

ÓRDAGO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN AL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA (ALGO MÁS QUE UNA SENTENCIA CRÍTICA CON EL TRATADO DE LISBOA)

José Martín y Pérez de Nanclares

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Aspectos generales: una contextualización preliminar. – II. El deseo inconfesable del Tribunal Constitucional alemán de pronunciarse sobre las reformas de los tratados constitutivos: dudas razonables sobre la admisibilidad de los recursos. – III. Ausencia de cualquier atisbo de europeización y actualización de la teoría clásica alemana del estado: una visión arcaica de los conceptos de Estado y soberanía. – 1. El mundo ha cambiado mucho desde Jellinek: la fijación por un concepto de Estado que ya no existe. – 2. La Unión Europea también ha cambiado mucho desde el Tratado de la CECA: la alusión obsesiva a los Estados como “Herren der Verträge”. – IV. Una consideración miope y germanocéntrica del principio democrático: también hay democracia más allá de la constitución alemana. – 1. La insistencia en un concepto de democracia loable pero no único: el carácter poliédrico del principio democrático. – 2. La obcecación con el “déficit democrático” de la Unión: minusvaloración interesada de los avances del Tratado de Lisboa. – V. Un acercamiento distorsionador al proceso de integración europea: la ausencia de una perspectiva verdaderamente *europafreundlich*. – 1. La visión particular sobre las competencias de la Unión: un freno posible al proceso de integración futuro. – 2. La interpretación peculiar de los nuevos mecanismos de revisión de los tratados: otro freno más al futuro proceso de integración. – VI. Consideraciones finales. – 1. Toma de posición doctrinal parcial e interesada: la sentencia como una suerte de “tesis doctoral de Escuela” plagada de citas escogidas. – 2. Motivos para una preocupación comedida: el diálogo judicial con el Tribunal de Justicia como única vía posible. – VII. Bibliografía básica seleccionada.

Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-13679 - Subprograma JURI).

I. Aspectos generales: una contextualización preliminar

Nada tiene de novedad que el Tribunal Constitucional Alemán haya irrumpido de nuevo en la arena europea. No puede ignorarse que durante los últimos cuarenta años ha estado siempre presente en el proceso de integración que se abrió en nuestro continente con los tratados de París y Roma, y ha ejercido en la sombra una influencia notable sobre el Tribunal de Justicia. No en vano la jurisprudencia *Solange* impulsó de manera decisiva la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia en materia de derechos humanos,¹ cuya estela ha conducido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a la existencia de una Carta de Derechos de la Unión jurídicamente vinculante (artículo 6.1 TUE), así como a una previsión de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6.2 TUE).² La jurisprudencia constitucional alemana posterior sobre el Tratado

1. En su conocida sentencia *Solange I*, el Tribunal Constitucional alemán estableció que “en tanto y cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental del Bonn”, sí será competente para conocer de un recurso planteado contra un acto comunitario susceptible de violar un derecho humano de la Ley Fundamental; BVerfGE 37, 271 (285). Ello provocó de inmediato, aunque la fecha sea en realidad de unos días antes que la del Tribunal Constitucional alemán, que en el asunto *Nold* el Tribunal de Justicia se declarase competente para proteger los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario e inspirados en las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, así como en los “instrumentos internacionales relativos a la protección de derechos fundamentales”. A la vez, en el asunto *Rutili* precisó con claridad que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 es uno de esos instrumentos jurídicos que vinculan a las instituciones comunitarias; sentencia de 14 de mayo de 1974 *Nold* (4/73, Rec., p. 491); sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili* (36775, Rec., p. 1219). Esta reacción jurisprudencial europea provocó a su vez un giro copernicano del Tribunal Constitucional alemán a través de la sentencia *Solange II* en la que renunció a conocer de la constitucionalidad de las normas de Derecho Comunitario “en tanto y cuanto la Comunidad mantuviera su entonces nivel de protección de los derechos fundamentales”; BVerfGE 73, 339. Un interesante acercamiento doctrinal a la cooperación entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, que a juicio de la autora resulta necesaria pero insuficiente, se encuentra en Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, especialmente p. 124-145.

2. Un estudio exegético exhaustivo de las disposiciones de esta Carta se encuentra en la obra colectiva dirigida por Araceli Mangas Martín (dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008.

de Maastricht³ condujo igualmente a que el Tribunal de Justicia realizara una lectura más escrupulosa a propósito de la delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros⁴ e igualmente ha desembocado con el Tratado de Lisboa en una supervisión nacional mayor del ejercicio de esas competencias de la Unión a través de mecanismos nuevos de participación de los parlamentos nacionales y regionales (artículo 12 TUE), en especial en el ámbito de la subsidiariedad.⁵

3. BVerfGE 89, 155. Entre la literatura abundante que generó esta sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de octubre de 1993 puede verse por todos Torsten Stein: "La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht", *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, p. 745-770; Julio Baquero Cruz: *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI Working Papers RSCAS 2007/13.

4. Siempre resulta compleja, arriesgada y muy poco científica la labor de intentar escurdir entre las sentencias del Tribunal de Justicia la intención que le lleva a inclinarse en una u otra dirección. Con todo, existe cierto consenso doctrinal en que durante la década de 1990 el Tribunal de Justicia parece realizar un esfuerzo suplementario a la hora de examinar el ejercicio adecuado de las competencias atribuidas a la Comunidad Europea por parte de los Estados. Así, con independencia de que también podrían encontrarse pronunciamientos en sentido contrario, existen algunas sentencias relevantes en las que, como ocurrió en el caso del recurso de anulación interpuesto por Alemania contra las instituciones comunitarias que había aprobado la Directiva sobre prohibición de la publicidad de tabaco que tanta polémica había levantado en Alemania, anuló de plano toda la directiva por falta de competencia suficiente en la base que suministraba el entonces artículo 95 TCE (actualmente artículo 114 TFUE); sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98, Rec., p. I-8419).

5. A este respecto, es referencia obligada el Protocolo número 2 relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Como se recordará, el detonante de esta regulación del Tratado de Lisboa, heredera directa de lo previsto en el fallido Tratado Constitucional, fue una Declaración recogida en el Tratado de Niza que preveía que la siguiente reforma debería tratar la "forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad". Por lo que en este trabajo nos interesa, esta Declaración era, en buena medida, consecuencia de la presión que, al arropo del ambiente jurídico que había dejado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Maastricht a propósito de las competencias comunitarias, los *Länder* alemanes habían ejercido al subordinar claramente la ratificación del Tratado de Niza que saliera de la Conferencia Intergubernamental de 2000 a que se clarificara definitivamente la delimitación vertical de esas competencias; Resolución del *Bundesrat* de 10 de noviembre de 2000, *BR-Drucksache* 680/2000. Previamente, ya existían pronunciamientos anteriores que también trataron esta cuestión en relación con la Conferencia Intergubernamental de 1996, Resolución del *Bundesrat* de 15 de diciembre de 1995, *BR-Drucksache* 667/95.

Ahora, el Tribunal Constitucional alemán reaparece de nuevo en escena con su incendiaria sentencia de 30 de junio de 2009.⁶ Y lo hace aclamado por sus incondicionales nacionales interpretando ese papel estelar que tanto le agrada en una suerte de portavoz oficioso o interlocutor locuaz de los tribunales constitucionales ante el Tribunal de Justicia. Papel éste que no queda en absoluto eclipsado por posteriores pronunciamientos de 2010 con un tono más “europeista”.

Desde esta perspectiva, como hemos sostenido en otro trabajo anterior, el continuo “tira y afloja” entre Karlsruhe y Luxemburgo ha supuesto, en el fondo, un enriquecimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos respectivos de los que ambos tribunales son sus respectivos máximos intérpretes.⁷ Ha operado como un juego de “pesos y contrapesos” de los que ambos ordenamientos han terminado beneficiándose. El europeo, en el sentido ya apuntado en relación, por ejemplo, con los derechos humanos, el sistema de competencias o la democratización interna progresiva. Pero también el alemán, ya que, al margen de una presencia indiscutible de la doctrina y jurisprudencia en el debate europeo, esta relación ha provocado una regulación constitucional en torno al nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LFB),⁸ que resulta de referencia para el resto de

6. BVerfG, 2 BvE 2/08. El texto de la misma puede encontrarse, tanto en alemán como en inglés, en <http://www.bverfg.de>. No obstante, aun a riesgo de caer en cierta prosopopeya pretenciosa, nos parece que resulta realmente complicado realizar una traducción de la sentencia y, sobre todo, calibrar con finura y precisión el alcance de la misma sin conocer el contexto constitucional de ese país e incluso la lengua alemana. Por solo citar el caso más evidente, quien únicamente maneje la versión inglesa de esta sentencia –o la anterior a propósito de Maastricht– difícilmente podrá valorar adecuadamente el alcance material de términos como *federal state*, *alliance* o *confederation of states* para hacer alusión a *Bund*, *Verband*, *Verbund*, *Staatenverbund*, *Staatenbund*, *Bundesstaat*, etc. Lo propio ocurre, por supuesto, con la traducción a lenguas románicas como la nuestra. No obstante, resulta realmente valiosa la traducción realizada para el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez (disponible en <http://www.cepc.es>), que incluye un listado final útil de los términos alemanes de traducción más difícil y la opción por la que en este caso han optado los traductores.

7. José Martín y Pérez de Nanclares: “La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente «tira y afloja» con el Tribunal de Justicia de la UE”, Santiago Ripoll Carulla (dir.) y Juan Ignacio Ugartemendía Ecizabarrena (coord.), *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, 2008, p. 175-197.

