

LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: COMPROMETIDOS CON EL PROCESO DE INTEGRACIÓN, CONVENCIDOS DE LA NECESIDAD DE REFORZAR LOS RASGOS DE INTERGUBERNAMENTALIDAD

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES*

«L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises» (Jean Monnet, 1976).

«L'Europe est née d'un mythe, elle a été construite para des visionnaires, elle ne peut durer que par la réalité» (Alain Delcamp, 2012).

- I. 1997-2015: LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DE LA UNIÓN
- II. LA UNIÓN EUROPEA COMO ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL *SUI GENERIS*: SUS ALICAIIDAS (PERO CONSUSTANCIALES) DIMENSIONES SUPRANACIONAL, CONSTITUCIONAL Y FEDERAL
 1. EL CARÁCTER *SUI GENERIS* DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE SUPRANACIONALIDAD
 2. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN MATERIAL ABIERTA
 3. LA DIMENSIÓN FEDERAL DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE FEDERALISMO SUPRANACIONAL

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Actualmente es Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del que el autor es su investigador principal (DER 2012-36703). Las opiniones vertidas en este estudio corresponden a título personal al firmante y en modo alguno comprometen al Ministerio para el que actualmente trabaja.

- III. LOS ESTADOS MIEMBROS COMO *SEÑORES DE LOS TRATADOS*: EL CRECIENTE REFUERZO DEL PODER ESTATAL EN LA UNIÓN EUROPEA
- IV. PRINCIPIOS PARA LA GARANTÍA DEL PAPEL DE LOS ESTADOS: TENSIONES ENTRE DOS RELATOS CONTRAPUESTOS
 - 1. LOS PRINCIPIOS PARA LA GARANTÍA DEL PAPEL DE LOS ESTADOS: EXISTENCIA DE DOS RELATOS JURISPRUDENCIALES DIFERENTES
 - 2. EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD NACIONAL: LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DE SU ALCANCE
 - 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS: PERO CON UNOS ESTADOS MÁS IGUALES QUE OTROS
 - 4. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL: EXISTENCIA DE LÍMITES COMUNITARIOS A LA POTESTAD ESTATAL DE AUTOORGANIZACIÓN INTERNA
- V. INSTITUCIONES EN DERIVA INTERGUBERNAMENTAL: OTRA VÍA PARA EL REFUERZO DEL PODER DE LOS ESTADOS
- VI. CARENCIAS DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN: A VUELTAS CON LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA
- VII. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: El proceso de integración europea está atravesando una profunda «crisis existencial» que ha puesto al descubierto la diversidad de intereses existentes entre los Estados miembros de la Unión Europea y ha servido de caldo de cultivo para reforzar el papel de los Estados. Aunque la Unión sigue fundamentándose en un modelo que, en lo sustancial, preserva sus caracteres supranacionales, constitucionales y federales, existen elementos relevantes que robustecen la posición de los Estados dentro de la Unión en su papel de «señores de los tratados». Algunos de esos elementos son consecuencia directa de la crisis y de la necesidad de adoptar *extra muros* de los tratados constitutivos medidas excepcionales para solventar las deficiencias de diseño de la Unión Económica y Monetaria, siendo el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, de 2 de marzo de 2012, el más evidente. Pero, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, existen también en los propios tratados constitutivos elementos que apuntalan el papel de los Estados. Tales elementos se sitúan tanto en el ámbito de los principios (identidad nacional, igualdad soberana de los Estados y autonomía institucional), como en los planos institucional (refuerzo de la esfera del Consejo Europeo y del Consejo) y competencial (insuficiente atribución de competencias a la Unión sobre fiscalidad, políticas económicas y supervisión bancaria en el marco de la Unión Económica y Monetaria).

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; supranacionalidad; federalismo; intergubernamentalismo; naturaleza jurídica de la Unión; crisis económica; identidad nacional; igualdad soberana; autonomía institucional.

THE POSITION OF MEMBER STATES TOWARDS THE EVOLUTION OF THE EUROPEAN UNION: COMMITTED TO THE INTEGRATION PROCESS AND CONVINCED OF THE NEED TO REINFORCE INTERGOVERNMENTAL TRAITS

ABSTRACT: The European integration process currently faces a profound «existential crisis» that has underlined the diversity of interests existing among the Member States and

the EU and which has served as the perfect storm to reinforce the role of Member States. Even though the Union is still founded on a model that substantially preserves its supranational, constitutional and federal characters, relevant elements have arisen which have contributed to strengthening the position of Member States within the Union in their role as «Masters of the Treaties». Some of these elements are direct consequence of the economic crisis and the consequent need to adopt exceptional measures outside the framework of the Treaties in order to solve the birth defaults of the Economic and Monetary Union, the most evident of those being the Treaty on Stability, Coordination and Governance of 2 March 2012. However, since the entry into force of the Treaty of Lisbon elements can be found also within the founding Treaties to support the role of the Member States. Those aspects lay both in within the realm of principles (national identity, sovereign equality of Member States and institutional autonomy), as in the institutional (strengthening of the European Council and of the Council) or competence dimensions (insufficient attribution of competences to the Union on taxation, economic policy and bank supervision within the framework of the Economic and Monetary Union).

KEY WORDS: European Union; supranationalism; federalism; intergovernmentalism; legal nature of the EU; economic crisis; national identity; sovereign equality; institutional autonomy.

LA POSITION DES ETATS MEMBRES SUR L'EVOLUTION DE L'UNION
EUROPEENNE: COMPROMIS AVEC LE PROCESSUS D'INTEGRATION,
CONVAINCUS DE LA NECESSITE DE RENFORCER LES TRAITS
INTERGOUVERNEMENTAUX

RÉSUMÉ: Le processus d'intégration européenne se trouve face à une profonde «crise existentielle» qui a mis en relief la diversité d'intérêts existant entre les États membres et l'Union européenne et qui a aussi formé un climat propice pour renforcer le rôle des États membres. Bien que l'Union se fonde encore sur un modèle qui, en substance, préserve ses traits supranationaux, constitutionnels et fédéraux, il y a des éléments de relevance qui contribuent à accroître la position des États membres au sein de l'Union en tant que «Maîtres des traités». Certains d'entre ces éléments découlent directement de la crise économique ainsi que de la nécessité d'adopter en dehors des traités des mesures exceptionnelles pour remédier les défauts de conception affectant à l'Union économique et monétaire, étant le Traité pour la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire, de 2 mars 2012, le plus évident. Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, on trouve aussi dans le cadre des traités fondateurs des éléments qui soutiennent le rôle des États membres. Tels éléments se trouvent même dans le domaine des principes (identité nationale, égalité souveraine des États et autonomie institutionnelle) que dans ceux des institutions (renforcement du Conseil européen et du Conseil) et des compétences (insuffisant attribution des compétences à l'Union en matière fiscale, des politiques économiques et supervision bancaire dans le cadre de l'Union économique et monétaire).

MOTS CLÉS: Union européenne; supranationalité; fédéralisme; intergouvernementalisme; nature juridique de l'Union; crise économique; identité nationale; égalité souveraine; autonomie institutionnelle.

I. 1997-2015: LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DE LA UNIÓN

Para todos los que nos dedicamos al estudio del proceso de integración europea es un motivo de orgullo que, en estos azarosos tiempos que nos ha tocado vivir, el lector pueda tener en sus manos el número 50 de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*. Son cincuenta números consagrados al análisis serio y riguroso de las más variadas cuestiones del Derecho de la Unión¹. Durante todo este tiempo, la *RDCE* ha sabido encauzar los esfuerzos científicos de la mejor doctrina comunitarista en español y es fiel reflejo del alto nivel científico que ésta ha adquirido. Bien mirado, el devenir de la revista ha permitido apreciar cómo las sucesivas generaciones, a cada cual más competitiva y mejor cualificada que la anterior, iba encarrilando la nunca fácil carrera académica, a la par que esos jóvenes autores sentían —sentíamos— el orgullo de compartir índice con destacados maestros de la disciplina².

Pero ese indudable éxito de la *RDCE* no puede ocultar el hecho cierto de que en el momento de conmemorar este número 50 no soplan buenos vientos para el ideal europeo. Antes al contrario, en el último lustro se han dado cita en Europa todo un cúmulo de circunstancias, entre las que el gravísimo trance económico y financiero sólo es una de ellas, que han provocado una crisis profunda del proceso de integración; probablemente la más profunda de su historia. No sin razón, José Antonio SANAHUJA ha hablado de una «verdadera “crisis existencial” como proyecto político, económico y social» que «afecta a su racionalidad, legitimidad, relevancia y viabilidad»³. Una crisis que ha puesto al

¹ En realidad serían 119 números si consideramos la previa etapa de la matriz *Revista de Instituciones Europeas* desde su fundación en 1974, de la que la *RDCE* es digna heredera.

² Así, la ilusión de ver impresa la primera publicación de los que nos hemos iniciado en las lides universitarias se veía inicialmente aliviada en la sección de reseñas. Pasaba luego a algún comentario de sentencia en la sección de notas. Finalmente, con el paso del tiempo esa ilusión, se veía plenamente compensada con la entrada de algún trabajo —normalmente «hermanado» con la tesis doctoral— en la sección de estudios, con el marchamo de «doctrina» autorizada en la materia que ello siempre ha conllevado en el subconsciente académico. Así las cosas, para quien suscribe estas líneas es un motivo de orgullo participar en este número 50, como, por cierto, lo fue también hacerlo en el número 1 con una contribución sobre un tema particularmente querido y muy boga en aquel momento; «La televisión digital y el Derecho Comunitario Europeo: reflexiones en torno a una polémica transposición», vol. 1, núm. 1, págs. 215-238.

³ Así se expresa en «Las cuatro crisis de la Unión Europea», en Manuela MESA, (coord.), *Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales— Anuario 2012-2013*, Ceipaz, Madrid, 2012, págs. 51-84, en págs. 51 y 52. A su juicio, esta crisis afecta,

descubierto que la Unión, como de forma muy plástica sostiene Xavier PONS RAFOLS, más que «unida en la diversidad»⁴ se encuentra «desunida ante la adversidad»⁵. En realidad, cabría pensar que la Unión no sólo está desunida, sino enfrentada internamente de manera muy grave como consecuencia de haberse acentuado la diversidad de intereses existentes entre sus Estados miembros⁶. No es, pues, extraño que la Unión se haya convertido en diana de buena parte de las frustraciones de toda índole que recorren el continente europeo, tanto si nos ubicamos en tierras luteranas de «acreedores» como si nos encontramos en los confines sureños de los «deudores» impenitentes.

al menos, a cuatro dimensiones sustantivas del proyecto europeo, a saber, como proyecto económico, como experiencia federal, como mecanismo de solidaridad transnacional y como actor global. Es decir, la crisis actual estaría poniendo en cuestión las propias señas de identidad del proceso de integración europea. Cfr. igualmente, en tono bastante pesimista, Richard YOUNGS, *Europe's decline and fall. The struggle against global irrelevance*, Profile books, Londres, 2010.

⁴ Como se recordará, éste era la divisa de la Unión que proponía el artículo I-8 del fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y que, como el resto de símbolos comunitarios, fue sacrificado para sacar adelante el consenso necesario para celebrar el Tratado de Lisboa. Sin embargo, 16 Estados miembros declararon en el Tratado de Lisboa que esos símbolos «seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y su relación con ésta»; Declaración núm. 52 de los Estados miembros, anexa al Acta de Conferencia Intergubernamental.

⁵ No puede sino compartirse de manera plena la afirmación de que «la divisa “unida en la diversidad” debería comportar, incluso de manera especialmente intensa la idea de una Unión “unida ante la adversidad”; pero la realidad económica actual de la Unión Europea, con la crisis de la zona euro, los déficits y los rescates financieros, parece más bien poner de manifiesto un lema antagónico al anterior, el de una Unión Europea, clara y aceleradamente, “desunida ante la adversidad”»; «Gestionando unidad y diversidad: la experiencia europea en el uso de mecanismos de flexibilidad», en José María BENEYTO (dir.), *El modelo europeo — Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2014, págs. 71-93, en p. 77.

⁶ No es momento ni lugar para detenernos en esta cuestión. Pero reabrir, por ejemplo, un debate entre Grecia y Alemania a propósito de reclamaciones como consecuencia de la ocupación nazi de aquel país no puede conducir a nada bueno y choca frontalmente contra los más elementales postulados sobre los que se construyó el proyecto europeo en la década de los cincuenta del siglo pasado. Como también, cerrar los ojos de la solidaridad a la penuria y pobreza de capas sociales cada vez más amplias en un buen número de Estados miembros de la Unión tampoco es el mejor caldo de cultivo para la integración europea. Como desarrollaba un reciente editorial de la *Common Market Law Review*, la actual crisis está poniendo a prueba la propia esencia y valores del significado de pertenecer a la Unión; «Union membership in times of crisis», vol. 51, págs. 1-12.

En este delicado contexto, vincular hoy la Unión con el «sueño europeo» de los padres fundadores resulta casi grotesco⁷. Da la sensación de que, de repente, se ha esfumado buena parte de la argamasa integradora que, desde la Declaración Schuman hasta, al menos, la caída del muro de Berlín, permitió el avance ininterrumpido del proceso integrador con el objetivo de construir una Unión supranacional con aspiración *federal*. En el momento presente, esta aspiración federal ha quedado postergada y la mera pronunciación de tal objetivo convierte al orador en un ser aparentemente desubicado, cuando no en objeto de chanza; y, desde luego, si el contexto de cita es el británico fácilmente se percibirá el efecto de la *f-word*⁸.

Así las cosas, en este caldo de cultivo, no es tampoco de extrañar que el elemento intergubernamental, encarnado lógicamente en los Estados miembros, haya cobrado una renovada vitalidad, dentro y fuera de los tratados constitutivos. Bien puede apreciarse, pues, una «vuelta de los Estados» al control sobre el timón de la Unión⁹, que lógicamente afecta al propio modelo y a su naturaleza. Este modelo se fundamenta desde sus comienzos en un equilibrio entre intereses estatales y comunitarios que, por definición, siempre ha estado en tensión. Pero en el momento actual, el predominio de los intereses estatales frente a los comunitarios y, por ende, del elemento intergubernamental frente al supranacional no parece muy discutible. Sin embargo, tampoco conviene exagerar más de lo razonable la aludida «vuelta de los Estados». La Unión sigue fundándose en un modelo que, en lo sustancial, preserva plenamente todas sus peculiaridades políticas (elementos materiales de carácter supranacional, constitucional y federal) y jurídicas (ordenamiento jurídico autónomo revestido de principios esenciales que diferencian claramente a la Unión de otras organi-

⁷ No obstante, nunca se recordará con insistencia suficiente, especialmente con el ojo puesto en las generaciones más jóvenes, la importancia que la integración europea ha tenido durante toda la segunda mitad del siglo XX para traer la paz y el bienestar con los que nuestro continente soñó durante la primera mitad de ese mismo siglo. En realidad, durante la mayor parte de su historia.

⁸ Cualquiera que haya cometido la osadía de pronunciar en el Reino Unido una conferencia sobre los elementos federales de la Unión, por muy europeísta que fuera el foro, habrá podido corroborar fácilmente lo que con ello se quiere decir.

