
- Villar Ezcurra, M. y Herrera Molina, P. (1999). Aportaciones del Derecho comunitario al Estatuto del Contribuyente. *Quincena Fiscal*, 10.
- Wägenbaur, R. (1973). Dispositions fiscales. *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. (vol 5). Bruselas: Intitut d'Etudes Européennes, ULF.