8. Este precepto fue introducido en la Constitución alemana por una Ley de reforma de 21 de diciembre de 1992, ocupando el lugar que dejó vacante el artículo que hasta el Tratado de Unificación (*Einigungsvertrag*) de 31 de agosto de 1990 había ocupado el antiguo ámbito de aplicación territorial de la Ley Fundamental. Esta cláusula está integrada por

Constituciones nacionales,⁹ al igual que ha incentivado el diseño de un sistema de participación de los *Länder* y del *Bundesrat* en la formación de la voluntad en temas europeos que es igualmente referente para otros estados miembros con regiones dotadas con competencias legislativas propias. No en vano, la doctrina viene hablando de sendos procesos de *europización* de las constituciones nacionales y de una *constitucionalización* de los tratados constitutivos de la Unión en los que se articula una interacción necesaria y enriquecedora entre los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.¹⁰ Incluso la nueva referencia expresa de los tratados constitutivos al respeto de la identidad constitucional de los estados miembros (artículo 4.2 TUE) debería verse como un guiño en este sentido.¹¹

Ahora bien, este enriquecimiento jurídico mutuo entre ambos ordenamientos jurídicos, el nacional y el de la Unión, funciona siempre que exista un equilibrio respetuoso de las posiciones respectivas

siete apartados que regulan respectivamente la competencia para atribuir competencias a la Unión, preservando los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad (1); la previsión de participación del *Bundestag* y de los *Länder*, a través del *Bundesrat*, en los asuntos vinculados a la Unión Europea (2); la participación concreta de *Bundestag* (3) y *Bundesrat* (4); valor de la posición del *Bundesrat* cuando se ven afectadas competencias de los *Länder* (5 y 6), y la previsión de regulación por ley de la regulación que se haga de esta participación del *Bundesrat* en las cuestiones europeas (7). Este precepto fue posteriormente modificado por una Ley de 28 de agosto de 2006 que introdujo en el apartado que da cobertura a la participación de un representante designado por el *Bundesrat* en las sesiones del Consejo (6), así como una referencia explícita a las materias polémicas de educación, cultura y radiodifusión. Igualmente, con ocasión del Tratado de Lisboa, se ha añadido un nuevo apartado por el que se regula el papel del *Bundestag* y del *Bundesrat* en relación con el nuevo recurso por violación de la subsidiariedad.

9. Véase Mónica Claes: "Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología", en Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps (dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 123-190.

10. Véase, a título de ejemplo, los trabajos de Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: "Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario", en AAVV, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1175-1200; Pedro Cruz Villalón: "El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión", en AAVV, *Une Communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 271-282; Pablo Pérez Tremps: "La jurisdicción constitucional y la integración europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, p. 19-48.

11. Este precepto prevé en concreto que la Unión "respetará la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales" de los Estados. Subrayado añadido.

entre sus máximos intérpretes *constitucionales*. Es comprensible que existan dificultades obvias para insertar armónicamente en el Derecho nacional un ordenamiento como el de la Unión, que aspira a preservar su principio consustancial de primacía como regla elemental para resolver posibles conflictos en el ámbito de las competencias que los estados miembros le han atribuido voluntariamente. Ciertamente, es igualmente comprensible que, como ocurre en toda contienda dialéctica, existan siempre *hooligans* a los que en el fragor de la retórica académica sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea y la supremacía de la constitución alemana, se les “vaya la mano” a la hora de azuzar sus respectivas posiciones. Lo que ya no parece tan lógico es que esa vorágine arrastre también a quienes en un pasado inmediato han ocupado sillón en el propio Tribunal Constitucional. Y menos aún, claro está, que sea el Tribunal Constitucional alemán quien tense en exceso la cuerda de sus relaciones con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como probablemente haya hecho con la sentencia referida de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa. En este sentido, por mucho que queramos relativizar las afirmaciones vertidas por el Tribunal Constitucional alemán dentro de un contexto bien acotado y por mucho que en el fondo sea poco discutible que a la postre dejó expedito el camino para la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no deja de ser evidente que esta sentencia contiene elementos que provocan una preocupación muy honda.

En efecto, siguiendo el surco dejado por la sentencia dictada en octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht, el segundo senado del Alto Tribunal alemán vierte afirmaciones que no pueden pasar desapercibidas ni a los ojos más condescendientes con la jurisprudencia de este Tribunal. Nos encontramos, así, ante una sentencia de largo recorrido que, según sea la interpretación y el uso que se haga de la misma en el futuro, podría tener consecuencias profundas, tanto en el plano europeo como también en el propio ordenamiento alemán. Además, es difícil ignorar que, al margen del alcance preciso que en la práctica alcancen las afirmaciones concretas recogidas en su farragosa formulación, esta decisión pone al descubierto un cierto activismo judicial –de tono a veces ciertamente agresivo– que no oculta una visión extremadamente negativa y recelosa del proceso de integración europea.¹² Una visión que, por otro lado, casa bastante

12. Como se ha dicho con gran acierto por quien defendió al gobierno alemán en este asunto, “many passages that raise no objections, it proceeds essentially from an attitude of euro-scepticism, viewing the European integration process as a zero-sum game where

bien con la que desde hace tiempo ha sostenido un sector relevante de la doctrina constitucionalista alemana y que en realidad encuentra un eco favorable en una opinión pública de ese país –o al menos en la opinión publicada en determinados medios de comunicación de lectura masiva–. Además, por desgracia, cohonesta también con lo sostenido en los últimos tiempos por unas élites políticas alemanas, cuyo discurso público difiere ya en exceso del mantenido antes por Adenauer, Schmidt o Kohl y que vuelve a traer a la cabeza la famosa disyuntiva histórica germana entre una “Alemania europeizada” o una “Europa alemanizada”.¹³

Con todo, no es esta la sede más adecuada para adentrarse en las dificultades políticas preocupantes por las que atraviesa actualmente el proceso de integración europea, ni sobre el cambio posible de paradigma europeo que pueda estar realizando Alemania, pese a que por muy puristas que deseemos ser al tratar una cuestión como la presente resulte imposible trazar una separación nítida entre las dimensiones política y jurídica. No obstante, en las páginas siguientes trataremos de analizar, desde una perspectiva lo más jurídica posible, el contenido, el alcance y las consecuencias posibles de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, así como los primeros frutos jurisprudenciales de la misma, en especial, la decisión de 6 de julio de 2010,¹⁴ en la que el Tribunal Constitucional alemán ha tenido por primera vez ocasión de examinar una posible actuación *ultra vires* de la Unión con ocasión de un asunto tan delicado y polémico en la opinión pública alemana como fue el caso *Mangold*.¹⁵

Germany stands permanently on the losing side”, Christian Tomuschat: “Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, vol. 70, p. 251-282, en p. 252.

13. A este respecto resulta realmente ilustrativo el artículo publicado en diarios de varios países europeos por Joscka Fischer, “¡Avanti Dilettanti!”, *El País* de 17.12.2010. Entre otras críticas, afirmaba que Alemania “parecer haber resultado víctima de una amnesia histórica” y que “la idea de que el propio interés nacional de la Alemania dicta evitar todo aquello que aisle al país dentro de Europa, y que esa tarea, por ende, consiste en crear una «Alemania europea» y no una «Europa alemana», parece haberse abandonado”.

14. BVerfG 2 BvR 2661/06 de 6.7.2010; disponible en <http://www.bverfg.de>.

15. Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04, *Rec.*, p. I-9981). El detonante de este asunto fue la celebración de un contrato de trabajo de carácter temporal de duración determinada por el Sr. Mangol (de 56 años de edad), celebrado al amparo de una normativa alemana de fomento de la contratación

Para ello, una vez que pasemos revista al deseo inconfesable que el Tribunal Constitucional alemán muestra últimamente para pronunciarse sobre las reformas principales de los tratados constitutivos, aunque existan dudas más que razonables sobre la admisibilidad de los recursos que lo provocan (II), veremos cómo de la sentencia en cuestión se deduce una ausencia de cualquier atisbo de actualización y europeización de la teoría clásica alemana sobre el Estado y la soberanía (III) que conduce a una consideración miope y extraordinariamente germanocéntrica del principio democrático (IV) y, como consecuencia de ello, a un acercamiento distorsionador e incluso interesado a un proceso de integración europea en el que la supuesta *Europafreundlichkeit* de la que hace gala el Tribunal se convierte en poco más que una palabra hueca (V). Para concluir, acabaremos con unas consideraciones finales que nos conducirán a una valoración forzosamente crítica de la sentencia y, lo que es más delicado, de la posición a la que aparentemente aspira a ocupar el Tribunal Constitucional alemán en una suerte de “controlador constitucional último” del proceso de integración europea (VI).

II. El deseo inconfesable del Tribunal Constitucional alemán de pronunciarse sobre las reformas de los tratados constitutivos: dudas razonables sobre la admisibilidad de los recursos

El primer problema que plantea la sentencia afecta a la propia cuestión previa de la admisibilidad de los recursos. El detonante del procedimiento fueron, como se sabe, diversos recursos interpuestos en 2008 ante el Tribunal Constitucional con gran eco mediático. En concreto, fueron acumulados cuatro recursos de amparo (*Bundesverfas-*

de mayores de 52 años que permitía este tipo de contratos (la *Beschäftigungsförderungsgesetz*). El recurrente del procedimiento nacional consideró que esa disposición era contraria a la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de tratado en el empleo y la ocupación por violación del principio de no discriminación por razón de la edad. El Tribunal de Justicia declaró, al margen de otras consideraciones complementarias de carácter secundario que también afectaban al caso en relación con la transposición, que esa normativa nacional alemana era incompatible con el Derecho de la Unión (apdo. 76).

sungsbeschwerde) y dos recursos que podríamos denominar como conflictos entre órganos constitucionales (*Organstreitverfahren*).¹⁶

A este respecto, aunque se trate de una cuestión ajena al fondo del asunto, no deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional alemán declarase admisibles unos recursos de amparo que por definición son vehículo procesal para alegar una violación de derechos fundamentales (artículo 93.1 apdo. 4a LFB) y no un mecanismo de control constitucional abstracto de normas (artículo 93.1. apdo. 2 LFB) ni un control de constitucionalidad de un tratado internacional al estilo del que existe en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 95.2 CE). De hecho, la tradicional y conocida doctrina del Tribunal Constitucional alemán en materia de admisibilidad de recursos de amparo –afectación directa, personal y actual por parte del recurrente– parece no aplicarse en esta sentencia –al menos nosotros no encontramos fundamentación alguna al respecto por mucho empeño que pongamos en su búsqueda–, de forma que la mera alegación de la violación del principio democrático (artículo 38 LFB)¹⁷ resulta cobertura suficiente. En realidad, era la única vía posible para que el Tribunal Constitucional pudiera pronunciarse a propósito del Tratado de Lisboa una vez que ninguno de los actores con legitimación para activar el recurso del artículo 93.1 apdo. 2 LFB tuviera intención de hacerlo. Pero, en la práctica, por muy peculiar que quiera verse la situación de los tratados internacionales frente al control de leyes, y por mucho que la sentencia sobre el Tratado de Maastricht explorara ya esta vía, el resultado es que estos recursos terminan asemejándose más a un control (previo) abstracto de normas que a un recurso de

16. Los conflictos entre órganos constitucionales eran los interpuestos por la fracción parlamentaria heredera del antiguo partido comunista de la extinta RDA y los socialdemócratas escindidos con Oskar Lafontaine del SPD (*Die Linke*) (2BvE5/08) y el planteado por un diputado peculiar y conocido de la CSU bávara, que ya tuvo su protagonismo con ocasión de la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (Gauweiler) que no fue admitido, si bien también había interpuesto a título personal uno de los recursos de amparo (2BvR1010/08) de los que sí conoció el Tribunal. El resto de recursos de amparo correspondían al presidente de un partido ecológico (2BvR1022/08), a 53 diputados de la misma fracción que interpuso el conflicto entre órganos constitucionales (2BvR 1259/08) y al presentado por un eurodiputado al que acompañaron tres catedráticos de universidad (2BvR182/09).