⁹ Jean-Denis MOUTON ha hablado de un «retour des États» tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; «L'État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012, núm. 556, págs. 204-209, en p. 204. Véase igualmente Robert ZBIRAL: «Restoring Tasks from the European Union and Member States: A Bumpy Road to an Unclear Destination?», *Common Market Law Review* 2015, vol. 52, págs. 51-84.

zaciones internacionales). Además, por obvio que resulte, conviene recordar igualmente que la Unión mantiene el funcionamiento ordinario de *business as usual* en sus instituciones, incluidas las encargadas de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión por los Estados (Comisión y Tribunal de Justicia).

Hoy, en este contexto, parece buena ocasión aceptar la invitación de la revista para visitar la clásica cuestión de la doctrina comunitarista a propósito del papel de los Estados en la evolución del proceso de integración europea, que en el fondo es tanto como interrogarse sobre la propia naturaleza de la Unión. Sin duda, esta cuestión ha recobrado renovada actualidad tras la puesta en marcha de las novedades del Tratado de Lisboa (especialmente el artículo 4 TUE) y tras las reacciones (jurídicas) a la crisis económica e institucional con mecanismos muy peculiares, unas veces al margen de las estructuras previstas en los tratados constitutivos y otras con instrumentos jurídicos de naturaleza como mínimo curiosa. En las siguientes páginas abordaremos, pues, el papel (protagonista) de los Estados en la actual Unión. E intentaremos hacerlo, dentro de lo posible, ciñéndonos a la perspectiva estrictamente jurídica y desterrando la tentación de adentrarnos por derroteros de otra índole, muy atractivos en sí mismos, pero ajenos al objeto propio de la *RDCE*.

Así las cosas, al margen de los cambios evidentes que la actual coyuntura económica y política está provocando en el proceso de integración, conviene comenzar por no olvidar los elementos de la Unión que siguen conformando la dimensión supranacional de una organización internacional que mantiene su consabido carácter *sui generis* y, a nuestro juicio, conserva también una consustancial vocación federal (II). Esta perspectiva ha sido siempre el contrapeso de la evidente consideración de que, como organización internacional que sigue siendo la Unión, los Estados son los «señores de los tratados» (III). Sobre esa base, estaremos en situación de entrar de lleno en la creciente dimensión intergubernamental que está ganando la Unión al abrigo de diversas disposiciones de los tratados constitutivos que regulan los elementos estatales, a saber, los ámbitos de los principios que garantizan la posición preeminente de los Estados (IV), la estructura institucional con clara deriva intergubernamental (V) y un régimen de reparto de poder vertical en el que cobra particular relevancia la tan traída y llevada «competencia sobre la competencia» (VI). Llegados a esa tesitura, estaremos en situación de apuntar unas consideraciones finales en las que, pese al difícil contexto por el que atravesamos, seguiremos considerando el método federal como la mejor herramienta conceptual para afrontar el estudio de la integración europea y, de paso, intentar mantener viva la llama del ideal integrador (VII). El problema de fondo no es, en realidad, (sólo) de modelo, sino quizá también de actitud.

II. LA UNIÓN EUROPEA COMO ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL *SUI GENERIS*: SUS ALICAIIDAS (PERO CONSUSTANCIALES) DIMENSIONES SUPRANACIONAL, CONSTITUCIONAL Y FEDERAL

1. EL CARÁCTER *SUI GENERIS* DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE *SUPRANACIONALIDAD*

Conviene comenzar recordando que, desde el mismo momento en que comenzó el proceso de integración europea, la doctrina politológica ha afrontado el estudio de las peculiaridades comunitarias desde muy diferentes prismas, desarrollando «ismos» de toda índole (realismo, funcionalismo, constructivismo, contractualismo, institucionalismo,...) con el acompañamiento frecuente de revisiones de las respectivas teorías (neorrealismo, neofuncionalismo, neoinstitucionalismo...)¹⁰. Para nosotros, los juristas, el terreno de la Unión también ha sido campo fértil para elaboraciones dogmáticas, si bien los conceptos de *integración*¹¹ y, sobre todo, de *supranacionalidad* han servido durante décadas para explicar de manera original y con cierto consenso doctrinal las peculiari-

¹⁰ De entre la nutrida literatura existente al respecto nos permitimos entresacar la valiosa obra recopilatoria de Nicolás MARISCAL BERÁSTEGUI: *Teoría políticas de la integración europea*, Tecnos, Madrid, 2003.

¹¹ A nuestro entender, la noción de *integración* es un concepto de carácter más politológico que jurídico y, en todo caso, anterior al proceso de integración europea. Ya antes de la primera Guerra Mundial Max HUBER desarrolló el concepto de la «integración en la sociedad internacional (de Estados)»; «Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 1910, vol. 4, págs. 56-134, especialmente el capítulo final dedicado precisamente a la caracterización del concepto de *integración* en la sociedad de Estados existente en aquel momento. Pero muy poco tiene que ver ese temprano acercamiento doctrinal con el concepto de *integración* desplegado al arropo de la necesidad de caracterización del proceso de construcción europea iniciado tras la Declaración Schuman. Desde esta perspectiva jurídico-comunitaria merece ser recordado como abanderado fundamental de este acercamiento dogmático el valioso trabajo de Pierre PESCATORE: *Droit de l'intégration: Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Sijthoff, Leiden 1972 (traducido al español un año después en *Derecho de la integración: un fenómeno de las relaciones internacionales*, Instituto de la Integración de América Latina-Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, 1973).

En este mismo sentido, puede verse, desde la perspectiva de la propia Unión de caracterizar el concepto de *integración* como fundamento de su proceso creador («l'idée d'intégration est à la base de la Communauté»), *Bol. CE* 9/1977, apdo. 3.2.9.

dades (jurídicas) que diferencian claramente a la Unión del resto de organizaciones internacionales¹².

La *supranacionalidad* es un concepto dinámico, a caballo entre el Derecho Internacional y el federalismo, que desde la teoría general de las organizaciones internacionales aportó importantes elementos explicativos de las peculiaridades comunitarias y constituye una categoría conceptual particularmente útil para matizar el encuadre (formal) de la UE dentro del Derecho Internacional Público¹³. Ha permitido rellenar conceptualmente el vacío que generaba la calificación de las Comunidades Europeas como organización internacional *sui generis*; un socorrido término éste —en realidad, vacío de contenido propio— que tan bien nos viene a los juristas para definir aquellos conceptos que no acertamos a encajar dentro de las categorías jurídicas asentadas y menos aún a definir con precisión. No compartimos, pues, la opinión de quienes consideran que esta noción está un poco trasnochada¹⁴ o es un simple estereotipo¹⁵. Creemos que sigue siendo un valioso instrumento conceptual para aprehender elementos relevantes de la Unión por contraposición

¹² Las primeras contribuciones sobre la *supranacionalidad* se podrían atribuir en el ámbito politológico a Ernest B. HAAS, *The Uniting of Europe*, Stevesn & Sons, Londres, 1958, págs. 32-59.

¹³ Con el término *supranacionalidad* se hace mención desde hace décadas a caracteres bien diferentes según cada autor, aunque ciertamente existen rasgos comunes a todos ellos. Tales elementos comunes son, en concreto, la existencia cumulativa de tres elementos imprescindibles, a saber, la independencia de las instituciones comunitarias frente a los gobiernos estatales, la existencia de relaciones directas entre las instituciones comunitarias y los particulares y la transferencia de competencias de los Estados a favor del ente supranacional. Así se expresaba, por ejemplo, Paul REUTER: *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1953, págs. 139-140. A partir de ahí, Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN añadía el elemento de la autonomía financiera de la Comunidad y la existencia de una jurisdicción obligatoria propia; *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, Carl Heymanns, 7ª ed, Colonia, 2000, p. 7. Y Henri G. SCHERMERS, por su parte, incluía también la imposibilidad de abandono unilateral; *International Institutional Law*, Sijhoff, Amsterdam, 1980, págs. 42-44. Entre nosotros, pueden destacarse los trabajos de José Luis IGLESIAS BUHIGUES: «La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas» *Revista de Instituciones Europeas* 1974, vol. 1, págs. 73-120; Manuel MEDINA ORTEGA: *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 109.

¹⁴ Así se expresaba, hace ya varias décadas, Trevor C. HARTLEY: *The Foundations of European Community*, Oxford University Press, 1998, p. 10.

¹⁵ Ésta era la conclusión de Bern MEYRING en su trabajo «Intergovernmentalism and Supranationality: Two Stereotypes for a Complex Reality», *European Law Review* 1997, págs. 221-247.

a otras organizaciones internacionales (destacada posición del individuo, estructura institucional atípica, toma de decisiones por mayoría, peculiar desarrollo de su sistema jurídico autónomo, amplia atribución de competencias, etc.).

Ahora bien, por muy valioso que resulte este acercamiento conceptual para superar los esquemas clásicos basados en la noción de soberanía de los Estados, se manifiesta por sí mismo insuficiente para dar acogida en su seno al amplio elenco de peculiaridades que han caracterizado el devenir del proceso de integración europea. La Unión mantiene elementos muy relevantes que tan sólo pueden explicarse desde un paradigma constitucional y federal alejado de la constelación de las organizaciones internacionales. En este sentido, la Unión, aunque formalmente sea una organización internacional constituida mediante un tratado internacional (art. 1 TUE) en la que los Estados mantienen su clásica posición y el Derecho Internacional sigue ocupando un papel muy destacado¹⁶, desde un punto de vista material goza de una indudable *sustancia constitucional* (*Verfassungssustanz*)¹⁷. Constituye, de hecho, una Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinschaft*)¹⁸ y también una Comunidad de valores (*Wertegemeinschaft*)¹⁹ que ha ido conformando su identidad propia a través de principios constitucionales que proceden tanto del Derecho Internacional como de los Derechos de sus Estados miembros²⁰. Y, en relación con estos últimos, no cabe duda de que en la Unión se encuentran presentes elementos relevantes para cuya categorización y explicación resulta particularmente útil el paradigma constitucional.

¹⁶ Sobre esta cuestión sigue siendo referencia obligada el trabajo de Javier DIEZ-HOCHLEITNER: «La interdependencia entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz de 1998*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 39-89.

¹⁷ Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009, págs. 111-113.

¹⁸ Así la calificaba ya Walter HALLSTEIN: *Die Europäische Gemeinschaft*, 5ª ed., p. 52. También el Tribunal de Justicia ha considerado la Unión como una Comunidad de Derecho; TJUE sentencia de 23 de abril de 1986, *Los verdes c. Parlamento Europeo*, (294/83, *Rec.*, p. 1335), apdo. 23; Dictamen 1/91, *Rec.*, p. I-6079, apdo. 21.

¹⁹ Christian CALLIES: «Europa als Wertegemeinschaft — Integration und Identität des europäischen Verfassungsrechts», *JuristenZeitung* 2004, p. 1033.

²⁰ Armin von BOGDANDY: «Founding Principles», en Armin von BOGDANDY, Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., 2010, págs. 11-54, especialmente págs. 20-24; Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Reflections on the General Principles of Community Law», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1998, vol. 1, págs. 1-16.

2. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE *CONSTITUCIÓN MATERIAL ABIERTA*

Efectivamente, la perspectiva constitucional, pese a la indeterminación conceptual que también acompaña a esta aproximación teórica, resulta imprescindible para lograr una adecuada categorización del resultado jurídico, político e institucional del proceso de integración europea. Es, en realidad, una aproximación que siempre ha estado presente en dicho proceso, si bien se hizo particularmente evidente a partir de los malogrados trabajos del Parlamento Europeo en la década de los ochenta del siglo pasado²¹ (proyecto Spinelli²², proyecto Oreja-Hermann²³), se intensificó durante la década de los noventa²⁴ y encontró su corolario a raíz del interesante debate abierto con ocasión de los trabajos de la Convención para elaborar una Constitución para Europa²⁵. Lógicamente, la

²¹ Un interesante estudio de la aportación del Parlamento Europeo a constitucionalización de los Tratados se encuentra en Jean-Victor LOUIS, «Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne», en Paul MAGNETTE (ed.), *La constitution de l'Europe*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 2000, p. 41 y ss.

²² JOCE C 77 de 19.3.1984, p. 27. Un completo comentario del mismo se encuentra en Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Jean-Paul JACQUÉ, *Le traité de l'Union européenne. Commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, ULB, Bruselas, 1995.

²³ DOCE C 61 de 28.2.1994, p. 155. Un análisis, desde diversos puntos de vista, de este proyecto se encuentra en la obra colectiva dirigida por Marcelino OREJA AGUIRRE, (dir.), *La Constitución europea*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

²⁴ Resulta típico citar a este respecto los trabajos, ciertamente representativos, recopilados en la obra de Joseph H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Pero existen otros muchos que, desde perspectivas bien diferentes, enriquecieron el debate constitucional europeo. Cabe citar, de entre esa inabarcable literatura, los siguientes trabajos: Sabino CASSESE, «La Costituzione Europea», *Quaderni costituzionali* 1991, p. 487 y ss.; Luis Díez-PICAZO, «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea», *Revista de Instituciones Europeas* 1993, núm. 20, págs. 533-559; Dieter GRIMM, «Braucht Europa eine Verfassung?», *Juristenzeitung* 1995, p. 581-591; Jean-Paul JACQUÉ, «La Constitution de l'Union européenne», *Revue Universelle des Droits Humaines* 1995, p. 397-423; Helmut LECHERER, «Braucht die Europäische Union eine Verfassung?», en AAVV, *Gedächtnisschrift für Eberhart Grabitz*, ed. C.H. Beck, Munich 1995, p. 393 y ss.; Federico MANCINI, «The Making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review* 1989, p. 595 y ss.; Manuel MEDINA: *Hacia una constitución europea*, Cuadernos cátedra J.B.Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1994; Jean-Claude PIRIS, «L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1999, págs. 599-635.

²⁵ Véase, por todos, la obra colectiva Íñigo MÉNDEZ DE VIGO, *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Planeta-Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2007.

preparación de una moneda única²⁶ y, sobre todo, la elaboración de una Carta derechos fundamentales a través del novedoso mecanismo de la Convención²⁷ también contribuyeron decisivamente a intensificar dicho debate. En este contexto, una vez fracasado el intento de aprobar el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, el Tratado de Lisboa no ha extinguido este debate, pero tampoco lo ha intensificado²⁸.

Ahora bien, en nuestra aproximación jurídica a esta realidad comunitaria, el verdadero problema radica en concretar con un mínimo de precisión y consenso en qué se traduce esa sustancia constitucional de la Unión. Ciertamente, no es ahora momento de reabrir el rico debate doctrinal a propósito de qué ha de entenderse por Constitución o de si puede haber Constitución allá donde no exista un Estado²⁹. Sí merece la pena, empero, apropiarse de los conceptos de *Constitución abierta* o de *Constitución como proceso abierto*³⁰ y de *Constitución en sentido material*³¹ para, sobre su base, detectar elementos

²⁶ Francys SNYDER, «Economic and Monetary Union: Are We Making a Constitution?: What Constitution Are We Making?», en Paul CRAIG, Graine DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 417 y ss.

²⁷ Véase, por todos, Araceli MANGAS MARTÍN (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2009.

²⁸ Como afirmó Nicolás MARISCAL BERAESTEGUI, el Tratado de Lisboa fue una reforma sin aliento constitucional; «Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional», *Cuadernos Europeos de Deusto* 2008, núm. 39, págs. 103-135.

²⁹ La clásica concepción constitucional *estatalista* se fundamenta, entre otros, en la doctrina de Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*, Berlín, 1928, especialmente págs. 19-21. Desde esta perspectiva, por muy flexible que sea el concepto de Estado (*Staatlichkeit, statehood*) por el que se opte y y por mucho que se aproveche la indudable erosión que sufre el concepto clásico de Estado-nación, esta perspectiva no resulta especialmente útil en el debate constitucional comunitario. No tiene, por tanto, mayor sentido, entrar en la dialéctica propia de esta corriente doctrinal y pretender rebatir la afirmación de autores como Torsten STEIN, en el sentido de que Constitución es el orden fundamental de un Estado y, por tanto, donde no haya un Estado no podrá haber tampoco una Constitución y Estado tan sólo existe si concurren plenamente sus tres elementos clásicos (territorio, pueblo y poder organizado), los cuales no se dan en la UE; «La Constitución europea: pasado, presente y futuro», *Anuario Jurídico de La Rioja* 1996, págs. 235-254.

³⁰ Cfr. Peter HABERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß-Materiellen zu einer Verfassungstheorie der offene Gesellschaft*, Dunker & Humblot, Berlín, 1978. En nuestra doctrina, véase Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997; Pablo LUCAS VERDÚ, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense-Eurolex, Madrid, 1993.

³¹ Véase, por ejemplo, Constantino MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè Editore, Milán, 1998.

de la Unión cuya naturaleza pueden considerarse de raíz netamente constitucional³². En concreto, tales elementos se detectan claramente en el ordenamiento jurídico de la Unión, que el propio Tribunal de Justicia ha calificado a la sazón como la «carta constitucional de una comunidad de Derecho»³³ y que goza de un amplio elenco de peculiaridades propias que lo diferencian claramente del resto de subsistemas de Derecho Internacional existentes en la comunidad internacional: efecto directo, primacía, responsabilidad de los Estados miembros frente a sus nacionales por los daños causados como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, existencia de principios generales superiores procedentes de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros y un largo etcétera en el que la Carta de Derechos de la Unión con carácter vinculante (art. 6.1 TUE) y la adhesión de la Unión al CEDH (art. 6.2 TUE) —cuya odisea es mejor no tratar en este momento— se erigen en muestra sobresaliente de las aportaciones (constitucionales) del Tratado de Lisboa.

Este paradigma constitucional puede constatarse también fuera del ordenamiento jurídico. Por un lado, la Unión goza de una doble legitimidad, de manera que, junto a la de los Estados, concurre también una suerte de legitimidad democrática (formal y material)³⁴. Por otro lado, en el sistema institucional de la Unión se vislumbran, al margen de lógicas peculiaridades, las tres funciones constitucionales clásicas, a saber, la *función legislativa* (compartida entre el Parlamento Europeo y el Consejo de forma prácticamente paritaria tras el Tratado de Lisboa), la *función ejecutiva*, compartida entre

³² Como bien afirmaba en su momento LA PERGOLA «la Constitución de la Unión no presenta (...) las mismas características que una Constitución estatal», sino que ha de adaptarse a sus peculiaridades propias, por lo que habría de «conjugarse el principio de soberanía popular con el de la soberanía de los Estados miembros»; Antonio LA PERGOLA, «¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?», en Marcelino OREJA AGUIRRE (dir.), *La Constitución europea*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, págs. 43-53, en p. 48.

³³ Es ya tópico ineludible recordar el ya citado pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Los verdes* en el que, además de considerar la Unión como una «comunidad de Derecho», estableció que los tratados constitutivos constituían su «carta constitucional»; *vid. supra*, nota 18.

³⁴ Esta legitimidad deriva no sólo de la elección (formal) del Parlamento Europeo desde 1979 por sufragio universal directo, sino de la atribución de competencias perfectamente asimilables a las de cualquier parlamento nacional (control a la Comisión, aprobación del presupuesto y colegislador junto al Consejo). A propósito de la concreta posición del Parlamento Europeo en la actualidad pueden verse los diferentes trabajos recogidos en Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECIZABARENA (dir.), *El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente?*, IVAP, Oñate, 2015.

la Comisión y las administraciones de los Estados miembros y la *función judicial*, igualmente compartida entre un Tribunal de Justicia, que bien puede ser considerado *Tribunal Constitucional* de la Unión³⁵, y todos los jueces nacionales³⁶. Además, el Alto Tribunal de la Unión no sólo ha servido de

³⁵ Véase, entre otros, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», *Europarecht* 1992, p. 225; Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Julio BAQUERO CRUZ: «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Fundamentos—Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 2006, págs. 291-346; Alberto SÁIZ ARNÁIZ: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública* 1999, págs. 223-256.

³⁶ Sin duda, el papel encomendado al Tribunal de Justicia en la Unión constituye un de los elementos más claramente diferenciadores respecto de otras organizaciones internacionales. A diferencia de los tribunales internacionales típicos, cuya jurisdicción es voluntaria, se trata de una jurisdicción obligatoria para la resolución de cualquier controversia a propósito de los tratados constitutivos (art. 19.1 TUE) y se le atribuye muy amplias competencias para conocer del control de cumplimiento del Derecho de la UE por los Estados miembros, así como para controlar la legalidad de los actos de la Unión, la constitucionalidad de los tratados internacionales que celebre la Unión y hasta una posible responsabilidad extracontractual (arts. 19.3 TUE, 251 a 281 y 218.11 TFUE). El TJUE es, en suma, el tribunal de un (sub)sistema jurídico autónomo cuya original naturaleza lo sitúa a caballo entre los de carácter nacional (con es el caso de los Tribunales Constitucionales) y los de naturaleza claramente internacional (con el Tribunal Internacional de Justicia como ejemplo paradigmático). A este respecto, resulta conceptualmente muy útil la idea desarrollada por el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán a propósito de la existencia de una asociación o liga —el término *Verbund* no es de fácil traducción— judicial europea de carácter constitucional (*europäische Verfassungsgerichtsverbund*) en la que se conforma un triángulo judicial entre Karlsruhe, Luxemburgo y Estrasburgo; Andreas VOßKUHLE: «Der europäische Verfassungsgerichtsverbund», *Neue Verwaltungszeitschrift* 2010, núm. 1, págs. 1-8, en p. 2. Esta idea conecta directamente con un concepto muy semejante proporcionado antes por Ingolf Pernice (el de la *Verfassungsverbund*); Ingolf PERNICE: «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2001, núm. 60, págs. 148-193; *ib.*: *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, de Gruyter, Berlín, 2006; *ib.*: «Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbundes», en Hans-Jörg DERRA (ed.), *Freiheit, Sicherheit und Recht —Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, págs. 359-393; *ib.*: «La Rete Europea di Costituzionalità — Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010, núm. 70, p. 51. En todo caso, lo realmente relevante de estas posiciones doctrinales es que permiten renunciar a imágenes simplificadas del pasado asentadas sobre conceptos de territorialidad y soberanía. Permiten, además, acoger una idea de dinamismo y flexibilidad que encaja perfectamente con la naturaleza de la heterogeneidad de relaciones que se establecen en el espacio

motor al proceso de constitucionalización de la UE, sino también al de los propios Estados miembros³⁷. A la vez, existe todo un juego de *checks and balances* entre las instituciones que conlleva un equilibrio entre los diferentes intereses constitucionales en liza, es decir, el interés democrático (encarnado en el Parlamento Europeo), el interés de los Estados (plasmado en el Consejo y el Consejo Europeo) y el interés comunitario (situado en la Comisión y el Tribunal de Justicia), que siguen plenamente vigentes tras el Tratado de Lisboa y se manifiestan a diario en el funcionamiento ordinario de la Unión.

Es más, con «crisis existencial» de la Unión o sin ella, es indudable que en el marco de la Unión se ha conformado un *espacio jurídico europeo* —no nos atrevemos a decir espacio *constitucional* europeo— que ya no puede ser explicado desde el paradigma constitucional clásico basado en la soberanía y la identificación de la Constitución con el Estado. Probablemente no exista aún una concepción constitucional definitivamente cerrada para su caracterización. Pero, en nuestra opinión, no cabe duda de que el acercamiento a ese nuevo *espacio jurídico europeo* desde una concepción basada en el pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*)³⁸ dentro de un marco multinivel

europeo. A la postre, con una concepción dogmática u otra, el TJUE está revestido de unas peculiaridades tan intensas que conceptualmente lo van alejando cada vez más del sistema de órganos jurisdiccionales internacionales y se va acercando más al paradigma propio de las jurisdicciones constitucionales nacionales. De hecho, pese a las similitudes formales que en apariencia pudieran encontrarse sobre el papel en relación con otros tribunales regionales como los de Managua, Quito, Asunción o Ouagadougou, si se profundiza, el TJUE no encuentra comparación con ninguno de los tribunales existentes en el SICA, el Pacto Andino, Mercosur, NAFTA, África del Oeste u otros.

³⁷ En este sentido resultan particularmente sobresalientes los análisis realizados por dos reputados constitucionalistas españoles que además han sido destacados miembros del Tribunal Constitucional; Pedro CRUZ VILLALÓN: *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004; Pablo PÉREZ TREMPES: «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, núm. 9, págs. 19-48.

³⁸ No es momento de detenernos en el análisis de los postulados concretos de esta aproximación doctrinal, abierta a finales de la década de los noventa del siglo pasado por McCormick y posteriormente desarrollada con diferentes enfoques por relevantes autores; Neil MCCORNICK: «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review* 1993, págs. 1-23; *ib.*, «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal* 1995, págs. 259-266; Neil WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review* 2002, núm. 65, p. 317; Miguel P. MADURO: «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en Neil WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, 2003, págs. 501-537;

(*multilevel constitutionalism*)³⁹ resulta sumamente atractiva y permite explicar satisfactoriamente el reparto de funciones entre los diferentes niveles (incluida la función judicial de los respectivos tribunales) con base en el principio de competencia y no en el de jerarquía⁴⁰. Ello, lógicamente, no es tampoco óbice para reconocer que esta teoría efectivamente muestra también flancos conceptuales de cierta debilidad⁴¹, a la vez que probablemente resulte algo

Matthias KUMM: «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty», *European Law Journal* 2005, págs. 262-307; Julio BAQUERO: «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal* 2008, págs. 389-422.

El problema básico de esta interesante concepción es la enorme variedad de aproximaciones existentes a este concepto. Al final, como afirman los editoriales de un simposio celebrado en Florencia sobre el significado del pluralismo contitucional, «the concept has gained so many meanings that often the participants in the debate talk past each other, each endorsing a different understanding of what constitutional pluralism actually means»; Matej AVBELJ y Jan KOMÁREK: «Four Visions of Constitutional Pluralism», *European Journal of Legal Studies*, 2008, págs. 325-370, especialmente pág. 325. A juicio de algunos autores como G. Davies, consideran el *constitutional pluralism* como una «empty idea» en la que «the investment in constitutional pluralismo by scholars has not brought satisfactory returns yet pluralism is too attractive an idea to be abandoned in haste»; Gareth Davies, *Constitutional Disagreement in Europe and the Search of Pluralism*, en Matej AVBELJ y Jan KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, Hart, Oxford, 2012, págs. 269-284.

³⁹ Ingolf PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *Common Market Law Review* 1999, núm. 36, págs. 703-750; Armin von BOGDANDY, «Bird's Eye View on the Science of European Law», *European Law Journal* 2000, p. 208, especialmente págs. 226-227. Una postura crítica al respecto se encuentra en Peter BADURA, «Verfassung und Verfassungsrecht in Europa», *Archiv für öffentliches Recht* 2006, núm. 131, págs. 423-440.

⁴⁰ Véase Armin von BOGDANDY y Stehphan SCHILL: «Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010 núm. 70, p. 701, especialmente p. 703.

⁴¹ Una interesante y bien fundada crítica al constitucionalismo multinivel se encuentra en el trabajo de Paolo SCARLATTI: *Democracia y teoría de la legitimación de la experiencia de la integración europea: contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*, Universidad del País Vasco, 2011, especialmente págs. 121-126. Para este autor algunas de esas deficiencias derivan de «los límites intrínsecos y las carencias que acompañan al pensamiento contractualístico» que le sirve de base, así como del pretendido fundamento democrático del proceso ya que «el contitucionalismo multinivel propone una solución teórica de carácter artificial que presupone legitimada democráticamente por los ciudadanos europeos» ya que «la cuestión de la legitimación del poder público europeo no parece poder resolverse a través del simple fortalecimiento de las

desproporcionada su aspiración de «contribuir al debate más general sobre cómo conceptualizar instituciones en el nivel global» dentro de lo que se ha empezado a denominar *Multilayered System of Global Governance*⁴².

3. LA DIMENSIÓN FEDERAL DE LA UNIÓN: LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE *FEDERALISMO SUPRANACIONAL*

Pero, con ser relevante (e imprescindible) este acercamiento dogmático (constitucional multinivel) al proceso de integración de la Unión, en nuestra opinión no es suficiente para explicar en toda su integridad las peculiaridades propias del aludido carácter *sui generis* de la Unión. Creemos que el método federal nos facilita las lentes dogmáticas mejor graduadas para explicar con nitidez las peculiaridades jurídicas, institucionales y competenciales de la Unión. Es más, creemos que, en el fondo, se encuentra en el propio ADN del proceso⁴³. Seguimos, pues, firmemente convencidos de la utilidad del concepto de *federalismo supranacional* para, asociando los postulados de la supranacionalidad y del método federal, justificar la viabilidad dogmática de emplear el método federal como forma de completar los postulados propios de la noción de supranacionalidad⁴⁴.

prerrogativas del Parlamento Europeo». Incide igualmente en la existencia de aspectos problemáticos con «la ausencia de un espacio político europeo, además de con la teorizada ausencia de jerarquía entre los ordenamientos que en la perspectiva del constitucionalismo multinivel componen conjuntamente el modelo constitucional europeo». En nuestra doctrina, Francisco BALLAGUER CALLEJÓN considera que el pluralismo constitucional «presenta serias deficiencias» que «son resultado de la débil configuración constitucional de la Unión Europea, con la inexistencia de un espacio público europeo ordenado de acuerdo a los principios de la democracia pluralista»; «El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global», en José María BENEYTO (dir.), *op.cit.* (*El modelo europeo...*), nota 5, págs. 53-69, en p. 67.

⁴² Ingolf PERNICE, «La dimensión global del constitucionalismo multinivel», en José María BENEYTO (dir.), *op. cit.* (*El modelo europeo...*), nota 5, págs. 15-52, en p. 35.

⁴³ A veces no se presta atención suficiente al hecho de que la propia Declaración Schuman se refería expresamente a la intención de «sentar las primeras bases concretas de una *federación europea* indispensable para la preservación de la paz». *Cursiva añadida*.