17. Este precepto constitucional se limita a establecer en su apartado primero lo siguiente: “Los diputados del *Bundestag* serán elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni involucrados, y sujetos únicamente a su conciencia”. A continuación el apartado segundo regula quienes son electores y elegibles, y el tercero prevé que la regulación de su contenido se hará mediante una ley federal.

amparo en sentido propio. Como se ha afirmado con razón, este tipo de recursos de amparo terminan equivaliendo “a la introducción de una *actio popularis* que es ajena al sistema legal alemán”.¹⁸ A partir de ahí, desde este mismo punto de vista procesal-constitucional, resulta igualmente curioso que, con base en la violación concreta del derecho de todo ciudadano alemán a elegir un *Bundestag* con poderes sustanciales (artículo 38 LFB), el Tribunal Constitucional encuentre fundamento suficiente para examinar el Tratado de Lisboa hasta sus más recónditas entrañas.

Así las cosas, nos encontramos finalmente con una larga sentencia de prolija redacción que no resulta precisamente fácil de leer (421 apartados comprimidos a un único espacio en 76 páginas). En realidad, casi la mitad de la sentencia (31 páginas) se consume en los antecedentes del asunto (apdos. 1 a 167): el Alto Tribunal nos regala así todo un “paseo preliminar” a través del contexto de la Unión (apdos. 2 a 98) en el que enmarca el alcance preciso de los seis recursos (apdos. 99 a 136) y las posiciones sostenidas por las instituciones federales –*Bundestag*, *Bundesrat* y Gobierno federal– (apdos. 137 a 166). Una vez entrada la sentencia en materia, la cuestión capital de la admisibilidad de los recursos según fueran un procedimiento interinstitucional o un recurso de amparo precisa igualmente buena atención (apdos. 167 a 206) antes de abordar por fin en la parte C de la misma la fundamentación propiamente dicha (apdos. 207 a 420).

En cualquier caso, la decisión final, como ya se sabe, condujo a declarar constitucional la Ley de Ratificación del Tratado de Lisboa¹⁹ y la Ley de Reforma Constitucional para adaptar la Ley Fundamental de Bonn al referido Tratado,²⁰ a la par que se declaró inconstitucional la Ley de acompañamiento a esa ratificación en la que se ampliaban los poderes del *Bundestag* y del *Bundesrat* en cuestiones de la Unión Europea,²¹ por considerar que esos poderes resultaban insuficientes y violaban las exigencias del principio democrático recogido en el artículo 38.1 LFB en

18. Así se expresa, por ejemplo, Tomuschat, Christian: “Control abstracto de normas. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antonizzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, México, Universidad Autónoma de México, 2010, p. 857-872, en p. 862 *in fine*.

19. *Gesetz zum Vertrag von Lissabon* de 8.10.2008, *Bundesgesetzblatt* 2008, II, 1038.

20. *Bundesgesetzblatt* 2008, I, 1926.

21. *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union*, *Bundestag-Drucksache* 16/8489.

relación con la cláusula europea del artículo 23.1 LFB.²² Como ya se ha afirmado por nuestra doctrina, supuso “«un sí pero» a la constitucionalización de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa y un «no» rotundo a la ley de acompañamiento”.²³

Finalmente, llama también la atención que la sentencia se haya dictado por unanimidad del segundo senado del Tribunal.²⁴ Y lo hace porque no siempre ha sido el caso, y contrasta, por ejemplo, con lo ocurrido en la sentencia controvertida que este mismo Tribunal dictó en el asunto sobre *la orden de detención europea*;²⁵ o, más aún, con

22. Cinco meses después de la sentencia, el 8 de septiembre de 2009 se aprobó una nueva ley de acompañamiento de refuerzo de los poderes del Parlamento alemán que tiene como núcleo central de la misma la llamada Ley de Responsabilidad en la Integración (*Integrationsverantwortungsgesetz*), *Bundesgesetzblatt*, 2009 I, 3022.

23. Alfredo Allué Buiza, “La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009”, *Revista de Estudios Europeos*, 2010, núm. 54, p. 9-34, en p. 24.

24. Para ser realmente precisos habría que afirmar que la sentencia no tiene ningún voto particular, si bien sí existe un voto negativo en relación con la fundamentación jurídica frente a los siete votos favorables al tenor de la sentencia de la que Ugo di Fabio fue su juez ponente. La doctrina ha elucubrado con profusión acerca de la posible autoría del voto disidente y, pese a que las deliberaciones del Tribunal Constitucional alemán poco tienen que ver con el carácter diáfano existente en otros tribunales constitucionales bastante menos escrupulosos con el principio del secreto de las deliberaciones, todo apunta que fue la jueza Gertrude Lübke-Wolff la autora del voto disidente. A modo de curiosidad, la concepción que esta jueza tiene sobre los respectivos papeles de los derechos constitucionales nacional y europeo se puede ver en su conocida contribución presentada en la prestigiosa reunión de la asociación alemana de profesores de Derecho Público, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2001, vol. 60, p. 246-289. Para contrastar su visión (académica) de la materia con la muy diferente que tiene, por ejemplo, el presidente de esa misma sala (segundo senado) del Tribunal Constitucional alemán sobre esta materia, puede verse Andreas Voßkuhle, “Stabilität, Zukunftsöffnung und Vielfaltssicherung - Die Pflege des verfassungsrechtlichen Quellcodes durch das BVerfG”, *Juristen Zeitung*, 2009, núm. 19, p. 917-923.

25. Sentencia de 18 de julio de 2005, 2BvE 2236/04, BVerfGE 113, 273 (296). Recuérdese que en esta sentencia polémica de 28 de julio de 2005 el Tribunal Constitucional alemán declaró que la entrega de un alemán nacional reclamado por la Audiencia Nacional de España a través del mecanismo previsto en la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002), era contraria a la Constitución alemana debido a que la ley alemana de 21 de julio de 2004 de transposición de la decisión marco (*Bundesgesetzblatt* 2004, I, 38 de 26.7.2004, p. 1748) violaba diversos preceptos de la misma (artículos 16.2, 19.4 y 103.2 LFB). Ello obligó a que el Gobierno alemán presentara al parlamento un nuevo proyecto de ley –tardó cuatro meses en hacerlo– que tratase de cumplir tanto las exigencias constitucionales internas como las demandas claras de la Decisión marco.

lo dicho posteriormente en el ya citado asunto *Mangold*, en el que el voto particular del juez Landau²⁶ pone de manifiesto una visión tan crítica de la Unión Europea que probablemente ayude a comprender la postura que algunos jueces pudieron sostener sobre este mismo tipo de cuestiones en las deliberaciones a propósito de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa que aquí nos ocupa. A mayor abundamiento, esta unanimidad contrasta incluso con lo sostenido por algunos de sus miembros a título personal en foros académicos. Quizá, por ello, en lugar de ver un escoramiento repentino de algunos miembros de este Tribunal hacia posiciones eurocríticas renovadas, se podría detectar más bien un deseo, en aras de la unanimidad, de buscar un compromiso entre visiones acaso poco coincidentes cuyo precio sería incluir algunos pasajes muy concretos que, sacados de contexto, podrían conducir a interpretaciones o generalizaciones poco acordes con la realidad, e incluso particularmente eurocríticos. La interpretación que se haga de esta sentencia no debería, por tanto, cebarse en exceso sobre determinados *obiter dicta* cuyo contenido resulta extremadamente preocupante si se analizan de forma aislada.²⁷

En realidad, no fue Alemania el único Estado miembro donde esta Decisión marco planteó problemas de índole constitucional. También los hubo en Chipre, Bélgica y, muy particularmente, en Polonia, donde en una sentencia de 27 de abril de 2005 su Tribunal Constitucional estimó la violación del artículo 55.1 de su Constitución.

26. Sin entrar en mayores detalles, este juez se decanta claramente a favor de constatar una actuación *ultra vires* del Tribunal de Justicia. Un primer análisis de esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán se encuentra en Malte Beyer-Katzenberger: "Judicial activism and judicial restraint at the Bundesverfassungsgericht: Was the *Mangold* judgment of the European Court of Justice an *ultra vires* act?", *ERA Forum* de 3 de diciembre de 2010; Walter Frenz, "Kastriertes Lissabon-Urteil? Die Relativierung durch den *Mangold*-Beschluss vom 6.7.2010", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2010, p. 401-407. Mehrdad Payandeh, "Constitutional Review of EU Law after *Honeywell*: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice", *Common Market Law Review*, 2011, núm. 48, p. 9-38. *Vid. infra*, V. 1.