⁴⁴ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «The Federal Elements of the European Union», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2001, págs. 595-625. A nuestro entender, es perfectamente factible considerar a la Unión Europea como una suerte de «fede-

Caben, ciertamente, visiones diferentes en la calificación del federalismo según donde se ponga el acento, pudiéndose hablar de un federalismo intergubernamental⁴⁵, un federalismo plurinacional⁴⁶ o, como a partir de 1994 consideró Jacques DELORS, un federalismo de Estados-nación⁴⁷. Cabe incluso aceptar la utilidad que pueden tener aproximaciones dinámicas al federalismo⁴⁸. Pero, a la postre, la cuestión verdaderamente nuclear es la utilidad de la aproximación federal como método pertinente para explicar elementos sustanciales de la Unión. Permite aclarar, utilizando como elemento de referencia esencial el federalismo cooperativo de corte germánico, paralelismos interesantes en el sistema institucional, donde la estructura bicameral de representación del interés del ente federal (*Bundestag*) y de los entes federados (*Bundesrat*) encuentran a la sazón su equivalente en el Parlamento Europeo y el Consejo respectivamente, si bien probablemente sean más relevantes el menos estudiado paralelismo entre los procedimientos legislativos propios de los sistemas federales (*Zustimmungsgesetze*) y el procedimiento legislativo ordinario de la Unión o, sobre todo, el papel del Tribunal de Justicia como árbitro (federal) garante de las estabilidad y coherencia comunitaria⁴⁹.

Lo propio ocurre con el sistema de competencias (naturaleza exclusiva y compartida de las competencias de la Unión, subsidiariedad, cláusula residual, etc.⁵⁰), con la moneda común como importante elemento federalizante

ración supranacional»; *ib.*: *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Federal Europeo, Vitoria, 2003.

⁴⁵ FRANCISCO ALDECOA LUZARRAGA: *Una Europa. Su proceso constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. Una interesante visión crítica al respecto se encuentra Santiago PETSCHEN: «El pensamiento de los europeístas españoles», *Política Exterior* 2007, núm. 118, págs. 167-176, en especial p. 170.

⁴⁶ Jean-Denis MOUTON: *loc. cit.* («L'État membre...»), nota 9, especialmente en págs. 208-209. Este autor conecta de forma interesante el concepto propugnado de federalismo plurinacional con el principio de identidad nacional recogido en el TUE; *infra*, IV, 2.

⁴⁷ RICARD-NIHOUL, G.: *Pour une Fédération européenne d'États-nations – La vision de Jacques Delors revisitée*, Larcier, París, 2012 (con prólogo del propio Jacques Delors, en págs. 5-8).

⁴⁸ Jean-Louis QUERMONNE, en Francia, ha sido capaz de construir una aproximación dinámica al federalismo que resulta muy útil para su traslado a la Unión Europea; *L'Union européenne dans le temps long: vers une Fédération d'États-nations*, ScienS-Po-Les Presses, París, 2008 (con prólogo de Jacques Delors, págs. 6-9)

⁴⁹ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *op. cit.* (*El federalismo supranacional...*), nota 44.

⁵⁰ *Ib.*, págs. 114-118.

de la Unión⁵¹ y con principios básicos de la Unión, como la guardia de los tratados por parte de la Comisión (*Verfassungsaufsicht* y *Bundesauftrag*), la primacía (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), la coerción federal (*Bundeszwang*), la solidaridad (*Solidarität*) o la homogeneidad (*Homogenität*)⁵². Nos permitiremos, con todo, destacar por encima de todos el carácter nuclear de la cooperación leal (*Bundestreue*), ya que en la Unión este principio, al margen de su relevancia evidente en el ámbito de las relaciones mutuas entre la Unión y sus Estados miembros, juega también un papel fundamental como fundamento identitario de la Unión, como un elemento vertebrador de la propia identidad europea de la Unión⁵³. Ha servido, no sólo para fundamentar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, sino también para explicar aspectos tan específicos como la exclusividad de la competencia exterior implícita de la Unión —como ocurrió de manera clara en relevantes decisiones judiciales como las de cielos abiertos⁵⁴ o el dictamen sobre la Convención de Lugano⁵⁵—, así como el principio de unidad de representación internacional o los deberes de la Unión y sus Estados miembros a la hora de negociar acuerdos mixtos, al estilo expresado en los dictámenes relativos a la Convención 170 de la OIT⁵⁶ y a la OMC⁵⁷. Con razón considera Jacques DELORS al referirse al federalismo europeo, que «l'esprit de coopération est le moteur essentiel pour une fédération»⁵⁸.

Pero, qué duda cabe, sería ingenuo no reconocer a renglón seguido que en el último decenio —acaso habría que decir desde las ampliaciones masivas de la Unión hacia el Este sin tiempo suficiente para una razonable asimila-

⁵¹ *Ib.*, págs. 119-122.

⁵² *Ib.*, págs. 123-146.

⁵³ Eleftheria NEFRANI, «L'identité de l'UE: le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012, núm. 556, págs. 197-203. A juicio de esta autora este elemento identitario europeo a través del principio de cooperación leal se manifiesta especialmente en la dimensión exterior y, a su juicio, «conduit à l'identification de l'Union sur le plan international comme un acteur autonome et efficace, et à la cristallisation des éléments essentiels de son identité en tant qu'ordre juridique autonome».

⁵⁴ TJUE sentencia de 2 de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca y otros* (C-467/98, 468/98, 469/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, *Rec.*, p. I-9855).

⁵⁵ TJUE dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 (*Rec.*, p. I-1145).

⁵⁶ TJUE dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993 (*Rec.*, p. I-1061), apdo. 12.

⁵⁷ TJUE dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (*Rec.*, p. I-5267), apdo. 108.

⁵⁸ «Préface», en Gaëtane RICARD-NIHOUL, *Pour une Fédération européenne d'États-nations – La vision de Jacques Delors revisitée*, Larcier, París, 2012, págs. 5-8, en p. 7.

lación por la Unión— la mirada se vuelve a la Europa de las Naciones⁵⁹. El polo integrador (supranacional, constitucional y federal) se ha debilitado notablemente a favor de un robustecimiento evidente del papel de los Estados, reflejado básicamente en el elemento intergubernamental y en la vuelta a una preeminencia de esos Estados (o de algunos de ellos, por no escribir el nombre del que todos tenemos en mente), que probablemente reclame una cierta reconsideración (o relativización) del peso atribuido a este método federal. Ya veremos si tal reconsideración es temporal o se consolida en el tiempo hasta terminar difuminando este acercamiento conceptual de corte federal.

Por ello, quizá convenga comenzar por reconocer que los Estados han dejado bien patente, en sus actuaciones y en el propia letra de los tratados constitutivos, que, al margen de todas las peculiaridades que se quieran ver en el carácter *sui generis* (supranacional, constitucional o federal) de esta organización internacional, ellos son los verdaderos «señores de los tratados».

III. LOS ESTADOS MIEMBROS COMO *SEÑORES DE LOS TRATADOS*: EL CRECIENTE REFUERZO DEL PODER ESTATAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En verdad, parece pertinente comenzar cualquier acercamiento a la posición de los Estados ante la evolución de la UE, por recordar una vez más la vieja y bien asentada consideración de la doctrina alemana a propósito de los Estados fundadores como los «señores de los tratados» o, si se prefiere una traducción más libre pero acaso más acertada, los «dueños de los tratados» (*die Herren der Verträge*)⁶⁰. Para Luis María Díez PICAZO, se trata del «ar-

⁵⁹ Maxime LEFEBVRE habla en su último libro de una cierta reencarnación de la Europa de las Naciones que, al margen de la existencia de una indudable identidad europea —se refiere a *l'énigme de l'identité européenne*— y de la existencia de una cierta federación de Estados-nación, conduce a la necesidad de organizar el continente sobre la base ineludible de las Naciones. Ciertamente que también se explaya en el papel particular que en esa Federación de Estados-nación están llamados a desempeñar Francia y Alemania; *La construction de l'Europe et l'avenir des nations*, Colin, París, 2013.

⁶⁰ Esta expresión, como ya hemos recordado en alguna ocasión anterior, hizo fortuna en la jerga comunitaria a partir de un trabajo de 1972 de Hans Peter IPSEN en el que se preguntaba quiénes eran realmente los «señores de los tratados» (*Wer sind die Herren der Verträge?*). Obviamente, a pesar del tono provocativo de la pregunta, él mismo contestaba: «nadie que no sean los Estados (miembros)» (*niemand anders als die Staaten*) ya que son esos Estados quienes han fundado las Comunidades y quienes, por tanto, reali-

gumento más refinado de todos los que se han empleado frente a las extralimitaciones —reales o imaginadas— de la UE «que «no debe ser menospreciado»⁶¹. Ahora bien, no sé si con tanta razón, recuerda este mismo autor que «decir que los Estados miembros son los señores de los Tratados constitutivos sólo es correcto si se entiende que los Estados miembros actúan conjuntamente y siguiendo el procedimiento de revisión regulado en el artí-

zaron el *acto constitutivo* a través de un tratado internacional y según las reglas iusinternacionalistas como sujetos de Derecho Internacional Público. Sin embargo, a continuación relativizaba notablemente la afirmación ya que añadía, por ejemplo, que de ello no se podía deducir que los Estados, amparándose *sólo* en las reglas del Derecho Internacional pudieran acabar mediante un *contractus contrarius* con las Comunidades y emanciparse del Derecho Comunitario ni que pudieran disponer a su antojo del contenido de los tratados. Tampoco podrían ampararse en las reglas generales del Derecho Internacional, por ejemplo, en la cláusula *rebus sic stantibus*, para concluir su pertenencia a las Comunidades mediante «secesión». Serían, pues, «dueños de los tratados», pero con ciertos matices. Este autor abrió con su sugerente trabajo una interesante discusión doctrinal que en lo sustancial se mantiene hasta nuestros días y entronca con la noción de *poder constituyente* como atributo último del concepto de soberanía. Véase IPSEN, H. P.: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr, Tübingen, 1972, pág. 101, apdo. 26 y pág. 211, apdo. 7.

Una década más tarde, Ulrich EVERLING —inmerecidamente es a él o al propio Tribunal Constitucional alemán al que frecuentemente se le atribuye la paternidad de la feliz expresión— retomó el debate y lo avivó en una conocida contribución al libro homenaje a MOSLER bajo la pregunta: ¿son *todavía* los Estados los dueños de los tratados? Este autor tampoco terminó de cerrar la cuestión y la resolvía, una vez relativizada notablemente «la propiedad sobre los tratados» y ampliados los límites aludidos, de una forma tan plástica como poco precisa, al afirmar que los Estados más que dueños o señores de los Tratados son *servidores* (*Diener*) de los mismos; Ulrich EVERLING, «Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge: Vom Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht?» en AAVV, *Völkerrecht als Rechtsordnung-Internationale Gerichtsbarkeit-menschenrechte—Festschrift für H. Mosler*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York 1983, págs. 173-191. En la actualidad, la doctrina alemana y, sobre todo, el Tribunal Constitucional federal alemán ha cerrado este debate dejando constancia de que no hay duda alguna a propósito de quiénes son los dueños últimos del proceso de integración europea; como corolario puede traerse a colación las controvertidas sentencias constitucionales a propósito del Tratado de Maastricht, primero, y del de Lisboa, después. A este respecto, nos permitimos remitirnos a nuestro trabajo anterior «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica al Tratado de Lisboa)», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 2011, núm. 13, págs. 97-145.

⁶¹ «La naturaleza de la Unión», en José María BENEYTO PÉREZ (ed.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea — Desarrollo histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, valores, principios y competencias*, Aranzadi, Cizur, 2009, vol. I, págs. 343-403, en p. 370.

culo 48 TUE, porque sólo así es jurídicamente posible modificar los Tratados constitutivos»⁶².

No parece que la práctica reciente respalde esta posición. Más bien parece mostrar lo contrario. Quizá habría que precisar el concepto y considerar que, en realidad, los Estados son los «dueños del proceso» y no sólo de los tratados, ya que cuando éstos no resultan la forma adecuada para los propósitos de esos Estados se recurre a mecanismos de Derecho Internacional ajenos a la Unión para, por ejemplo, celebrar acuerdos *inter se* o *extra muros* de los tratados constitutivos. Ciertamente, podría sostenerse sin faltar a la verdad que este tipo de tratados los ha habido en el pasado en ámbitos variados, que unas ocasiones son de naturaleza más técnica que política, por ejemplo en materia de investigación⁶³, pero en otras han afectado a ámbitos estrechamente ligados a la soberanía, como los asuntos de interior y justicia en el caso de Schengen⁶⁴ o Prüm⁶⁵ o de la defensa en el caso de la constitución de la Fuerza de la Gendarmería Europea (*Eurogendfor*)⁶⁶. Pero, probablemente, el hecho más relevante, a los efectos que aquí interesa, no sea que cuando los tratados constitutivos se demuestran insuficientes los Estados miembros no tienen reparos en recurrir a mecanismos *extra muros*, sino, sobre todo, subrayar que lo hacen incluso cuando los tratados constitutivos se han preocupado de fijar en su seno

⁶² *Ib.*, págs. 371 *in fine*-372.

⁶³ Los ejemplos de la Agencia Espacial Europea (ESA), creada mediante Convenio de 30 de mayo de 1975, o proyectos como Airbus o Ariane son buena muestra de este tipo de acuerdos.

⁶⁴ Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990; *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994. Como es bien conocido, el contenido Schengen se encuentra comunitarizado y forman parte del mismo Estados no miembros de la Unión (Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein), mientras no lo hacen algunos Estados miembros (Reino Unido e Irlanda).

⁶⁵ Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, *BOE* núm. 307, 25 de diciembre de 2006.

⁶⁶ Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa, por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea, hecho en Velsen, de 18 de octubre de 2007, *BOE* núm. 131, de 1 de junio de 2012. En esta misma categoría pueden incluirse otros acuerdos de los que también forma parte España, como por ejemplo los relativos al Eurocuerpo y al Estatuto de su Cuartel General (*BOE* núm. 172, de 17 de julio de 2009), el tratado sobre el Estatuto de la Fuerza Multinacional Europea denominada Eurofor (*BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 2005).

un procedimiento *ad hoc* para encauzar institucional y jurídicamente esos mecanismos bajo lo que se conoce como cooperación reforzada⁶⁷.

Lo verdaderamente sobresaliente es que, utilizando los mecanismos previstos en los tratados constitutivos o recurriendo a fórmulas generales de flexibilidad, en todos los momentos de crisis constitucionales la flexibilidad ha estado siempre en mente de los «señores de los tratados» como posible mecanismo último para salir del atolladero como una suerte de «timón corrector» del proceso⁶⁸. Ese «recurso de última instancia» en manos de los Estados, que en el fondo simboliza el contenido último de la expresión «dueños de los tratados», suele ir unido a elevadas dosis de «ingeniería jurídica» y se ha materializado en la historia de las sucesivas crisis de la Unión en forma de Compromisos⁶⁹, Protocolos⁷⁰, Declaraciones⁷¹, Conclusio-

⁶⁷ Véanse los artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE. A este respecto, puede verse, por todos, el trabajo de Mariola URREA CORRES, *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002.

⁶⁸ Resulta inevitable recordar las posibilidades que se barajaron con ocasión del referéndum danés en contra del Tratado de Maastricht. Por nuestra parte, las estudiamos con cierto detalle en «El sistema de reforma de los tratados», *Comunidad Europea-Aranzadi* 1993, págs. 37-45.

⁶⁹ La discusión a propósito de la naturaleza y vigencia del *Compromiso de Luxemburgo* no nos lleva muy lejos. Pero sí refleja a las claras su virtualidad práctica para sortear una crisis, la de la «silla vacía», que amenazaba gravemente el porvenir del proceso de integración. Y lo hacía, precisamente, en un momento delicado en el que el tránsito de la unanimidad a la mayoría cualificada en las decisiones del Consejo en materias de relevancia para los Estados encubría una pérdida evidente de control de esos Estados sobre importantes aspectos del proceso de integración. Perdían la posibilidad de frenar decisiones de la Unión que terminaban por afectar, de un lado, a la soberanía de los Estados, y, de otro lado, a la propia naturaleza de una organización en la que el proceso de toma de decisiones internos se desvinculaba de manera clara de la unanimidad.

⁷⁰ Recuérdese, por citar un relevante ejemplo reciente, el Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, fue necesario para lograr que finalmente se pudiera incluir en los tratados constitutivos el carácter jurídicamente vinculante de la misma (art. 6.1 TUE).

⁷¹ Caben destacar dos relevantes ejemplos de Declaraciones que permitieron desatascar la ratificación de dos de las principales reformas de los tratados constitutivos. Así, a raíz de rechazo en Dinamarca del Tratado de Maastricht en el referéndum de 2 de junio de 1992 (50,7% de los votos en contra), con ocasión de la celebración del Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992 se adoptó una «Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el Consejo Europeo, por lo que se refiere a determinados problemas planteados por Dinamarca con respecto al Tratado de la Unión Europea», conocida como *Declaración de Edimburgo*. Sobre su base se aprobó un Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca que permitió la celebración de un segundo referéndum (18 de mayo de 1993) en el que se aceptó el Tratado de Maastricht (56,8% de los votos).

nes⁷² o lo que fuere menester para encarrilar el proceso de integración cuando parecía que podía descarrilar. Y el momento presente no es una excepción.

En efecto, también en la actual crisis los Estados han optado por una «vía propia» para afrontar algunas de las consecuencias de la crisis económica y, de paso, resolver las deficiencias de diseño de la UEM⁷³. Ese timón de los Estados se ha apreciado con particular intensidad en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), de 2 de marzo de 2012⁷⁴, pero podría sentirse previamente en la amalgama de instrumentos desarrollados apresuradamente para llevar a cabo los procesos de «rescate»⁷⁵. Con todas las luces que se quieran ver en este peculiar Tratado como mecanismo para afrontar una situación excepcional, parece evidente que ahonda claramente el elemento intergubernamental en detrimento del elemento comunitario⁷⁶.

En parecido sentido, en relación con el Tratado de Lisboa, la Declaración del Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009 sirvió para atender las preocupaciones irlandesas. Su contenido consistía en el compromiso de que en el momento de celebración del próximo Tratado de adhesión se enunciarían en el Derecho originario las disposiciones recogidas en la Declaración citada. Así, en 2013, con ocasión de la adhesión de Croacia, se aprobaba el Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa; *DOUE* L 60, de 2 de marzo de 2013.

⁷² No son tampoco escasos los ejemplos de Conclusiones del Consejo Europeo que, con una extraña mezcla entre instrumento jurídico y realidad política, han servido para «desatascar» situaciones de crisis de variada índole. No por casualidad es función del Consejo Europeo es dar a la Unión «los impulsos necesarios para su desarrollo» (art. 15.1 TUE).

⁷³ Como recientemente ha escrito Thimoty GARTON ASH, de manera bastante plástica, «al crear la unión monetaria sin unión fiscal ni política, los europeos pusieron el carro delante de los bueyes, y ahora los bueyes no quieren empujar el carro»; «La máquina infernal de la eurozona», *El País* de 12 de marzo de 2015. *Vid. infra*, VI *in fine*.

⁷⁴ *BOE* núm. 178, de 26 de julio de 2012.

⁷⁵ En el caso español es difícil pasar por alto las peculiaridades derivadas de los instrumentos suscritos para regular la «asistencia financiera» a nuestro país; Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y España, el FROB y el Banco de España, de 24 de julio de 2012; *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012; Memorándum de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2012; *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012. Ambos tienen cobertura jurídica en el previo Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), suscrito entre 16 Estados del Euro y la FEEF, de 10 de junio de 2010; *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011.

⁷⁶ En este tratado se relega por completo al Parlamento Europeo del proceso decisivo regulado por el TECG en una materia estrechamente ligada a la soberanía (presupues-

No es momento de volver en detalle sobre este peculiar tratado⁷⁷ y del resto de instrumentos jurídicos que se han ido entretejiendo *intra* y *extra* muros de los tratados constitutivos. Pero no puede pasar desapercibida la *reinterpretación* que se está haciendo de los tratados constitutivos. Los Estados miembros han asumido el papel protagonista a la hora de marcar el rumbo del proceso de integración en este momento crítico⁷⁸. En eso precisamente consiste la soberanía y, por ende, la consideración de los Estados miembros como «señores de los tratados». Este ambiguo concepto no sólo sirve, como tradicionalmente hemos venido entendiendo, para fijar por los Tribunales Constitucionales posibles límites a una (hipotética) actuación *ultra vires* de la Unión. Que también. Alude, en su esencia, al poder difuso en manos de los Estados en los momentos de crisis de la Unión. En situaciones de crisis, de verdadera crisis, es cuando se visualiza de manera más evidente el papel de esos Estados, que después retornan a su posición institucional ordinaria cuando el sistema vuelve a funcionar con «normalidad». Lo propio ocurre cuando se plantean cuestiones límites como la retirada o la expulsión o incluso la propia posibilidad de extinguir la Unión pese a lo previsto en el artículo 53 TUE.

El verdadero problema de fondo, a la postre, no es tanto que los Estados asuman un papel protagonista en detrimento de las instituciones de la Unión (o incluso en contra de las mismas y de la propia letra de los tratados constitutivos), sino sobre todo el que, en realidad, ese papel lo asuman sólo *algunos* Estados⁷⁹.

taria) de los Estados; coloca al Tribunal de Justicia en una posición de control judicial *ad hoc* que reduce su jurisdicción a los términos estrictamente oportunos para lograr el fin perseguido; y moldea el papel de la Comisión a la medida de los Estados.

⁷⁷ Ya lo hicimos en estas mismas páginas en su momento con la contribución «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2012, núm. 42, págs. 397-431.

⁷⁸ Ciertamente, se ha percibido con fuerza la actuación de algunas instituciones de la Unión (Consejo Europeo, Consejo e incluso Banco Central Europeo), pero se ha relegado a un segundo plano el papel constitucional de las instituciones de la Unión que peor se ajustan al proceso de decisorio decidido por esos Estados para la concreta materia regulada, empezando por el Parlamento Europeo. Mención especial (y particularmente acorde con lo aquí expresado) merece el *Eurogrupo* cuyo papel durante la crisis ha sido tan activo como controvertida su naturaleza jurídica.

⁷⁹ No es momento de adentrarnos en el sentido y alcance del artículo 135 de nuestra Constitución. Pero quedan pocas dudas sobre los motivos últimos que condujeron a aquella precipitada reforma constitucional. Para percatarse de ello, basta releer la previsión del TECG —de formulación más matizada de lo inicialmente previsto por sus impulsores— que, al regular la exigencia de incorporar al Derecho nacional de las Partes las previsiones presupuestarias, prevé que se haga «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, *preferentemente* de rango constitucional» (art. 3.2). *Cursiva añadida.*

Ello termina por crear fricciones graves en el seno de la Unión que no tendrán después fácil superación. Además de una obvia relativización del capital principio de igualdad soberana de todos los Estados miembros en la cuestión clave de determinar el devenir del proceso de integración en temas nucleares —para la Unión, para los Estados y, sobre todo, para los ciudadanos de según qué Estados—, acaso resulte también el más pernicioso efecto que la crisis deje tras de sí en el proceso de integración europea. Los Estados miembros son «dueños de los tratados» y eso ya lo teníamos bien claro y asumido. Pero durante esta crisis ha quedado bien patente que unos Estados lo son más que otros⁸⁰. Y eso resulta una constatación no muy gratificante. Al menos para Estados como el nuestro.

Con todo, dada la sede de este trabajo, probablemente sea más útil en un estudio de aspiraciones jurídicas abandonar esta senda, jalonada de inevitables consideraciones políticas, económicas y sociales, para concentrarnos en los elementos concretos de los tratados constitutivos que apuntalan y dan cobertura a esa favorable posición actual de los Estados dentro de la Unión. No en vano una de las consecuencias más evidentes del Tratado de Lisboa fue la introducción en los tratados constitutivos de elementos que reforzaban la posición de los Estados miembros de manera sustancial. Así, convendrá diferenciar, como ya anunciamos en la introducción, entre principios (IV), instituciones (V) y competencias (VI).

IV. PRINCIPIOS PARA LA GARANTÍA DEL PAPEL DE LOS ESTADOS: TENSIONES ENTRE DOS RELATOS CONTRAPUESTOS

1. LOS PRINCIPIOS PARA LA GARANTÍA DEL PAPEL DE LOS ESTADOS: EXISTENCIA DE DOS RELATOS JURISPRUDENCIALES DIFERENTES

En el ámbito de los principios, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, resulta forzoso referirnos al marco constitucional que conforma el capital artículo 4 TUE. Su apartado primero, reserva a los Estados las competencias no atribuidas expresamente a la Unión. Su apartado segundo recoge básicamente la exigencia de que la Unión respete «la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional» e igualmente «las funciones

⁸⁰ Si se nos permite la licencia, «*die Staaten sind Herren der Verträge, aber Deutschland mehr als die anderen*».

esenciales del Estado»⁸¹. Y, finalmente, el apartado tercero asume el principio de cooperación leal. Es decir, este precepto regula de manera explícita cinco principios fundamentales, a saber, el principio de atribución expresa de competencias, el principio de identidad nacional, el principio de igualdad soberana de los Estados miembros, la exigencia de respeto de las funciones fundamentales del Estado y el principio de cooperación leal.

Se trata, por tanto, de los principios esenciales para articular las relaciones entre los Estados y la Unión, si bien son de naturaleza dispar. Algunos son de evidente inspiración federal. Es, en primer término, el caso de la exigencia de cooperación leal (la *Bundestreue* alemana), al que ya nos hemos referido anteriormente⁸². Pero, en cierta medida también lo es la reserva competencial a favor de los Estados del apartado primero, ya que opera como una suerte de cláusula residual típica de los sistemas federales que es, a la vez, el reverso del principio internacional típico de atribución expresa de competencias previsto en el artículo 5.1 TUE. Otros, sin embargo, son principios incluidos en los tratados para preservar la posición de los Estados dentro del proceso de integración y serán los que ahora centrarán nuestra atención. Se trata básicamente de los principios de identidad nacional, igualdad soberana y autonomía institucional. Constituyen la clave de bóveda sobre la que se asienta la posición de los Estados dentro de la Unión y vienen a apuntalar claramente la posición de aquéllos. Como ha afirmado Pedro CRUZ VILLALÓN, «es el artículo por excelencia de los Estados miembros» y encarna una «garantía de estatalidad» en la que la soberanía «no está proclamada, pero se sobreentiende»⁸³.

Ahora bien, antes de entrar en consideraciones propias de cada uno de esos tres principios, conviene constatar la evidente tensión existente entre ellos y los correlativos principios de inspiración federal que operan a modo de contrapeso como una «garantía de integración» a favor de la Unión. No es, pues, de extrañar que la interpretación que se ha hecho de estos principios por el Tribunal de Justicia y por los Tribunales Constitucionales difiera

⁸¹ Con razón se ha dicho que el artículo 4.2 opera como nexo de conexión entre estatalidad y supranacionalidad, entre soberanía y homogeneidad. Véase, por todos, ROLF GRAWERT, «Homogenität, Souveranität. Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik», *Der Staat* 2012, núm. 51, págs. 189-213, especialmente págs. 196-198.

⁸² *Vid. supra*, III.3.

⁸³ Pedro CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2013, núm. 17, págs. 501-514, en págs. 504 y 505.

notablemente, hasta el punto que doctrina bien reconocida ha hablado de la existencia de dos relatos diferentes⁸⁴.

Los Tribunales Constitucionales, con el alemán a la vanguardia⁸⁵, se han preocupado de ir perfilando en su jurisprudencia el concreto papel que corresponde a los Estados en la Unión sobre la base de los tres principios que conforman esa garantía de estatalidad (en especial, del de identidad nacional), lo que en el fondo les ha llevado a considerar la naturaleza última de la Unión como un ente político fundado en los Estados, lo que el Tribunal Constitucional alemán ha dado en denominar, con una expresión no fácilmente traducible a nuestro idioma, «asociación de Estados» (*Staatenverbund*). De esta manera, la tarea fundamental de los Tribunales Constitucionales ha sido la de trazar los límites a la atribución de competencias a la Unión. En el caso alemán, la doctrina del Tribunal Constitucional Federal encuentra un atractivo apoyo para ello en la llamada cláusula de la eternidad (*Ewigkeitsgarantie*) recogida a la sazón en el artículo 79.3 de su Ley Fundamental y que, dentro del ordenamiento constitucional alemán, conforma la llamada «identidad constitucional» (*Identität der Verfassung*), o sea, los principios democrático y social, de dignidad humana y estructura federal interna. Esta posición del Tribunal Constitucional alemán se traduce básicamente en el amago que hizo en la controvertida sentencia sobre el Tratado de Lisboa⁸⁶ y la autolimitación posteriormente en el asunto *Honeywell*, donde el Alto Tribunal se compromete a no pronunciarse sobre una eventual actuación *ultra vires* de la Unión sin antes plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial⁸⁷; como, por cierto, ha hecho recientemente en un importante asunto pendiente de sentencia por parte del TJUE⁸⁸. Podría decirse que, sin salirse de su papel de ga-

⁸⁴ *Ib.*

⁸⁵ Al tratar el papel de los Tribunales Constitucionales en un trabajo anterior, consideramos que el Tribunal Constitucional alemán ha asumido siempre el papel de «galán» nunca dispuesto a perder protagonismo en la original obra del diálogo judicial europeo, que se ve acompañado por otros actores de reparto dispuestos unos a asumir el papel de «villano» (los tribunales constitucionales polaco y sobre todo checo) y otros «en busca de su papel».

⁸⁶ Sentencia de 30 de junio de 2009. Para su comentario nos remitimos al trabajo ya citado, *ut supra*, nota 60 *in fine*.

⁸⁷ Sentencia de 6 de julio de 2010.