27. Con un tono no exento de cierto humor se ha comparado esta sentencia con la película *Rashomon* del japonés Akira Kurosawa, en la que siete testigos de un mismo asesinato cuentan lo visto de manera radicalmente diferente. Aquí, salvando las distancias, y no evitando dejar traslucir en algunos casos nombres concretos de los jueces que conforman el segundo senado del Tribunal Constitucional alemán, se ofrecen ocho interpretaciones bien dispares de esta sentencia; Franz C. Mayer: "Rashomon in Karlsruhe - A Reflection on Democracy and Identity in the European Union", *Jean Monnet Working Paper 5/2010*, New York University, Nueva York, 2010 (disponible en: [http://www.JeanMonnet Programm.org](http://www.JeanMonnetProgramm.org)). En sentido parecido, Jürgen Bröhmer había afirmado que, como no es infrecuente en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán, este pronunciamiento sobre el Tratado de Lisboa permite que todos se puedan sentir ganadores; "Containment eines Leviathans - Anmerkungen zur Entscheidung des

Probablemente, aun sin eludir la crítica directa a afirmaciones que, como trataremos de mostrar en las líneas siguientes, a nuestro entender resultan altamente reprobables, sea más útil realizar una interpretación lo más global posible teniendo en cuenta tanto el contexto de la misma como un fallo final que en el fondo dejó abierto el camino a la ratificación y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Debe recordarse, además, que se trataba de un momento particularmente delicado en el que todos los focos mediáticos del país apuntaban hacia este Tribunal, y el ambiente interno de la Unión ampliada a 27 era tras el proceso ratificador fallido del Tratado Constitucional muy incierto. No obstante, la sentencia sí encarna un posible germen para una (casi) irremediable confrontación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que, por empezar con el primero de los elementos difícilmente aceptables desde una perspectiva netamente europea, resulta imposible ignorar la ausencia de cualquier atisbo de europeización y actualización de la teoría clásica alemana del Estado y de un concepto de soberanía que ya no concibe (casi) nadie como lo hace el Tribunal Constitucional alemán.

III. Ausencia de cualquier atisbo de europeización y actualización de la teoría clásica alemana del estado: una visión arcaica de los conceptos de Estado y soberanía

1. El mundo ha cambiado mucho desde Jellinek: la fijación por un concepto de Estado que ya no existe

En efecto, el Tribunal Constitucional maneja en esta sentencia una visión de la soberanía que no termina de encajar con el mundo actual. En los dos siglos pasados podía quizá tener cabida una visión absoluta de la soberanía como concepto político y, por ende, también de la estatalidad (*Staatlichkeit*) como concepto correlativo jurídico-institucional de cuño germánico típico. Pero en el momento actual, en el que el fenómeno de la globalización está suponiendo una mutación radical del concepto tradicional de Estado-nación y en el que

Bundesverfassungsgericht zum Vertrag von Lissabon", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, p. 543-557, en p. 556.

organizaciones supranacionales como la Unión Europea han creado un *tertium genus* a caballo entre las organizaciones internacionales y los Estados, la lectura que el Tribunal Constitucional alemán hace del concepto de soberanía suena ciertamente trasnochada. De hecho, como por cierto ha establecido algún otro tribunal constitucional de forma radicalmente contraria a la empleada por el alemán, atribuir a la Unión Europea el ejercicio de determinadas competencias no tiene por qué ser automáticamente sinónimo de pérdida de soberanía estatal.²⁸ La soberanía estatal no es en modo alguno un objeto de contenido predeterminado y medible en el que la transferencia de competencias a una organización supranacional forzosamente conlleve de forma automática la pérdida total de las mismas por parte de los estados y su adquisición definitiva por peso y valor idéntico por la Unión. Los juegos de suma cero en cuestiones de soberanía no parecen particularmente apropiados.²⁹ Máxime en una Unión Europea cuyo sistema de competencias se funda en elementos finalistas y funcionalistas dentro de unas posibilidades de actuación de intensidad muy dispar según sea cada competencia (exclusiva, compartida o complementaria, método abierto de coordinación económica, mera cooperación intergubernamental, etc.).

Viene esto a colación porque resulta verdaderamente reiterativa a lo largo de la sentencia la referencia a la necesidad de mantener la soberanía del Estado alemán. De hecho, es tanto más llamativo si se considera que la Ley Fundamental de Bonn no hace mención alguna a este concepto en ninguno de sus preceptos, ya que por motivos bien conocidos el Consejo Constitucional que la redactó no estaba precisamente en situación de incidir demasiado en esta cuestión.

28. El Tribunal Constitucional checo estableció en su sentencia de 26 de noviembre de 2008 que la transferencia a la Unión de ciertas competencias estatales "is not a conceptual weakening of the sovereignty of a state, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole"; disponible en <http://www.concourt.cz>. Una segunda sentencia a propósito del Tratado de Lisboa se dictó posteriormente el 3 de noviembre de 2009, una vez conocida la posición al respecto del Tribunal Constitucional alemán. Véase, en relación con la primera de las sentencias, Petra Nemeckova, "La sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República checa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, núm. 32, p. 239-258; igualmente Alfredo Buiza: *loc. cit.* ("La ratificación..."), p. 17-20.

29. Cfr. Daniel Thym, "In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court", *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 1795-1822.

Sin embargo, el Alto Tribunal recurre a ella a modo de comodín para las más variadas argumentaciones en no menos de cuarenta ocasiones. A veces, lo hace para exigir que se garantice la soberanía del Estado constitucional (*souveräne Verfassungsstaatlichkeit*) (apdo. 226). Otras para definir un concepto de Unión de Estados (*Staatenverbund*) en la que estos mantienen su carácter soberano (*souverän bleibende Staaten*) (apdo. 229). O, como ya se está convirtiendo en habitual, para afirmar que la Ley Fundamental de Bonn no autoriza el ingreso de Alemania en un Estado federal en el que desapareciera el derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho Internacional de Alemania (*die völkerrechtliche Souveränität Deutschlands*) (apdo. 228).³⁰ Incluso llega a utilizarlo para concretar lo que exige la soberanía desde la perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional Público (*die völker- und staatrechtliche Souveränität*) (apdo. 231).

En realidad, la sentencia queda imbuida de un concepto de soberanía y de Estado que ya no existe. El proceso imparable de globalización y su exigencia paralela de irremediable interdependencia en las relaciones internacionales casan mal con un pretendido carácter absoluto de la soberanía que tan solo era posible en el contexto histórico preciso de los estados-nación. Si no se quiere recurrir a la doctrina iusinternacionalista que ha trabajado con solvencia esta cuestión,³¹ basta una lectura superficial de autores alemanes de referencia, como por ejemplo Ulrich Beck o Jürgen Habermas, para concluir fácilmente que el Tribunal Constitucional alemán sufre una cierta ensoñación a propósito del valor que el concepto de soberanía tiene en la actualidad. Seguir considerando, noventa años después,

30. En la doctrina alemana, relevantes autores han sostenido que la Ley Fundamental de Bonn no prohíbe en modo alguno una *estatalidad federal europea*; véase, por ejemplo, el trabajo interesante de Karl Peter Sommermann, "Offene Staatlichkeit: Deutschland", en Armin von Bogdandy (eds.) (*et al.*), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg Müller, 2007, vol. II, &14, apdo. 36.

31. En este sentido, se puede entresacar entre la múltiple producción científica existente al respecto en nuestra doctrina iusinternacionalista los trabajos del profesor J. Antonio Carrillo Salcedo. Entre ellos nos permitimos resaltar *Soberanía del Estado y Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1976; *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 2001; "Droit International et souveraineté des États. Cours général de droit International public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 257, 1996, p. 36-221. Particularmente recomendable es la lectura de su interesante lección inaugural de la Universidad de Sevilla del curso 2004/2005, que llevó por título *Globalización y orden internacional*, Sevilla, 2005.

la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek como la obra de referencia para articular el requisito del territorio como elemento ineludible para el ejercicio del poder soberano (apdo. 344) tiene que llamar seriamente a la reflexión. Sin duda, el concepto de soberanía sigue siendo válido para explicar buena parte del modelo público europeo basado en los Estados,³² pero habrá de revestirse forzosamente de elementos de relativización entre los que la integración supranacional europea es tan solo uno de los ejemplos posibles. Y de hecho, como muestra buena parte de la doctrina alemana más vanguardista, el concepto actual de *espacio* (espacio Schengen, espacio público europeo, espacio *euro*...) cobra una importancia muy relevante en el marco europeo.³³ Igualmente sorprendente resulta esa especie de "derecho a la *Staatlichkeit*" que podría parecer desprenderse de algunos pasajes de la sentencia de no fácil interpretación.

Por ello, como afirma Peter Häberle, se trata de una sentencia estatalista –la define como un "Maastricht II - La ley fundamental por encima de todo (*über alles*)"– dictada por un Tribunal Constitucional que se considera "exclusivo guardián de la soberanía blindada del Estado Nacional".³⁴ Con esta base conceptual como fundamento de toda su argumentación no es extraño que las conclusiones a las que llegue la sentencia en el resto de cuestiones resulten en exceso trasnochadas, especialmente aquellas que afectan a su visión de la Unión Europea.

32. Para entender la posición del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión quizá pueda resultar de interés la lectura de la monografía sobre el concepto de soberanía que ha publicado quien también fue juez en ese tribunal y cuya influencia doctrinal sobre el mismo se le suele presumir elevada. Particularmente representativo es el capítulo en el que se recoge su visión de la soberanía en el momento actual en el cual el autor no se ahorra referencias a la sentencia que está siendo objeto de este análisis; Dieter Grimm, *Souveränität - Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlín, Berlin University Press, 2009, en especial p. 99 a 123.

33. A esta cuestión interesante de la conformación de un espacio jurídico europeo (*die Gestaltung des europäischen Rechtsraums*) se refiere, por ejemplo, Armin von Bogdandy en su comentario a la sentencia aquí tratada; "Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum - Überlegungen zum Lissabon-urteil des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, núms. 1-2, p. 1-5, en p. 1-2. Véase igualmente Peter Häberle, "Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, en Ehrenzeller, Bernhard (ed.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen - Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen Dike Verlag, 1998, p. 1007-1026; un versión en español se encuentra en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, p. 113-136.

34. Peter Häberle, "La regresiva «sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, núm. 12, p. 397-429, en p. 397 y 405.

2. La Unión Europea también ha cambiado mucho desde el Tratado de la CECA: la alusión obsesiva a los Estados como "Herren der Verträge"

Con este punto de partida, poco tiene ya de original que el Tribunal Constitucional dedique de nuevo atención a la vieja –y parece que muy querida– consideración de que, por mucho que se haya desarrollado la Unión desde los tratados originarios, los Estados siguen siendo los dueños de los tratados, los *Herren der Verträge*. En la ya citada sentencia a propósito del Tratado de Maastricht, este Tribunal se explayó al respecto con profusión. En este sentido, la argumentación es bien conocida: la Unión Europea se funda en tratados internacionales; estos tratados requieren en todo caso la ratificación por los estados miembros de la Unión, luego los Estados son los dueños de los tratados y, por ende, del propio proceso de integración que se desarrolla al amparo de los mismos (apdos. 231, 235, 298, 334...).³⁵

En el fondo, hasta ahí todo resulta intachable.³⁶ Sin embargo, a la hora de precisar en la práctica la traducción de esta afirmación clásica,

35. Como ya hemos recordado en alguna otra ocasión, esta conocida expresión se atribuye al Tribunal Constitucional alemán y efectivamente corresponde a él el mérito de su difusión habitual fuera del círculo doctrinal alemán. Pero en realidad, la autoría real de la misma corresponde al gran autor iuscomunitario Hans Peter Ipsen, quien, en un trabajo que se publicó en 1972, 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, realizaron el *acto constitutivo* a través de un tratado internacional y según las reglas iusinternacionalistas como sujetos de Derecho Internacional Público. Sin embargo, a renglón seguido relativizaba notablemente la afirmación, ya que añadía, por ejemplo, que de ello no se podía deducir que los Estados, amparándose solo 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 Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr, 1972, p. 101, apdo. 26 y p. 211, apdo. 7.

36. Obviamente decimos intachable, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional alemán. Sin duda, un sector muy relevante de la doctrina alemana ha desarrollado este concepto de los estados como *Herren der Verträge* desde perspectivas bastante más atractivas y mejor adaptadas a la peculiar realidad europea. A este respecto, siguen resultando muy útiles los trabajos de Ulrich Everling, en especial el que publicó en el

la sentencia se adentra por la puerta que ya entreabrió la sentencia sobre el Tratado de Maastricht y deposita ese poderío sobre los tratados no en el gobierno, como podría parecer lógico en un asunto claro de dirección de la política exterior alemana, sino que considera que corresponde al *Bundestag* y al *Bundesrat*. Ello podría tener consecuencias profundas en el futuro, dado que son representantes del gobierno y no de las cámaras parlamentarias quienes forman parte del Consejo Europeo (artículo 15 TUE) y del Consejo (artículo 16 TUE). Así, cuando se trate de procedimientos legislativos en los que el Consejo decida por mayoría cualificada –y, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es la regla– el Tribunal Constitucional alemán no exige la participación del *Bundestag* y del *Bundesrat*; aunque ciertamente no se priva tampoco de traer a colación a este respecto la reserva *Solange*, es decir, siempre que la Unión no sobrepase el límite competencial que fija la cláusula de la eternidad de la Ley Fundamental (artículo 79.3 LFB).³⁷ Por el contrario, cuando se trate de decisiones del Consejo que se adopten por unanimidad, la situación resultará bien diferente. Así, en el futuro, el uso de la cláusula importante de flexibilidad (artículo 352 TFUE) o de la revisión simplificada (artículo 48.6 y 48.7 TUE) requerirá una participación parlamentaria (interna) previa.³⁸ Ciertamente, el Tribunal se empeña en intentar mantener en todo momento un discurso interpretativo de carácter meramente constitucional interno, de forma que su argumentación la fundamenta en los artículos 20 y 38 de la Ley Fundamental de Bonn y no en carencias del ordenamiento de la Unión. Pero, a nuestro juicio, las consecuencias de este pronunciamiento podrían chocar con principios tan elementales e irrenunciables de la Unión como el de cooperación leal (artículo 4.3 TUE).³⁹ Choca, en verdad, con

libro homenaje a Mosler, en el que, al intentar responder a la pregunta de si son todavía los Estados los dueños de los tratados, afirmaba que los Estados más que dueños o señores de los Tratados son *servidores (Diener)* de los mismos; U. 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*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer, 1983, p. 173-191.

37. Evidentemente, ello merecerá un tratamiento propio porque tiene consecuencias de gran calado en el ámbito del ejercicio de las competencias de la Unión; véase *infra*, V.

38. Es igualmente evidente que esto tiene consecuencias de primer orden no solo en el ámbito de las competencias de la Unión, sino también en la propia concepción del principio de democracia; véase *infra*, IV.

39. Para un acercamiento a este principio capital puede verse, por todos, el completo trabajo de Javier Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.

una realidad europea en la que la estructura de la Unión y el ordenamiento jurídico desarrollado tras sucesivas reformas de los tratados constitutivos muy poco tienen que ver ya con el inicialmente existente en las Comunidades Europeas de los tratados de París y Roma; muy en particular, en aspectos como la democracia institucional interna.

IV. Una consideración miope y germanocéntrica del principio democrático: también hay democracia más allá de la constitución alemana

1. La insistencia en un concepto de democracia loable pero no único: el carácter poliédrico del principio democrático

En este sentido, la espina dorsal de la argumentación de la sentencia se configura en torno al principio democrático. Así, el Tribunal Constitucional alemán encuentra en el artículo 38 LFB, en relación con la cláusula europea del artículo 23 LFB, el fundamento formal para aceptar los recursos de amparo; a la par que le suministra también una base argumental material fértil para hacer un "repasso integral" a prácticamente todo el Tratado de Lisboa. Y lo hace bajo el prisma de una concepción propia de la democracia muy loable, pero que difícilmente se puede pretender elevar a la única posible, so pena de ver en ello un intento de dar lecciones de democracia no fácilmente aceptable por la Unión; pero tampoco por otros estados miembros con concepciones diferentes de la misma pero igualmente solventes y en algunos casos de raíces históricas bastante más profundas y asentadas que la alemana.

Así, el concepto de democracia que emplea la sentencia se trata, sin duda, de una noción de democracia perfectamente acorde con la tradición constitucional alemana y con la interpretación judicial que del artículo 38 LFB viene haciendo el Tribunal Constitucional. Es una concepción de democracia que se incardina, además, en el concepto clásico ya visto de Estado y pueblo soberano. Ahora bien, considerar que la regla básica de la democracia de "un hombre, un voto"

Quizá no sea baladí recordar, a este respecto, cómo la jurisprudencia desplegada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este principio está en buena parte influenciada por la que el Tribunal Constitucional alemán ha venido construyendo en las últimas décadas a propósito del emparentado principio constitucional germano de la lealtad federal (*Bundestreue*).

(*die wahlrechtliche Erfolgchancengleichheit*) tan solo puede regir dentro del Estado –dentro del concepto de pueblo, dice más en concreto la sentencia (*gilt nur innerhalb eines Volkes*)– y, en ningún caso, en una institución de representación supranacional (apdo. 279) es en verdad una visión extremadamente rígida y restringida del principio democrático. En verdad, el Parlamento Europeo no es una institución de representación de *un* pueblo soberano (apdo. 280),⁴⁰ y tampoco cabe duda de que en la Unión Europea no existe una soberanía popular propia (apdo. 281). Pero deducir de ello que en el actual estado de desarrollo de la Unión el sistema institucional de la Unión no está revestido de un carácter democrático análogo al de sus estados miembros –esos sí, *democráticos* y, por supuesto, *soberanos*– parece realmente excesivo (apdo. 278). Como excesivo nos parece igualmente llevar hasta el extremo la concepción de la igualdad en el derecho del voto (“un hombre, un voto”) para atacar de forma casi visceral al principio de proporcionalidad regresiva en el que se basa la composición actual del Parlamento Europeo (apdos. 282 a 295).

La sentencia se permite, además, todo un recorrido por los elementos supuestamente democráticos de la estructura institucional de la Unión tamizando siempre sus peculiaridades con el fino cedazo de la Constitución alemana. Algo así como si donde no exista una articulación del principio democrático tal y como lo concibe la Constitución alemana no pudiese existir democracia. Ignora que, en la actualidad, el principio democrático es un principio poliédrico que admite materializaciones muy diversas. Sin ir más lejos, dentro de los propios Estados federales, como incluso el alemán, las cámaras de representación territorial suelen obedecer a sistemas de proporcionalidad decreciente –una horquilla entre tres y seis representantes de los gobiernos regionales en el *Bundesrat* alemán–⁴¹ respecto a los que nadie pone en tela de juicio su carácter democrático, y escudarse en que es la excepción por tratarse de la cámara de representación territorial no parece realmente solvente. La concepción alemana del principio democrático es muy loable e incluso modélica en algunos aspectos, pero de ahí a considerarse como la única posible dista un abismo. Un abismo (casi) insalvable y, en todo caso, muy difícilmente aceptable.

40. Subrayado añadido por nosotros.

41. En el caso del Senado de Estados Unidos, compuesto por dos miembros de cada Estado sin tener para nada en cuenta la población, ni siquiera encajaría en esta proporcionalidad decreciente y, sin embargo, se encuentran muy pocos trabajos doctrinales que pongan en solfa, por eso, su carácter democrático.

A mayor abundamiento, el Tribunal conecta en su sentencia este principio democrático con los límites a la atribución de competencias a la Unión recogida en la cláusula conocida de la eternidad (*Ewigkeitsklausel*) del artículo 79.3 LFB y, por ende, con los límites de la cláusula europea del artículo 23 LFB. Esta cláusula original de la eternidad tiene una explicación histórica muy precisa y se recoge en la Constitución alemana como un recurso *ultima ratio* para proteger los valores supremos de la Constitución alemana –la llamada “identidad de la Constitución” (*die Identität der Verfassung*)– frente a posibles fuerzas contrarias al régimen democrático; como también recoge en otro precepto un derecho a la resistencia civil en casos extremos que a nadie se escapa que su eventual aplicación resulta, por fortuna, poco imaginable. Pero, en esta sentencia, la cláusula de la eternidad se convierte en referencia omnipresente manida en no menos de una docena de apartados (apdos. 175, 182, 193, 208, 211, 218, 219, 244, 245, 261, 264, 339, etc.). Se hace, además, de un modo que bien podría hacer pensar en una cierta “banalización argumental” de un precepto de carácter claramente extraordinario y pensado para situaciones que poco –o nada– tienen que ver con el contenido del Tratado de Lisboa. Es cierto que, en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht o en la recaída en julio de 2005 en el asunto sobre la *euroorden*, el Tribunal Constitucional alemán había empleado ya argumentos de este tipo, pero hasta ahora nunca con esta profusión.

Por último, en consonancia perfecta con estas afirmaciones, la sentencia no se priva tampoco de establecer todo un listado de materias recogidas en los tratados constitutivos que han de quedar reservadas al parlamento alemán.⁴² Queda, con todo, la duda sobre la pertinencia de adentrarse en semejante labor exegética y, sobre todo, de los criterios empleados para incluir esas y no otras materias. Por el contrario, no queda mucho espacio para la duda en relación con que el Tribunal Constitucional alemán no ha logrado liberarse de una concepción del déficit democrático de la Unión que, además de manida, esconde una ocultación de avances evidentes del Tratado de Lisboa en esta cuestión.