⁸⁸ El Tribunal Constitucional Federal alemán ha planteado su primera cuestión prejudicial en 2014 a propósito de los límites competenciales del Banco Central Europeo a la hora de hacer frente situaciones excepcionales como las vividas en el verano de 2012; en concreto, para plantear dos preguntas a propósito del programa *Outright Monetary Transactions* del Banco Central Europeo. En primer término, plantea si en vez de una medida de política monetaria el programa OMT no sería más bien una medida de política

rante de la «estatalidad alemana», trata de no perder el equilibrio que el propio TUE atribuye en sus artículos 4 y 5 a los principios estatales y a los principios comunitarios. Como recientemente ha afirmado con razón Christian CALLIES, lo que *Solange II* significó respecto a *Solange I* lo significa ahora *Honeywell* respecto a la sentencia sobre el Tratado de Lisboa⁸⁹. Coincidimos con él en que la postura sostenida por el Tribunal Constitucional alemán en *Honeywell* corrige el rumbo de la problemática sentencia sobre el Tratado de Lisboa y resulta precisamente acorde con los postulados derivados del artículo 4.2 TUE. Ahora sólo cabe esperar que ese mismo Tribunal Constitucional también acoja de manera cooperativa la sentencia que el Tribunal de Justicia pronuncie en los próximos meses a propósito de la cuestión prejudicial planteada por aquél a propósito del OMT y que, esperemos, sea más razonable que el reciente pronunciamiento a propósito del Dictamen 2/2013.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional parece haberse situado, con la Declaración 1/2004 y con su controvertida cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*⁹⁰, en una posición bastante semejante a la alemana y, al final, respetuosa con el Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia⁹¹. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de otros Tribunales Constitucionales (como el polaco o, sobre todo, el checo⁹²) que parecen coger el testigo del

económica que monetaria y, por tanto, quedaría fuera del mandato del Banco Central Europeo. En segundo lugar, se plantea también si la referida medida respeta la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros recogidas en el TFUE. Recientemente se han pronunciado las sugestivas Conclusiones Generales del Abogado General Cruz Villalón, de 14 de enero de 2015, en las que la compatibilidad de las medidas con los tratados constitutivos se hace depender del cumplimiento de determinadas condiciones; asunto C-62/14, *Peter Gauweiler y otros/Deutscher Bundestag*.

⁸⁹ Christian CALLIES, «Die europäische Ultra-Vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts — Stumpfes Schwert oder Gefahr für die Autorität des Unionsrechts», en Christian CALLIES (ed.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Liber amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, págs. 422-449.

⁹⁰ Véase Cristina IZQUIERDO SANZ, C.: «Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013», *La Ley Unión Europea* 2013, núm. 4, págs. 3-10.

⁹¹ Véase Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada de los derechos fundamentales*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

⁹² Jiri ZEMÁNEK, «The two Lisbon judgments of the Czech constitutional court», en José María BENEYTO e Ingolf PERNICE (coords.), *Europe's constitutional challenges in the light of the recent case law of national constitutional courts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, págs. 45-63.

Tribunal Constitucional alemán para avanzar por tortuosos confines a los que aquél nunca ha osado acercarse y romper de manera burda el ya aludido equilibrio entre elementos estatales y comunitarios derivado del artículo 4 TUE.

Merece, pues, la pena que nos detengamos brevemente en el tratamiento de los tres principios del artículo 4.2 TUE que operan a favor de los Estados, a saber, el de identidad nacional (2), a partir de cuyo tratamiento haremos unos muy breves comentarios sobre los de igualdad soberana (3) y autonomía institucional (4).

2. EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD NACIONAL: LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DE SU ALCANCE

El principio de identidad nacional no es, en realidad, novedad del Tratado de Lisboa⁹³. Pero sí se inserta en Lisboa en el precepto que regula los principios básicos de la Unión y se precisa de manera más ordenada los elementos básicos del mismo⁹⁴, a la vez que también lo asume como propio la Carta de Derechos Fundamentales dentro de su preámbulo⁹⁵. Este principio conlleva en sí mismo una cierta dosis retórica en el plano político, si bien tiene también un contenido jurídico propio⁹⁶. Cobra, así, particular (y problemática) relevancia como límite negativo a la actuación de la Unión en el ámbito de sus competencias, esto es, cuando dicho ejercicio competencial comunitario sea susceptible de afectar a la identidad nacional de los Estados miembros.

Para algunos autores se trata de un cláusula defensiva que da prueba de una cierta «ansiedad» de los Estados miembros por preservar el Estado nación de cara a los avances políticos del proceso de integración europea⁹⁷.

⁹³ Fue el Tratado de Maastricht el que introdujo este principio en el Derecho originario de la Unión ubicándolo en el entonces artículo 6.3 TUE con una formulación lacónica («La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros»).

⁹⁴ Cfr. artículo I-5 del fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

⁹⁵ En concreto, el preámbulo alude en su apartado tercero al «principio de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local».

⁹⁶ Bruno DE WITTE, «The rhetorical use of European and national identity in the political and legal discourse of the European Union», en COTTIER, T./LIECHTLI-MCKEE (eds.), *Die Schweiz und Europa*, vdf-Hochschulverlag, Zürich, 2010, págs. 51 y ss.

⁹⁷ Se afirmó, por ejemplo, que esta cláusula da fe «d'anxiété des parties contractantes et de leur volonté de préserver l'État-Nation face aux avancées du processus d'intégration

Otros autores lo han visto como «un paramètre de bonne gouvernance»⁹⁸. Nos encontramos, en todo caso, ante un principio que en su esencia es de naturaleza política y tiene una sustancia netamente constitucional que se plasma en el concepto de «identidad constitucional» y que inevitablemente plantea una cierta confrontación entre la identidad constitucional de la Unión y las identidades constitucionales nacionales de los Estados miembros⁹⁹. En todo caso, con independencia de cómo se plasme su concreción específica en cada ordenamiento estatal, parece que este principio reconoce a los Estados un cierto grado de libertad para determinar qué ha de entenderse por elementos integrantes de esa «identidad constitucional».

Pero esto no quiere decir en modo alguno que la concreción del principio de identidad nacional quede de manera absoluta en manos de los Estados. Ciertamente les corresponde a ellos (a cada uno de ellos) concretar la opción de estructura política y constitucional que estime pertinente (forma de Estado, organización territorial, articulación de las competencias típicamente regalías, etc.), así como adoptar las medidas necesarias para mantener la integridad territorial y garantizar la defensa de la seguridad interna y externa. Es igualmente evidente que valores esenciales de esa identidad son la historia, la cultura, la religión, la lengua (o lenguas) y el sistema jurídico de cada Estado¹⁰⁰. Pero existen, a la vez, límites que derivan del propio Derecho de la Unión, como serían, por encima de todos, el mantenimiento de un régimen democrático, el respeto del Estado de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales en los términos fijados por la Carta y el CEDH (art. 6 TUE). Tales límites fundamentales se concretan en los requisitos fijados por el artículo 49 TUE para poder devenir Estado miembro de la Unión, que igualmente remite a la exigen-

européenne»; Marie-Claire PONTTHOREAU, «Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales», *Diritto Pubblico Comparato Europeo* 2007, págs. 1576-1588.

⁹⁸ Sebastien PLATON, «Le respect de l'identité nationale des États membres: frein ou recomposition de la gouvernance?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012, núm. 556, págs. 150-158, en p. 158.

⁹⁹ Véase Vlad CONSTANTINESCO, «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?», en Jean-Claude MASCLET (ed.), *L'Union Européenne: Union de droit, Union des droits — Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Pedone, París, 2010, págs. 79-94.

¹⁰⁰ Véase, en esta línea Eckart PACHE, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?», *Deutsches Verwaltungsblatt* 2002, págs. 1154-1167, especialmente en p. 1156-1157.

cia de respetar los valores previstos en el artículo 2 TUE¹⁰¹. Precisamente, por ello, los tratados constitutivos han puesto en manos de la Unión un mecanismo para la posible suspensión de la pertenencia a la Unión en caso de riesgo de violación por un Estado ya miembro de la Unión de los valores fundamentales de la Unión (dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos), enunciados en el artículo 2 del TUE (art. 7 TUE), como vía para seguir manteniendo la exigencia de cumplimiento de los requisitos de pertenencia a la Unión una vez que se forma ya parte de la misma.

Por otro lado, el principio de identidad nacional en modo alguno puede ser interpretado como una vía para eludir la obligación de cumplimiento del Derecho de la Unión, especialmente en lo concerniente a la determinación del alcance de las excepciones permitidas a los Estados en el marco de las libertades fundamentales (arts. 36, 45.3, 52.1, 65.1 b) TFUE). Su alcance, como la de cualquier otra excepción prevista en los tratados, es cometido del Tribunal de Justicia y no de los Estados; y como no podía ser de otra forma, el Alto Tribunal de la Unión ha terminado por hacerse eco en su jurisprudencia de este principio¹⁰². En primer término, fueron los Abogados Generales —con MADURO a la cabeza en el asunto *Eurojust*¹⁰³— quienes se refieren a este principio en contextos diferentes¹⁰⁴, si bien finalmente también el TJUE lo ha incorporado a su jurisprudencia. Y lo ha hecho fundamentalmente como un medio de justificar una excepción a las libertades fundamentales del mercado

¹⁰¹ Permítasenos recordar la vital importancia que cobra el principio de Estado de Derecho en la Unión. De él derivan otros principios como el de legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, revisión judicial efectiva, respeto de los derechos fundamentales, etc. Cfr. COM (2014) 158 final, de 11 de marzo de 2014. Sobre sus actuales deficiencias véase Armin von BOGDANDY y Michael IOANNIDIS: «Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, what has been done, what can be done», *Common Market Law Review* 2014, vol. 51, págs. 59-96.

¹⁰² El Tribunal de Justicia ya había dejado claro que «un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, ni siquiera las que derivan de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos». Por ejemplo, sentencia de 11 de octubre de 2001, *Comisión c. Austria*, (C-110/00, *Rec. p.* I-7545).

¹⁰³ Conclusiones generales de 16 de diciembre de 2004, *España c. Eurojust* (C-160/03, *Rec.*, p. I-2077); conclusiones generales de 7 de septiembre de 2006, *Morrosu y Sardino* (C-53/04, *Rec.*, p. I-7213); conclusiones generales de 8 de octubre de 2008, *Michaniki* (C-213/07, *Rec.*, p. I-9999).

¹⁰⁴ Abogada General KOKOTT, conclusiones generales de 8 de mayo de 2008, *UGT-Rioja* (C-428/06 a 434/06, *Rec.*, p. I-6747).

interior, siendo sentencias particularmente señaladas las recaídas en conocidos asuntos como *Schmidberger*¹⁰⁵, *Omega*¹⁰⁶, *Gibraltar*¹⁰⁷ o, más claramente aún tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en los asuntos *Sayn-Wittgenstein*¹⁰⁸ y *Runevi-Vardyn*¹⁰⁹.

Con todo, la cuestión del alcance del principio de identidad nacional está aún muy lejos de poder considerarse cerrada. Al margen de la interpretación jurisprudencial y de las tensiones entre Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE, al hilo de la actual crisis económica en algunos Estados de la Unión se ha planteado, por ejemplo, la posibilidad de los Estados de fijar límites en situaciones extremas de crisis económica a las exigencias de reformas estructurales impuestas por la Unión como condición para mantener o renovar las condiciones del «rescate» negociados básicamente dentro del *Eurogrupo*¹¹⁰. Es un tema que no es en modo alguno baladí y no podemos sino dejar abierto en este momento. No parece, sin embargo, muy apropiado para una contestación vía judicial.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS: PERO CON UNOS ESTADOS MÁS IGUALES QUE OTROS

Con ser sobresaliente el principio de identidad nacional, no puede dejarse de considerar también el principio de igualdad soberana de los Estados, que se introdujo en Lisboa en los tratados constitutivos como herencia de la

¹⁰⁵ Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, (C-112/00, *Rec.*, p. I-5659).

¹⁰⁶ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH* (C-36/02, *Rec.*, p. I-9609).

¹⁰⁷ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido* (C-145/04, *Rec.*, p. I-7917).

¹⁰⁸ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09, *Rec.*, p. I-3693), apdo. 83 (incluye la fórmula republicana en el contenido de este principio).

¹⁰⁹ Sentencia de 12 de mayo de 2011, *Ruvenic-Vardyn* (C-391/09, *Rec.*, p. I-3787), apdo 86 (considera que la protección de la lengua oficial de un Estado entra dentro del principio de identidad nacional).

¹¹⁰ El nuevo gobierno griego salido de las elecciones legislativas celebradas en Grecia en enero de 2015 está viviendo en la actualidad de forma clara la tensión existente entre la voluntad de la Unión de exigir reformas estructurales internas para renovar los créditos comprometidos en el marco de las medidas de rescate (concretada en las exigencias fijadas por el *Eurogrupo*) y la paralela resistencia de Grecia a aceptar condiciones que, a juicio de ese gobierno, pueden afectar a elementos fundamentales del Estado.

llamada «*cláusula Christophersen*» de la Convención¹¹¹. Es, en realidad, un principio clásico proveniente del Derecho Internacional y ligado al concepto tradicional de soberanía, en virtud del cual todos los Estados miembros disponen de idénticos derechos y obligaciones¹¹². Su destinatario es la Unión y sus instituciones. Sobre su base, el Tribunal de Justicia ha dejado claro, por ejemplo, que los nuevos Estados miembros han de ser tratados en pie de plena igualdad respecto a los antiguos Estados de la Unión¹¹³. También es manifestación evidente de este principio la exigencia de aplicación del Derecho de la Unión sin discriminación entre Estados.

No obstante, parece claro que su correcta interpretación exige su puesta en conexión con los principios propios de la Unión. No cabe, obviamente, una interpretación maximalista, sino que, como indica su propia formulación en el artículo 4.2 TUE, la igualdad soberana de los Estados lo es frente a los tratados constitutivos. Y estos recogen múltiples reglas que matizan el efecto de este principio, entre las que la regla de la adopción de decisiones en el Consejo por mayoría cualificada (art. 16.3 TUE), la posibilidad de existencia de una Comisión en la que no exista un comisario por cada Estado (art. 17.5 TUE) o la determinación del número de miembros del Parlamento Europeo según tamaño y peso de los Estados (art. 14.2 TUE) son probablemente las más sobresalientes. Pero existen otras muchas, como por ejemplo la posibilidad selectiva de la Comisión a la hora de decidir la interposición (o no) de un recurso por incumplimiento contra un Estado¹¹⁴ o la existencia en los propios tratados constitutivos de regímenes especiales para determinados Estados en materias como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Reino Unido y Polonia) o el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca).

Por el contrario, la exigencia de ratificación por todos los Estados miembros de cualquier reforma de los tratados (art. 48.4 TUE), sea para avanzar o sea para retroceder¹¹⁵, es manifestación evidente de la igualdad soberana de

¹¹¹ Véase CONV 375/2, págs. 10-11; CONV 251/02, p. 3.

¹¹² No obstante, es también un principio típico de los sistemas federales (*Gleichheit der Länder*) que ha encontrado amplia acogida jurisprudencial; ej. BVerfGE 72, 330 (404).

¹¹³ Sentencia de 26 de junio de 2012, *Polonia c. Comisión* (C-366/09P, Rec. p. I).

¹¹⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Comisión c. Finlandia* (C-118/07, Rec. p. I-10889), apdo. 48.

¹¹⁵ A este respecto no puede pasar desapercibido que el artículo 48 TUE al regular en su segundo apartado el procedimiento de revisión ordinario específica, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que los proyectos de revisión de los tratados «podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los tratados; subrayado añadido.

los Estados. Como también lo es la exigencia de respetar la identidad nacional de *todos* los Estados, en el sentido ya visto anteriormente.