42. Se sitúan en las decisiones sobre el Derecho Penal formal y material la disposición del monopolio de la violencia propio de la policía en la dimensión interna y el ejército en la externa, las disposiciones fiscales básicas sobre ingresos y gastos (especialmente en el ámbito social), disposiciones sociales, decisiones particularmente relevantes en materia de Derecho de Familia y educación, así como las relaciones con las comunidades religiosas (apdo. 252).

2. La obcecación con el “déficit democrático” de la Unión: minusvaloración interesada de los avances del Tratado de Lisboa

De entrada, parece poco discutible que pueden existir articulaciones del principio democrático en el plano supranacional que *mutatis mutandis* son tan legítimas como las construidas bajo el paradigma constitucional alemán o el de cualquier otro Estado democrático de Derecho. De hecho, el sistema institucional de la Unión ha experimentado desde el Acta Única Europea una profundización constante en su elemento democrático, de manera que en la actualidad está revestido de elementos democráticos formales y materiales suficientes como para que resulte del todo punto infundado seguir refiriéndose de manera obsesiva al “déficit democrático” de la Unión sin mayor matización. Y, en todo caso, de hacerse, requerirá un poco más de sofisticación que la empleada por la sentencia.

Sin duda, no existe un *demos* europeo. Tampoco hay una opinión pública europea verdadera ni mucho menos una sociedad civil propiamente europea. Pero el Parlamento Europeo está revestido, en la actualidad, de una legitimidad democrática formal, derivada de su elección desde 1979 “por sufragio universal directo, libre y secreto” (artículo 14.3 TUE), que se ve acompañada, también, por una legitimidad democrática material muy sustancial (artículo 14.1 TUE). Así, el procedimiento legislativo ordinario (arts. 289.1 y 294 TFUE) equipara plenamente a Consejo y Parlamento, y se convierte ahora en el procedimiento que se utiliza como regla general;⁴³ el Parlamento dispone también de poder de plena codecisión en la elaboración del presu-

43. Este procedimiento legislativo, que en su dimensión formal coincide con lo que hasta el Tratado de Lisboa se llamaba procedimiento de codecisión, es ahora el procedimiento que se utiliza para la adopción de cualquier reglamento, directiva o decisión para los que los tratados no prevean un procedimiento legislativo especial. A mayor abundamiento, el Tratado de Lisboa no solo eleva a regla general este procedimiento sino que en la práctica cuatro decenas de bases jurídicas recogidas en los tratados constitutivos pasan a regirse por este procedimiento. Las más relevantes de todas ellas probablemente sean las catorce que se refieren a los asuntos de interior y justicia (arts. 75, 77.2, 78.2, 79.2, 79.4, 81.2, 82.1, 83. 1 y 2, 84, 85.5, 87.2 y 88.2 TFUE), si bien las cuestiones agrícolas (arts. 42 y 43.2 TFUE), los fondos estructurales y de cohesión (artículo 177 TFUE), la aplicación de la política comercial común (artículo 207.2 TFUE o establecimiento de las modalidades de control de las competencias de ejecución (artículo 291.3 TFUE) también tienen relevancia enorme. Al fin y al cabo, si a estas bases se les suman también las que ya preveían la codecisión antes del Tratado de Lisboa y son mantenidas, aunque sea con diferente redacción, la suma total asciende a 85 bases jurídicas.

puesto de la Unión (artículo 314 TFUE);⁴⁴ e igualmente goza de poderes de control amplios a la Comisión en su papel de ejecutivo de la Unión, que se plasman no solo en la elección del candidato a presidente que presente el Consejo Europeo y la aprobación posterior de la investidura de la Comisión (artículo 17.7 TUE), sino también en la posibilidad de realizar un moción de censura (artículo 17.8 TUE y 234 TFUE), la discusión del informe anual de la Comisión (artículo 233 TFUE), la realización de interpelaciones y preguntas (artículo 230 TFUE), etc.

Nadie discute que podrían criticarse las deficiencias que presenta aún el sistema de la Unión en los supuestos en los que todavía rige la mera consulta al Parlamento Europeo dentro del procedimiento legislativo;⁴⁵ se podrá incluso criticar que pervivan en los tratados constitutivos tres supuestos particulares en los que la participación del Parlamento Europeo queda reducida a la mera consulta en el marco de un procedimiento en el que el Consejo decide por mayoría cualificada y no por unanimidad.⁴⁶ Acaso, hasta se podría criticar también

Por último, aunque de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán no termine de quedar claro, la existencia de un procedimiento especial no equivale por sí misma a una relegación del Parlamento Europeo. Existen, de hecho, procedimientos especiales en los que se exige la aprobación previa del Parlamento Europeo (arts. 19.1, 25, 86.1, 190.1 y 312.2 TFUE) e incluso hay algún caso puntual en que es necesaria la aprobación previa del Parlamento Europeo cuando en el Consejo rige la mayoría cualificada (artículo 311 TFUE).

44. De hecho, como curiosidad práctica, bien puede destacarse que esta equiparación completa entre el Parlamento Europeo y el Consejo surtió efectos plenos desde la misma entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aun cuando el presupuesto que se estaba negociando ya se había iniciado conforme a las previsiones del Tratado de Niza; véase Mariola Urrea Corres, "Efectos de la desaparición de la estructura de pilares de la Unión tras la entrada en vigor del tratado de Lisboa", en Carmen Martínez Capdevilla (coord.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la presidencia española*, Madrid, Escuela Diplomática (en prensa).

45. El procedimiento de consulta queda totalmente relegado a casos muy precisos y circunscritos básicamente a algunos aspectos residuales del espacio de libertad, seguridad y justicia –la cooperación policial operativa (artículo 87.3 TFUE), la parte de la cooperación judicial en materia civil referida al Derecho de Familia (artículo 81.3 TFUE), algunas medidas sobre pasaportes y documentos de identidad (artículo 77.3 TFUE) o la intervención de las autoridades de un Estado en el territorio de otro (art 89 TFUE)–, así como a cuestiones de política social (artículo 21.3 y 153.2 TFUE), fiscal (artículo 113, 192.2 y 194.3 TFUE) y monetaria (arts. 64.3, 126.14, 127.6 TFUE).

46. Son los casos de la aprobación de medidas para facilitar la protección diplomática y consular (artículo 23 TFUE), la aprobación de programas específicos para la ejecución del programa marco de investigación dentro de cada una de las acciones (artículo 182.4 TFUE) y la adopción de medidas específicas para las regiones ultraperiféricas orientadas a fijar las condiciones para la aplicación de los tratados (artículo 349 TFUE).

que en materias como la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) (arts. 21 a 46 TUE) el control del Parlamento sobre el Consejo y el Consejo Europeo sea prácticamente nulo.⁴⁷ Pero de ahí a seguir insistiendo en la inexistencia de un carácter institucional democrático comparable con los principios democráticos existentes en los Estados –mejor dicho, con el principio democrático concreto existente en el particular Derecho Constitucional alemán– dista un largo camino por el que la sentencia no se adentra. Realiza, eso sí, un recorrido agotador y decepcionante por la ya conocida senda del “déficit democrático” de la Unión, como si desde la década de 1980 no se hubiera producido profundización alguna en la democratización de los procesos decisorios de la Unión. Da la sensación de que la sentencia pretende transmitir la idea de una realidad institucional europea que ya poco tiene que ver con la existente en la actualidad.⁴⁸

La realidad actual es que los tratados constitutivos reconocen expresamente que se basan en el principio democrático (artículo 2 TEU), articulan un sistema institucional que pivota sobre un Parlamento Europeo con caracteres que revisten a su elección y también a sus competencias de un carácter tan marcadamente democrático como el que pueda existir en los estados miembros. Por supuesto, con las peculiaridades propias de una Unión supranacional integrada por Estados y que carece de un *pueblo* europeo en el sentido del que se habla de un *Deutsches Volk*.⁴⁹ Es más, no creemos que la inserción

47. A pesar de todo, no puede ignorarse que la PESC es en realidad una competencia de los Estados en la que la actuación de la Unión es de mera cooperación intergubernamental. No en vano ni siquiera se incluye en los tratados como una de esas competencias complementarias (salud humana, industria, cultura, turismo, educación, protección civil o cooperación administrativa) en las que la acción de la Unión es de mero apoyo o complemento a la competencia del propio del Estado (artículo 6 TFUE). Por tanto, parece lógico que el control parlamentario sobre una competencia estatal en la que no cabe actuación legislativa alguna por parte de la Unión Europea (artículo 24.1 TUE) corresponda a los parlamentos nacionales y la realicen sobre sus respectivos gobiernos.

48. Para ver esta evolución indiscutible y las características democráticas del sistema institucional de la Unión Europea, en particular del Parlamento Europeo, nos remitimos al tratamiento y bibliografía añadida que se encuentra en Araceli Mangas Martín, “El Parlamento Europeo”, en *ib./* D. Javier Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 221-247.

49. Por cierto, como nos recuerda Armin von Bogdandy, la sentencia emplea el término *Deutsches* en mayúscula, a diferencia de que la mención empleada en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht donde aparecía en minúscula; *loc. cit.* (“Prinzipien der Rechtsfortbildung...”), p. 2 y nota 9 con referencia a otro trabajo anterior de Kottmann y

novedosa de los parlamentos nacionales en ese sistema institucional de la Unión (artículo 12 TUE) y en el control del ejercicio de las competencias no exclusivas⁵⁰ añadida a la Unión un ápice de legitimidad democrática a la que ya le aporta el Parlamento Europeo. Sí encajan, empero, bastante bien en el hilo argumental que emplea el Tribunal Constitucional alemán a propósito de la conveniencia de reforzar los poderes del Parlamento alemán. Más bien al contrario, bien podría pensarse que estas disposiciones en el fondo esconden una cierta desconfianza hacia un Parlamento Europeo cuyo carácter *parlamentario* y *democrático* resultan indudables.