Ahora bien, el problema fundamental que ha sacado a la luz esta crisis económica y financiera es que en determinadas cuestiones, no todos los Estados parecen iguales. Al margen de la letra de los tratados constitutivos en cuestiones básicas de la gobernanza económica y monetaria, está emergiendo una nueva división entre Estados acreedores y Estados deudores que puede poner en solfa aspectos elementales de este principio y, de paso, del propio proceso de integración.

4. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL: EXISTENCIA DE LÍMITES COMUNITARIOS A LA POTESTAD ESTATAL DE AUTOORGANIZACIÓN INTERNA

Finalmente, otro importante principio derivado de los dos anteriores (especialmente del identidad nacional) es el llamado principio de autonomía institucional, que viene a significar que los Estados miembros conservan plenamente su potestad para organizarse internamente como estimen pertinente. Así, elegir entre monarquía y república, entre centralización y descentralización territorial o entre régimen democrático presidencialista o parlamentario resulta indiferente a la Unión. Son decisiones en manos de los Estados y la única condición exigida es que ese Estado garantice el cumplimiento del Derecho de la Unión¹¹⁶. Es decir, el reverso del principio de autonomía institucional radica en que los Estados no pueden invocar las concretas opciones de organización interna para intentar justificar eventuales incumplimientos del Derecho de la Unión¹¹⁷.

Sin embargo, en la práctica no siempre es tarea sencilla delimitar con nitidez los postulados de este principio a favor de los Estados y la correlativa exigencia de cumplimiento del Derecho de la Unión. De hecho, en nuestra opinión, este principio tiende a operar en la práctica más a favor de la Unión que de los Estados. Existen no pocos ámbitos concretos en los que la Unión se inmiscuye clara-

¹¹⁶ Desde hace décadas el TJUE ha dejado claro que «la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado»; Sentencia de 13 de mayo de 1971, *International Fruit Company* (41 a 44/70, *Rec.*, p. 411).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo* (103/88, *Rec.*, p. 1839).

mente en cuestiones propias de la autonomía institucional de los Estados con la intención de garantizar la adecuada aplicación del Derecho de la Unión. De entrada, con carácter general, existe lo que podríamos denominar «instrumentalización de los órganos estatales» para garantizar la adecuada aplicación del Derecho de la Unión. En este sentido, la Comisión está revestida de conocidas competencias de ejecución, pero, por mor del artículo 291 TFUE, lo son únicamente de carácter subsidiario, correspondiendo a las administraciones nacionales un papel protagonista, que obviamente organizan libremente conforme al principio de autonomía institucional. Por otro lado, con carácter particular, no son infrecuentes las normas de Derecho derivado (normalmente directivas) que incluyen normas precisas que regulan aspectos concretos del funcionamiento y organización de esas administraciones públicas nacionales, especialmente en el ámbito del mercado interior. Sin duda, la controvertida Directiva de servicios es el ejemplo paradigmático, ya que impone obligaciones procedimentales (simplificación de procedimientos, transparencia, accesibilidad) que inciden indirectamente en la organización interna de la administración (ventanilla única)¹¹⁸. Pero ejemplos semejantes pueden encontrarse también en otros muchos campos ajenos al mercado interior. Destacan entre ellos el de la cohesión económica y social¹¹⁹, la energía¹²⁰ o el transporte¹²¹.

¹¹⁸ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (*DO* L 376, de 27 de diciembre de 2006, especialmente arts. 6 y ss).

¹¹⁹ Los reglamentos que regulan los fondos europeos prevén exigencias concretas para los planes operativos y la designación de autoridades nacionales de gestión que tienen que cumplir determinados requisitos entre los que también se incluyen caracteres organizativos reclamados a esas autoridades nacionales; Reglamento (UE) 1303/2013, del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca; *DOUE* L 347, de 20 de diciembre de 2013. Basta la lectura rápida de sus 130 (densos) apartados de la exposición de motivos para constatar hasta qué punto su pormenorizada regulación condiciona la organización de, por ejemplo, las autoridades de gestión y de certificación de los Estados.

¹²⁰ En efecto, la Unión se ha inmiscuido claramente en aspectos como estatuto exigido a las autoridades nacionales de regulación de la energía; Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (*DO* L 211, de 14 de agosto de 2009). Su artículo 35 establece, por ejemplo, requisitos muy precisos que han de cumplir las autoridades reguladoras nacionales, que incluyen aspectos probablemente acordes con el objetivo de

V. INSTITUCIONES EN DERIVA INTERGUBERNAMENTAL: OTRA VÍA PARA EL REFUERZO DEL PODER DE LOS ESTADOS

No cabe duda de que, en el ámbito institucional, el Tratado de Lisboa supuso un *giro intergubernamental* como probablemente no lo había sido ninguna de las anteriores reformas de los tratados constitutivos. Es cierto que, a partir del Tratado de Maastricht¹²² y más claramente aún desde el de Niza¹²³, ya se había constatado la existencia de elementos que traslucían la voluntad de los Estados miembros de estar más presentes en la estructura de funcionamiento de la Unión, pero el Tratado de Lisboa acentuó esa tendencia de manera mucho más visible. La reforma de Lisboa, como afirmamos en su momento, dio pie para sostener una clara *deriva intergubernamental*¹²⁴. Y ciertamente no fuimos muy originales, ya que prácticamente toda la doctrina al unísono valoró las reformas institucionales introducidas por Lisboa con calificativos bien significativos, al estilo de «la alargada sombra de los Estados»¹²⁵, «el escoramiento

la misma (independencia de la autoridad) y otros que acaso vayan un paso más allá de estrictamente necesario en términos de subsidiariedad (duración de cinco años del mandato de los miembros de la consejo de la autoridad reguladora nacional, criterios de rotación, etc.).

Cabe citar también la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado de la electricidad (DO L 176, de 15 de julio de 2003). Sus artículos 3 a 5 establecen normas muy concretas de organización del sector que limitan claramente la autonomía institucional de los Estados. Incluye otras disposiciones que también lo hacen de manera indirecta, por ejemplo a fijar la designación y funciones de los gestores de redes (art. 9) o de los gestores de distribución (art. 13).

¹²¹ En este ámbito, puede citarse, por ejemplo, la exigencia de creación de una autoridad administrativa nacional responsable de la seguridad ferroviaria. Véase la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre seguridad de los ferrocarriles comunitarios (DO L 220, de 21 de junio de 2004), arts. 16 a 18. Regula, además, aspectos como las exigencias de los sistemas de gestión de la seguridad (art. 9), los certificados de seguridad (art. 10) o la autorización de seguridad de los administradores de la infraestructura (art. 11).

¹²² Vid. Jean Denis MOUTON, *loc. cit.* («L'État membre...»), nota 9, págs. 204 *in fine*-205.

¹²³ Cfr., por ejemplo, Frédéric BERROD, M. PIETRI, «Nice ou la victoire des États membres», *Europe (Juris-Classeur)* 2001, núm. 1, p. 3.

¹²⁴ «Estudio preliminar» en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, Mariola URREA CORRES, *El Tratado de Lisboa*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹²⁵ Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados», *Revista de Derecho de la Unión Europea* 2010, núm. 18, págs. 55-73.

intergubernamental de la Unión»¹²⁶ o «la consolidación definitiva del *establishment* de los Estados»¹²⁷. Al final, como bien resumió Amparo ALCOCEBA GALLEGO, la conclusión era simple, se optó por más Estado y menos Europa¹²⁸.

En concreto y sin el menor ánimo exhaustivo, puede constatarse algunas manifestaciones claras de ello en la esfera del Consejo Europeo y del Consejo. Por lo que respecta al primero, su conversión formal en institución tiene una significación simbólica que en la letra de los tratados constitutivos se tradujo en una consolidación de su función básica de dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definir sus orientaciones y prioridades políticas generales (art. 15.1 TUE), pero también en un cierto incremento de sus competencias en aspectos concretos¹²⁹. Esa dimensión intergubernamental se vio igualmente reforzada a través de las presidencias estables de esta institución, cuyo funcionamiento en ocasiones ha puesto a la sombra —si no desplazado— a la presidencia de la Comisión. No parece, por otra parte, necesario detenerse en considerar que la práctica de los últimos años ha traducido sobradamente ese poder de la letra de los tratados a la realidad institucional y política diaria de la Unión. Así, durante los últimos años, en

¹²⁶ Araceli MANGAS MARTÍN, «El escoramiento intergubernamental de la Unión», en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord), *El Tratado de Lisboa — La salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, págs. 227-239.

¹²⁷ Santiago PETSCHEN VERDAGUER, «El Tratado de Lisboa: la consolidación definitiva del *establishment* de los Estados», en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), nota 126, págs. 599-626.

¹²⁸ Amparo ALCOCEBA GALLEGO, «El Tratado de Lisboa: ¿menos Europa, más Estado?», en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord), *op. cit.* (*El Tratado de Lisboa...*), nota 126, págs. 87-98.

¹²⁹ Algunas de éstas lo son de carácter general, como la relativa a la adopción de decisiones en el marco de la acción exterior de la Unión Europea sobre intereses y objetivos estratégicos de la Unión (art. 22 TUE). Otras tienen, por el contrario, carácter más particular como sería por ejemplo la de adoptar la decisión para crear la Fiscalía Europea (art. 86 TFUE). Pero el Consejo Europeo asume por encima de todo competencia para decidir sobre cuestiones institucionales del mayor rango político. Buen ejemplo de ellas son la fijación de la composición del Parlamento Europeo (art. 14.2 TUE), el establecimiento de las formaciones y presidencias del Consejo diferentes de los de Asuntos Generales y Asuntos Exteriores (art. 236 TFUE), la determinación de la futura composición de la Comisión (arts 17.5 TUE y. 244 TFUE), la propuesta al Parlamento Europeo del candidato al cargo de presidente de la Comisión (art. 17.7 TUE), el nombramiento del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 18.1 TUE) o el otorgamiento de instrucciones para negociar la retirada de la Unión solicitada por un Estado miembro (art. 50.2 TUE).

el marco de la crisis de la deuda pública, el Consejo Europeo se ha erigido en la institución encargada de conducir la gobernanza económica de la Unión, lo cual se ha hecho, lógicamente, en detrimento claro del papel de la Comisión (especialmente en la iniciativa legislativa) y también de los Parlamentos (del Parlamento Europeo de manera clara pero indirectamente también de los parlamentos nacionales)¹³⁰.

Por lo que concierne al Consejo, el Tratado de Lisboa mantuvo su concepción, composición y funciones, a la par que aumentó considerablemente los sujestos de decisión por mayoría cualificada en detrimento de la unanimidad en el marco de colegislación con el Parlamento Europeo. Pero, a nuestro juicio, los dos elementos que han reforzado la intergubernamentalidad y el peso de los Estados en la esfera del Consejo se refieren a la nueva figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y a los poderes del *Eurogrupo*. El primero, como ya consideramos desde el primer momento, más que un refuerzo de la Comisión en su dimensión de vicepresidente de la misma ha sido una suerte de «submarino del Consejo» dentro de la Comisión. Y el segundo, además del refuerzo intergubernamental que supuso la presidencia estable del mismo, se ha erigido en un protagonista de primer orden en la fijación de las políticas ligadas a la Unión Económica y Monetaria.

Por otro lado, el refuerzo de la esfera del Consejo Europeo y del Consejo se ha visto acompañada en el Tratado de Lisboa y en la práctica posterior al mismo por un evidente debilitamiento del papel de la Comisión, como institución depositaria del interés supranacional. A la cuñas introducidas por el Consejo Europeo y por el Consejo a través de la Presidencia de aquél y de la figura del Alto Representante, a la no plena recuperación de su monopolio de iniciativa legislativa en materia de cooperación policial y judicial penal y a las lógicas trabas derivadas del control político *ex ante* de la subsidiariedad, se añade el mantenimiento de un comisario por Estado a pesar de la posibilidad de reducción recogida en los tratados (art. 17.5 y 244 TFUE). Ello repercute en la efectividad de sus trabajos, pero también en el mantenimiento indirecto de un relevante elemento de sustancia intergubernamental dentro de la institución más netamente supranacional. Incluso las tensiones vividas tras las elecciones al Parlamento Europeo en 2014 en relación con la interpretación del alcance del artículo 17.7 TUE por lo que respecta al papel del Con-

¹³⁰ Frédéric MICHÉA, «L'appropriation de la gouvernance économique par le Conseil Européen», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012, núm. 556, págs. 169-177.

sejo Europeo en la designación del presidente de la Comisión pusieron de manifiesto un cierto deseo del Consejo por controlar la presidencia de esta institución.

Por último, también debe llamarse la atención sobre la inserción de los parlamentos nacionales en el entramado institucional de la Unión, especialmente a través de los mecanismos de control de la subsidiariedad, pero no sólo¹³¹. Sin duda, ello contribuye a reforzar el elemento democrático y tendemos siempre a considerarlo como algo positivo. Pero entraña a la vez la inclusión de un elemento estatal en el sistema institucional de la Unión, dentro del cual ya existe un Parlamento Europeo con las competencias propias de cualquier parlamento al uso¹³².

VI. CARENCIAS DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN: A VUELTAS CON LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA

Antes de concluir estas consideraciones sobre los elementos estatales de la Unión, no puede dejarse de citar la existencia de un último aspecto en relación con el sistema de competencias de la Unión que también opera claramente como garantía de la estatalidad de los Estados miembros. Se trata de

¹³¹ En primer lugar, se prevé una participación de los parlamentos nacionales en la evaluación de las políticas de la Unión dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 70 TFUE), así como en la evaluación de las actividades de Eurojust (art. 85 TFUE) y el control político de Europol (art. 88 TFUE). En segundo lugar, los parlamentos nacionales se ven insertados también en los procedimientos de reforma de los tratados, tanto en la revisión ordinaria (art. 48.2 y 3 TUE) como en la revisión simplificada (art. 48.7 TUE). Y, en tercer lugar, se prevé también un mecanismo de cooperación interparlamentaria (arts 9 y 10 Protocolo sobre cometido de los parlamentos nacionales) que se plasma no sólo en la ya conocida Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión (COSAC), sino también en una cooperación con el Parlamento Europeo que ya se ha explorado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con algunas reuniones.

¹³² Véase la reciente e interesante contribución de Diane FROMAGE, «Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales después del Tratado de Lisboa y en un contexto de crisis: ¿un acercamiento de grado diverso según el ámbito?, en Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dirs.), *op. cit.* (*El Parlamento Europe...*), nota 34, págs. 223-249. Igualmente en esta misma obra Mariola URREA CORRES: «El Parlamento Europeo y la función de control político en una democracia supranacional y multinivel», en págs. 64-90.

la inexistencia de una «competencia sobre la competencia» (*Kompetenz-Kompetenz*) en manos de la Unión. Ello deriva, con carácter general de los postulados del ya citado artículo 48 TUE, pero también, de la interacción de los artículos 4 y 5 TUE. De esta forma, el artículo 4.1 TUE constituye una suerte de puente entre las importantes disposiciones de los artículos 4.2 y 5.1¹³³. Mientras el artículo 5.1 TUE recoge el conocido principio de atribución expresa de competencias, típico de las organizaciones internacionales y ya presente en los tratados constitutivos con anterioridad, el artículo 4.1 encarna un típico principio federal de nuevo cuño en el Derecho originario de la Unión en el que se establece una presunción a favor de las competencias de los Estados¹³⁴. Ello es, en el fondo, un reflejo más de la consideración de los Estados como «dueños de los tratados» y es, a la vez, base y complemento del ya tratado principio de identidad nacional. Y, en verdad, resulta del todo punto lógico en una Unión que sigue siendo una organización internacional aunque sean muchas las particularidades que nos permitan calificarla de (muy) *sui generis*.

Por lo demás, el mantenimiento de la unanimidad en la cláusula de imprevisión del artículo 352 TFUE, la fijación de las competencias exclusivas con carácter de *numerus clausus* en el catálogo del artículo 3.1 TFUE y la falta de atribución de competencias suficiente en ámbitos como el empleo o las políticas económicas en el artículo 2.3 TFUE siguen lastrando el adecuado funcionamiento de la Unión en ámbitos relevantes.

Con todo, en este apartado de carencias del sistema de competencias de la Unión probablemente el problema fundamental radique en la insuficiente atribución de competencias que hizo en Maastricht a la Unión Económica y Monetaria¹³⁵. Las resistencias de los Estados a completar la competencia exclusiva en materia monetaria (art. 3.1. c TFUE) con las necesarias competencias añadidas de política económica y fiscal¹³⁶ o de supervisión bancaria¹³⁷ se

¹³³ Sébastien PLATON, «Le respect de l'identité nationale des États Membres: frein ou recomposition de la gouvernance», *Revue de l'Union Européenne* 2012, vol. 556, págs. 150-158, en p. 152.

¹³⁴ Cfr., por ejemplo, los artículos 30 y 70 de la Ley Fundamental de Bonn. *Vid. supra*, II.3.

¹³⁵ Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «Las interminables reformas de la gobernanza de la zona euro», *Revista General de Derecho Europeo* 2012, núm. 27 (www.iustel.com).

¹³⁶ Cfr. Andreu OLESTI RAYO (coord.) *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, CEI, Barcelona, 2013.

¹³⁷ A propósito de la Unión Bancaria puede verse, por todos, Manuel LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La Unión Bancaria en la Unión Europea: un tortuoso camino para un gran

ha demostrado como una de las causas principales de la impotencia de la Unión para afrontar de manera efectiva la actual crisis económica y financiera¹³⁸. En este sentido, puede traerse a colación el informe—nada sospechoso por contrario a la posición de los Estados— presentado por el Presidente del Consejo Europeo van Rumpuy («Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria»)¹³⁹ en el que, para afrontar los desafíos a largo plazo de la UEM, propone una mayor integración de la misma fundada sobre cuatro pilares básicos, a saber, un marco financiero integrado, un marco presupuestario integrado, un marco de política económica integrado y una mayor legitimidad democrática y responsabilidad en la toma de decisiones en la UEM¹⁴⁰.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Cualquier conclusión que se quiera extraer en este momento a propósito de la Unión Europea ha de partir forzosamente del reconocimiento previo de la existencia de una profunda «crisis de identidad» que pone a prueba a la

avance», en Diego J. LIÑÁN NOGUERAS y Antonio SEGURA SERRANO (coords.), *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 186-211.

¹³⁸ Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «La Unión Europea ante la crisis económica y financiera», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2011, núm. 39, págs. 353-366; Francesc GRANELL TRÍAS, «La crisis y la reforma de la gobernanza de la zona euro», en Francisco ALDECOA LUZARRAGA, Carlos FERNÁNDEZ LIESA y Montserrat ABAD CASTELOS (dirs.), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 53-70. Igualmente Kaarlo TUORI y Klaus TUORI: *The Europe Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹³⁹ EUCO 120/12, de 26 de junio de 2012.

¹⁴⁰ Lógicamente, cada uno de esos pilares conlleva la necesidad de conseguir objetivos propios. Así, lograr un marco financiero integrado reclama una supervisión bancaria europea única y un marco común de garantía de depósitos y de resolución de crisis; el marco presupuestario integrado exige plantear la cuestión de la emisión de deuda pública como elemento del mismo o incluso la instauración de un pasivo soberano conjunto; el marco de política económica integrado reclama obviamente una mayor coordinación entre las políticas económicas de los Estados miembros de la UE; y el fortalecimiento de la legitimidad democrática y la responsabilidad pasa por la participación estrecha entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales. La *Revista de Derecho de la Unión Europea* dedica su último número doble (núms. 27 y 28) de 2014-2015 a esta cuestión, con ocho interesantes contribuciones sobre las peculiaridades de la crisis, la Unión Bancaria, la Unión fiscal o la supervisión europea.

Unión y hace aflorar con rotundidad las debilidades del espacio público europeo¹⁴¹. Además, la Unión padece en la actualidad serios problemas estructurales que, en lo que concierne a la UEM, son de diseño y reclaman reformas urgentes de la gobernanza en la zona euro. Y, dado que, al menos en el corto plazo, no parece posible una reforma en profundidad de los tratados constitutivos para *rediseñar* el sistema dotándolo definitivamente de los elementos fiscales, financieros y políticos que quedaron pendientes en Maastricht, no queda otro remedio que aceptar la *estrategia de parcheo*, dentro (vía MEDE) o fuera (vía TECG) de los tratados, como única opción viable para afrontar la actual situación excepcional. Pero, a la vista de la diversidad de intereses existente en el seno de la Unión entre sus Estados miembros, sin una cierta solidaridad interna, ausente en este momento, será imposible afrontar con éxito los graves problemas estructurales de la Unión. Es hora de volver los ojos sobre los fundamentos constitutivos de la Unión y reiterar con ahínco la exigencia de una «solidaridad de hecho» como inexcusable presupuesto previo del proceso de integración¹⁴². El problema es que la Unión a Veintiocho encarna una disparidad interna de intereses de toda índole entre sus heterogéneos Estados miembros que impide seguir utilizando mecánicamente esquemas conceptuales (y políticos) como los que se empleaban para las Comunidades Europeas a seis, a nueve o incluso a doce. Cualquier acercamiento a la naturaleza de la Unión exige una cierta reconsideración de algunos de los planteamientos tradicionales. Y el primero de ellos probablemente empuje a reconocer que en el consabido equilibrio entre elementos supranacionales (o comunitarios, si se prefiere) e intergubernamentales el fiel de la balanza se ha inclinado claramente del lado intergubernamental. Los Estados han (*re*)asumido el timón del devenir de la Unión en detrimento de las instituciones netamente comunitarias.

Pero el verdadero problema de fondo a la postre, no es tanto que los Estados asuman un papel protagonista en detrimento de las instituciones de la Unión (o incluso en contra de las mismas y de la propia letra de los tratados

¹⁴¹ Como ha afirmado recientemente Francisco BALLAGUER CALLEJÓN, «la debilidad de este espacio público genera vacíos de poder que son ocupados por los Estados con mayor capacidad de presión política y económica»; «El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global», en José María BENEYTO (dir.), *op. cit. (El modelo europeo...)*, nota 5, págs. 53-69, en p. 67.

¹⁴² Recuérdese que la Declaración Schuman consideraba que proyecto europeo propuesto se haría «gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho».

constitutivos), sino sobre todo el que, en realidad, ese papel lo asuman sólo *algunos* Estados. Los Estados miembros son «dueños de los tratados» y eso ya lo teníamos bien claro y asumido. Pero durante esta crisis ha quedado bien patente que unos Estados lo son más que otros. Y eso resulta una constatación nada gratificante para el proceso de integración europea.

Podría pensarse que ello ocurre, como en realidad lo ha hecho también en las crisis precedentes, como vía coyuntural para afrontar la más grave crisis económica y financiera que le ha tocado capear a la Unión; y probablemente sea muy sensata esa interpretación. Pero cabe acaso sospechar que puede tratarse de un fenómeno más profundo y menos coyuntural. La aludida «deriva intergubernamental» de la Unión es perfectamente palpable, como hemos mostrado, tras el Tratado de Lisboa. Pero, bien mirado, había comenzado ya con el Tratado de Maastricht y se había hecho sentir de manera notable en el Tratado de Niza. Cabe pensar, pues, que la reacción defensiva de los Estados encuentra paradójicamente su fundamento último en el avance político de la Unión. Precisamente cuando el proceso de integración europea daba sus pasos más relevantes en el camino hacia una profundización política y los Estados atribuían a la Unión competencias regalianas cada vez más ligadas al concepto nuclear de soberanía (moneda, policía, justicia, etc.) es cuando se produce una paralela reacción de esos Estados en defensa de su posición dentro de la Unión. Vendría a ser una manifestación del lema de mayor profundización sí, porque es consecuencia inevitable del propio proceso (*vis expansiva* del mercado interior que arrastra tras de sí el control de las fronteras exteriores, el asilo, la cooperación policial y judicial o la competencia exterior exclusiva en materia de servicios e inversiones) y de la propia realidad de un nuevo mundo globalizado (moneda única, búsqueda de actuación externa como un actor global). Pero también mayor control del proceso porque la inercia de los Estados-nación sigue provocando la resistencia estatal a crear estructuras políticas superiores superadoras de paradigmas pasados.

Estas resistencias no sólo explicarían el giro intergubernamental visto en los tratados constitutivos, sino también reacciones a veces no fácilmente comprensibles de los Tribunales Constitucionales nacionales adoptando posiciones jurisprudenciales en búsqueda de límites (jurídicos) a la actuación de la Unión. Estos, al son del progresivo perfeccionamiento (político) del proceso de integración van ideando mecanismos jurídicos, más o menos sofisticados según la capacidad de cada cual, para controlar actuaciones *ultra vires* de la Unión. Y lógicamente esta tensión dialéctica en el campo jurisprudencial en ocasiones provoca también excesos que no resultan fácilmente entendibles en estrictos

términos técnico-jurídicos. Mal casan, así, las gruesas afirmaciones del normalmente comedido Tribunal Constitucional Federal alemán en sentencias bien conocidas como las pronunciadas a propósito de los Tratados de Maastricht y de Lisboa; por no citar las intempestivas posiciones defendidas por los tribunales constitucionales polaco o checo. Por cierto, tampoco casa bien con recientes decisiones del propio TJUE que resultan del todo punto contrarias a los más elementales postulados del «diálogo judicial multinivel» del que tanto se habla últimamente. De otra manera no es fácil entender, por ejemplo, el sonoro portazo que el Tribunal de Justicia acaba de dar al proceso de adhesión de la Unión al CEDH, que los Estados miembros decidieron elevar en el artículo 6.2 TUE al nivel de «obligación» y no a la categoría de una «decisión dispositiva» en manos del TJUE. Además con un tono y una cerrazón a posibles salidas a la adhesión difícilmente comprensibles¹⁴³, salvo en términos de búsqueda de la «última palabra»¹⁴⁴. Esta posición insufla aire renovado a los Tribunales Constitucionales para mantener idéntica posición jurisprudencial a la sostenida por el TJUE frente al TEDH, especialmente en relación con el principio de «confianza mutua». El TJUE no puede pedir a los Tribunales Constitucionales lo que no está dispuesto a aceptar respecto al TEDH. A la vez, invita al TEDH a revisar su jurisprudencia *Bosphorus* en la primera oportunidad que tenga. En nuestra opinión, es simplemente una decisión irresponsable y resulta difícilmente comprensible.

Ahora bien, predominio intergubernamental y vuelta de los Estados al timón de la Unión no debería significar puesta en cuestión del proceso. La Unión no parte de cero en esta crisis, por profunda que ésta sea. Está revestida de unos elementos (supranacionales, constitucionales y federales) que le son propios y cuyo sacrificio conllevaría *per se* el sacrificio de la propia Unión. Cabe su modulación al estilo que estimen oportuno los «dueños de los

¹⁴³ TJUE dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014. Un primer comentario que subraya la falta de cooperación del TJUE se encuentra en «Editorial —The EU's Accession to the ECHR— a “NO” from the ECJ!», *Common Market Law Review* 2015, vol. 52, págs. 1-16.

¹⁴⁴ Véase, por lo que concierne a la relación entre el TJUE y los Tribunales Constitucionales, el interesante trabajo de Javier Díez-Hochleitner, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en AAVV, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2013, págs. 57-130. Por lo que se refiere a la búsqueda de esa última palabra en la relación entre el TJUE nos remitimos a nuestra contribución en la misma obra citada, «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», págs. 161-208.

tratados». Caben soluciones imaginativas *extra muros* de los tratados constitutivos para afrontar *provisionalmente* situaciones excepcionales como la actual. Podrían plantearse incluso retrocesos o renacionalizaciones puntuales para, en el sentido permitido ahora por el artículo 48.2 TUE, readaptar el cuadro competencial de la Unión; como de hecho está ocurriendo ya indirectamente en el ámbito de la PESC. Pero ignorar principios esenciales como el de solidaridad de hecho, el de cooperación leal o un (cierto) equilibrio institucional es condenar el sino de la Unión.

El dilema al que se enfrenta la Unión —o, mejor dicho, los Estados miembros de la Unión— no es sencillo. Requiere, por un lado, buscar el (re)equilibrio entre estatalidad e integración. Y, por otro lado, probablemente reclama también un adecuado equilibrio del elemento democrático dentro de la Unión y también frente a los Estados miembros cuando los resultados electorales no sean los preferidos para (algunas) instituciones.

Confiemos, en todo caso, que no se verifique en la práctica la conocida «tesis del trilema» de Dani RODRIK, según la cual no sería posible conciliar a la vez el Estado-nación, el principio democrático y la integración económica. Concentrar la mirada en los Estados-nación es mirar al pasado, pero pensar en su desaparición resulta poco realista. Modular el principio democrático siempre resulta tentador para algunos desde la perspectiva de la efectividad o el funcionalismo comunitario, pero no es, en modo alguno, planteable en una Unión en la que ese principio forma ya parte de su misma esencia. Y prescindir de la integración en Europa puede constituir un ejercicio intelectual atractivo, pero su aceptación nos condenaría en el actual mundo globalizado a la irrelevancia.

En suma, como recientemente ha escrito Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, continuar con la larga marcha que comenzó hace ya más de sesenta años «constituye el único camino posible para este proyecto único de integración»¹⁴⁵. Pero si se desea recorrer con éxito ese camino, de poco servirá recrearse en el añorado ideal europeo de postguerra —casi elevado a la categoría de mito durante mucho tiempo— o en la aportación visionaria —y ya casi manida— de pasados líderes europeos. Habrá que adaptar el proyecto a una nueva realidad, en la que los Estados están llamados a seguir ocupando un papel relevante. Dicho con palabras de Alain DELCAMP, «L'Europe est

¹⁴⁵ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, «La renovación de las instituciones (2014) y el futuro de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo* 2014, núm. 34, págs. 1-9, en p. 9 (<http://www.iustel.com>).

née d'un mythe, elle a été construite para des visionnaires, elle ne peut durer que par la réalité»¹⁴⁶. Esperemos que se confirme la vieja afirmación de Jean MONNET a propósito de que «L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises»... Incluida la presente. Y esperamos también que dentro de 50 números la *RDCE* continúe en condiciones de seguir analizando los avances de la futura Unión hacia su horizonte federal.

¹⁴⁶ Alain DELCAMP, «L'Union Européenne et ses États membres après le Traité de Lisbonne — Quelle place et quel rôle dévolux aux États membres et pour quelle Union?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012, núm. 556, págs. 141-142, en p. 142.