En suma, intentar reconducir el sistema institucional actual de la Unión Europea y el proceso legislativo de toma de decisiones al clásico principio iusinternacional de igualdad soberana de los Estados resultaría simplemente insostenible. Máxime cuando el propio Tribunal Constitucional alemán reconoce sin ambages que el elenco e intensidad de las competencias que los estados miembros han atribuido (voluntariamente) a la Unión no tiene parangón en ninguna otra organización internacional y obliga a recurrir para su explicación a paradigmas de inspiración constitucional y, a nuestro entender, también federal.⁵¹ Quizás por eso la sentencia acompaña su visión trasnochada del principio democrático con un acercamiento al proceso de integración en el que acaso pretenda poner freno a la panoplia creciente de competencias de que dispone la Unión.

Wohlfahrt. En el mismo sentido, Jörn Sack, "Der «Staatenverbund» - Das Europa der Vaterländer des Bundesverfassungsgerichts. Ein Kommentar zum Urteil über die Vereinbarkeit des Lissabon-Vertrags mit dem Grundgesetz", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, vol., 12, p. 623-636, en p. 628, nota 12. Por tanto, mientras en el artículo 146 LFB y en la sentencia de Maastricht aparece en minúscula, en la referencia del preámbulo de la LFB y en la sentencia sobre Lisboa se escribe con mayúscula. Es, en efecto, un mero detalle pero quizá denota algo más que una mera curiosidad ortográfica.

50. Véase el ya citado *ut supra* Protocolo núm. 2 sobre los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

51. No es momento de detenernos en esta apasionante cuestión. En todo caso, no creemos que ni el nuevo contexto político de la Unión ni sentencias como las que estamos analizando en este trabajo sean óbice para seguir sosteniendo la existencia de caracteres y elementos relevantes del proceso de integración europea que tan solo pueden ser explicados adecuadamente desde un paradigma de tipo federal que combine sus rasgos más esenciales con las peculiaridades de corte supranacional que también impregnan a la Unión Europea. Nos seguimos remitiendo, pues, a nuestro trabajo *La Federación supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Federal Europeo, Vitoria, 2003.

V. Un acercamiento distorsionador al proceso de integración europea: la ausencia de una perspectiva verdaderamente *europafreundlich*

1. La visión particular sobre las competencias de la Unión: un freno posible al proceso de integración futuro

Por ello, la sentencia no se ahorra tampoco la posibilidad de entrar de lleno en un cuestión particularmente espinosa del Derecho Constitucional alemán, la cual es la posible existencia de un poder constituyente preconstitucional que pudiera estar latente en el artículo 146 LFB. En este sentido, utiliza la previsión controvertida de que la Ley Fundamental dejará de aplicarse en el momento en que entre en vigor una constitución libremente adoptada por el pueblo alemán para establecer que una profundización futura en el proceso de integración europea debería basarse en este precepto (apdo. 179). Y en coherencia con ello llega a afirmar, como supuesto posible, la exigencia que tendría Alemania de abandonar la Unión en el caso de que la pertenencia pudiera conllevar un vaciamiento de los poderes de decisión real en manos de las instituciones alemanas (apdo. 264 *in fine*).⁵² Fija, como ha escrito Daniel Thym, “a negative demarcation line”, de forma que solo el poder constituyente del pueblo alemán –y no las instituciones del Estado– podrían autorizar un avance mayor en ese proceso de integración que, a juicio del Tribunal Constitucional, conduciría a una estatalidad europea.⁵³ Ello conlleva no solo que el Tribunal Constitucional se arrogue jurisdicción para esa transición constitucional –cuestión esta que podrá no tener un fundamento sólido en la Constitución alemana pero no es asunto propio de la perspectiva europea–, sino que, *de facto*, podría equivaler a una exigencia de referéndum constitucional en el caso de reformas futuras de los tratados constitutivos de la Unión Europea.⁵⁴

Es decir, parece como si el Tribunal Constitucional estuviera estableciendo en la redacción actual de los tratados constitutivos el lí-

52. Probablemente no sea fruto de la casualidad que esta afirmación se haga precisamente cuando por primera vez, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los tratados constitutivos prevén expresamente que “[t]odo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión” (artículo 50.1 TUE).

53. Daniel Thym, *loc. cit.* (“In the name of...”), p. 1803.

54. *Ib.*, p. 1803.

mite máximo de atribución de competencias soberanas alemanas que permitiría la ya citada cláusula europea actual (artículo 23 LFB). Dicho de otro modo, de ser esta la interpretación real por la que se decanta el Tribunal Constitucional, se estaría estableciendo un freno importante a cualquier profundización futura en el proceso de integración europea.

Por otro lado, sin salirnos de este mismo ámbito de las competencias de la Unión, el Tribunal tampoco se priva de adentrarse en otro de sus temas preferidos, aunque tenga que hacerlo de forma ciertamente forzada, a saber, la referencia ya recurrente a la inexistencia de una "competencia sobre la competencia" (*Kompetenz-Kompetenz*) en el seno de la Unión Europea que aflora de nuevo ahora (apdos. 233, 322, 324...).⁵⁵ Lo hace además en un sentido que resulta obvio. Tan obvio como innecesario, ya que en realidad nadie lo pone en duda por mucho que el Tribunal Constitucional alemán se empeñe una y otra vez en traerlo a colación. No hay Estado alguno que sostenga lo contrario; nunca las instituciones de la Unión lo han insinuado en momento alguno, y tampoco existe doctrina solvente que lo haya sostenido. Cuestión diferente, obviamente, es que el Tribunal Constitucional alemán, al traer a colación de nuevo esta referencia en el contexto del Tratado de Lisboa, acaso no tenga tanto en mente el marco en el que expresamente lo recoge –en relación con los límites de la atribución de competencias que permite la Ley Fundamental de Bonn (apdo. 233) o la cláusula de imprevisión del artículo 352 TFUE (apdos. 322 y 324)–, como más bien su incurable obsesión por la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda dar en el futuro a la cuestión de las competencias. De otro modo, resulta difícil de entender que, al tratar la extensión competencial que el Tratado de Lisboa realiza en relación con las cuestiones de cooperación policial y judicial en materia penal, la sentencia se aferre al pronunciamiento que el Tribunal de Justicia tuvo en un asunto relativo a un recurso de anulación interpuesto por la Comisión –apoyada por el Parlamento Europeo– contra el Consejo, por considerar que una Decisión marco relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal debería fundarse en la base competencial sobre medio ambiente y no en la de la cooperación policial y judicial en materia

55. Con ocasión de la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, esta cuestión ya tuvo una aparición estelar; BVerfGE 89, 155 (187 y 188). Pero, en realidad, ya es numerosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que se refiere a esta cuestión al tratar aspectos derivados del proceso de integración europea. Véase, por ejemplo, BVerfGE 58, 1 (37), BVerfGE 104, 151 (210), etc.

penal;⁵⁶ para, además, concluir sin mayor desarrollo ni justificación que el Tribunal de Justicia se arrogó con una “competencia anexa en materia de Derecho penal” (*strafrechtliche Annexzuständigkeit*) que permitiría adoptar medidas armonizadoras sobre las formas más graves de criminalidad organizada. A nuestro juicio, esta resolución, lejos de incluir la insinuación más mínima en relación con una *Kompetenz-Kompetenz* eventual –el Tribunal de Justicia se ha cuidado mucho de no deslizar jamás la más mínima insinuación en ese sentido–,⁵⁷ se ajustaba plenamente al Derecho en vigor en aquel momento⁵⁸ y, en verdad, en nada difiere de lo que ahora autoriza expresamente el Tratado de Lisboa (artículo 83.2 TFUE).

No obstante, en el fondo hasta aquí la argumentación del Tribunal Constitucional alemán resulta inofensiva; sí es significativa, empero, para ilustrarnos de su forma de concebir el proceso de integración europea, pero no representa en principio amenaza para este. El verdadero problema radica en que la sentencia conecta a renglón seguido esta cuestión con el principio de atribución expresa de competencias. No porque el Tratado haya introducido modificaciones al respecto, ya que se mantiene sin alteración alguna este “principio de principios” en materia de atribución de competencias a la Unión (ar-

56. Sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo* (C-176/03, *Rec.*, p. I-7879, apdos. 47 y 48. En concreto, la Decisión marco 2003/80/JAI se dictó con base en el entonces tercer pilar (arts. 29, 31 e y 34.2 b TUE en la versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Niza) y definía algunas infracciones contra el medio ambiente para las que los estados miembros debían prever sanciones de carácter penal. El Tribunal de Justicia se consideró competente para conocer del asunto (apdos. 38 a 40) y, tras aceptar que la protección del medio ambiente constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad (apdo. 41) y sus exigencias deben integrarse en el resto de políticas comunitarias (apdo. 42), anuló la Decisión por considerar que debería haberse dictado con base en la atribución de competencia expresa prevista en los tratados en materia de medio ambiente (apdo. 51).

57. De hecho, el Tribunal de Justicia estableció claramente en esa misma sentencia que trae a colación el Tribunal Constitucional alemán que con carácter general “la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal” (apdo. 47 *in fine*). Lo cual, por cierto, tampoco era novedad alguna, ya que con anterioridad ya lo había establecido en al menos dos asuntos más; sentencia de 11 de noviembre de 1981, *Casati* (203/80, *Rec.*, p. 2595), apdo. 27; sentencia de 16 de junio de 1998, *Lemmens* (C-226/97, *Rec.*, p. I-3711), apdo. 19.

58. De hecho, en aquel momento, era ya abundante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que, de manera bastante coherente con los principios básicos del sistema de competencias de la Unión Europea, había establecido que “la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran en especial, la finalidad y el contenido del acto”; sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo* (C-300/89, *Rec.*, p. I-2867), apdo. 10.

título 5.1 TUE). Más bien lo hace para retomar el testigo dejado en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht a propósito de la posibilidad que se reservaría para sí el Tribunal Constitucional alemán en orden de controlar hipotéticos actos de la Unión que sobrepasaran los límites marcados por este principio de atribución expresa de competencias. Si en aquel momento el Tribunal se limitaba prácticamente a enunciar esa posibilidad de control *ultima ratio* en el caso de un acto de ese tipo (*ausbrechenden Rechtsakts*), ahora se explaya en esa posibilidad, desarrollando una suerte de nueva *Solange* revisitada; y, en realidad, también ampliadora de esa posibilidad de control por parte del Tribunal Constitucional. Si en *Solange II* el Alto Tribunal alemán se reservaba tal facultad tan solo para supuestos extremos en los que se perdiese con carácter *general* el actual estándar de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión,⁵⁹ ahora se mantiene esta posibilidad (apdo. 191) y se amplía, en el sentido también enunciado en la sentencia sobre Maastricht, al control sobre actuaciones eventuales *ultra vires* de la Unión (apdo. 240). El problema radica, como en otros muchos aspectos de la sentencia, no tanto en lo que dice, como en lo que omite. De entrada, se “olvida” de recoger el adjetivo de *general* al reafirmar la doctrina *Solange II* en materia de derechos humanos.⁶⁰ Y, por lo que específicamente se refiere al asunto en cuestión, ni mucho menos se precisa en modo alguno en qué casos se ejercitaría ese control por parte del Tribunal Constitucional ni se encuentra referencia alguna a mecanismos de cooperación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶¹ Obviamente, al Tribunal Constitucional alemán ni se le pasa por la cabeza la posibilidad –en realidad a tenor del citado artículo 267 TFUE nada impediría hablar

59. BVerfGE 73, 339 (376); BVerfGE 102, 147 (164).

60. Este detalle es subrayado por Christian Tomuschat, “Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, vol. 70, p. 251-282, en p. 261.

61. De hecho, cualquier lector que no esté muy familiarizado con las atribuciones que los tratados constitutivos realizan a favor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia jurisdiccional podría llegar a la conclusión –obviamente del todo punto errónea– de que este carecería de competencia para controlar la legalidad de actos comunitarios por una actuación *ultra vires* de las instituciones europeas. Por el contrario, el lector que conozca mínimamente las posibilidades evidentes que brinda tanto el recurso de anulación basado en una falta de competencia (artículo 263 TFUE) como sobre todo la cuestión prejudicial de validez (artículo 267 TFUE) se percataría de inmediato de que tal sensación es del todo punto inadecuada.

de obligación— de que en tales casos extremos en el que surgiera una duda sobre la validez de un acto comunitario por falta de competencia se plantease por él cuestión prejudicial. Es más, difícilmente podrá atribuirse a la casualidad o a un olvido el que, a diferencia de lo que ocurría en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional alemán omita toda referencia al principio de cooperación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, desde luego, ni por lo más remoto se detecta intención alguna del Tribunal Constitucional alemán de plantear una cuestión prejudicial. De ahí que un importante sector de la doctrina alemana haya reclamado una reforma expresa de la ley que regula la jurisdicción del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgesetz*) para introducir expresamente la exigencia de plantear cuestión prejudicial en este tipo de casos.⁶² Y, relacionado o no con este manifiesto, lo cierto es que en la primera ocasión en que este tribunal se ha encontrado con un recurso de amparo en el que se pedía la realización de este control *ultra vires*—el asunto *Honeywell*— el Tribunal Constitucional ha establecido con un tono radicalmente diferente al empleado en la sentencia sobre Lisboa que en este tipo de supuestos, antes de realizar en su caso el control referido, se debería plantear la cuestión prejudicial correspondiente al Tribunal de Justicia.⁶³

Bien visto y una vez comparados con cierto sosiego los apartados afectados en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht y la actual sobre el Tratado de Lisboa, se podría tener incluso la sensación de que lo que entonces parecía configurarse como una mera posibilidad remota de control de actos de Derecho derivado por parte del Tribunal Constitucional alemán, ahora adopta una formulación más

62. Este aspecto es subrayado, entre otros, por Armin von Bogdandy, *loc. cit.* ("Prinzipien der Rechtsfortbildung..."), p. 4; Jan Bergmann y Ulrich Karpenstein, "Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht - Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, vol. 12, p. 529-542, en p. 535. Existe, de hecho, un manifiesto firmado por 35 catedráticos, jueces y abogados alemanes relevantes en el que se propone al legislador alemán la inclusión en la ley alemana que regula la jurisdicción del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) un nuevo artículo 13a con una redacción que dejase clara la obligación de este tribunal de plantear la cuestión prejudicial cuando en el marco de un proceso en el que resultase relevante para la resolución del caso la interpretación de aspectos básicos de los tratados constitutivos o la validez e interpretación de actos de las instituciones u organismos de la Unión; "Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Auswege aus dem drohenden Justizkonflikt", disponible en <http://whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf>.

63. BVerfG 2 BvR 2661/06 de 6.7.2010, especialmente apdo. 60 y apartado b del tenor primero de la decisión (*Beschluss*).

general que transmite la sospecha preocupante de que se podría estar pensando en no permitir la adopción de ningún acto *ultra vires*.⁶⁴ Esa materialización temida de control *ultra vires* podría realizarse respecto a actos jurídicos adoptados por las instituciones de la Unión, pero también respecto a sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este sentido, existe un cierto sector doctrinal alemán que ha demandado tal control en relación con cuestiones como la conformidad de la Directiva de la protección de datos con los derechos fundamentales⁶⁵ o la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la doctrina *Franovich* por normas estatales de rango legal.⁶⁶ No obstante, el caso más polémico y esperado era el derivado de la ya citada sentencia que había dictado el Tribunal de Justicia en el asunto *Mangold* en relación con la incompatibilidad de la legislación alemana sobre contratos a tiempo parcial con la Directiva 2000/78/CE sobre anti-discriminación y con el principio de no discriminación por razón de la edad.⁶⁷ De hecho, estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional alemán un recurso de amparo sobre el que se dirigían todas las miradas porque podía ser la primera oportunidad en la que el Alto Tribunal tendría ocasión de realizar ese control *ultra vires*. Sin embargo, no ha sido así y en su ya citada decisión de 6 de julio de 2010 el Tribunal Constitucional consideró que la referida sentencia del Tribunal de Justicia no transgrede una competencia de la Unión de manera que resulte constitucionalmente objetable.⁶⁸ Tampoco lo había hecho,

64. Véase Christian Tomuschat, *loc. cit.* ("Lisbon -Terminal..."), p. 262; Jan Bergmann y Ulrich Karpenstein, "Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht - Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, vol. 12, p. 529-542, en p. 535.

65. Véase, por ejemplo, Sabine Leutheusser-Schmarrenberger, "Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, p. 9-13.

66. Véase, entre todos, el trabajo provocador que en su momento escribió Wolfgang Dänzer-Vanotti, "Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, p. 733-742.

67. Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04, cit.). Esta posición del Tribunal de Justicia se ha visto plenamente confirmada en la sentencia posterior de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci* (C-555/07, no publicada aún en la recopilación oficial).

68. BVerfG 2 BvR 2661/06, *cit.*, apdo. 71 y ss. Resulta curioso cómo la decisión se refiere incluso a un cierto derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a equivocarse ("... hat der Gerichtshof Anspruch auf Fehlertoleranz") (apdo. 66). Con todo, en esta ocasión existe, como ya hemos indicado *ut supra* (nota 26), un voto particular del juez

por cierto, el primer senado de ese tribunal en la no menos esperada sentencia de 2 de marzo de 2010, en la que se tenía que dilucidar si la exigencia derivada de la ley alemana de transposición de la Directiva sobre conservación de datos de conservar durante seis meses determinados datos suponía una violación del derecho fundamental a la protección de datos previsto en el artículo 10 LFB.⁶⁹

En este mismo orden de cuestiones, sobre las competencias de la Unión la sentencia da otra “vuelta de tuerca” más a la posición que el Tribunal mantuvo con ocasión de la sentencia Maastricht. Así, en relación con la cláusula de flexibilidad recogida en el artículo 352 TFUE, el Tribunal considera que su uso implica por sí mismo una nueva atribución de competencias soberanas y, por tanto, lo somete a una reserva de ley (apdo. 417). Ni más ni menos. Es decir, cada vez que la Unión pretenda dictar un acto fundado en esa base jurídica en Alemania se requerirá una ley de las previstas en el artículo 23.1 inciso segundo LFB, esto es, con necesario voto favorable del *Bundesrat*. Ciertamente, existe un sector doctrinal relevante para el que “resulta convincente” esta nueva exigencia.⁷⁰ Con todo, a nuestro entender se trata de una cautela del todo punto desproporcionada. De entrada, no parece que las modificaciones sufridas por esta cláusula de flexibilidad en el Tratado de Lisboa justifique una cautela jurisdiccional alemana nueva que no existía hasta ahora pese al uso extensivo que en la década de 1980 y 1990 se hizo de ella (antiguo artículo 235 TCEE y

Landau que sostiene una propuesta clara de realizar el control *ultra vires* sobre esta sentencia del Tribunal de Justicia y que realmente merece ser leída por quienes no ven riesgo potencial alguno en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa.

69. BVerfG 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08. Esta sentencia tenía el “morbo jurídico” añadido de que fuera además el primer Senado del Tribunal –con fama de ser bastante más condescendiente con el Derecho de la Unión que el segundo Senado, autor de la sentencia sobre Lisboa– al que le correspondiera pronunciarse sobre un tema que, aunque poco tuviera que ver en realidad con los aspectos más criticados de la sentencia de junio de 2009, se veía lógicamente afectado por el mismo. Pero la sentencia eludió por completo la vía de la confrontación. El Tribunal Constitucional alemán se limitó a aceptar la compatibilidad de la ley de transposición con la Ley Fundamental y no dio el menor pie para un conflicto a propósito del contenido de la Directiva. En realidad, ni siquiera los votos particulares de los jueces Schluckebier y Eichberger dejan resquicio alguno para ver un ataque al Derecho de la Unión.

70. Véase, por todos, Claus Dieter Classen: “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional federal sobre el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad constitucional*, UNED, 2010, núm. 25, p. 237-260, en p. 245.

308 TCE)⁷¹ y pese a que, como recordó el Tribunal Constitucional checo, el Tratado de Lisboa refuerza ahora la posición del Parlamento Europeo.⁷² Como con acierto y buena dosis de ironía ha escrito un sector relevante de la doctrina constitucional alemana, a partir de ahora se necesitará recurrir al procedimiento legislativo del artículo 23.1 LFB para aprobar actos de la Unión, como por ejemplo un reglamento sobre la apertura de los archivos históricos de la Euratom.⁷³

Es más, puestos a examinar la argumentación de la sentencia, si el Tribunal Constitucional hubiera querido ser plenamente coherente con su nueva posición no debería haber pasado por alto que existe otra atribución de competencia horizontal en el Tratado que, esa sí, no requiere la unanimidad (basta la mayoría cualificada en el Consejo y la codecisión del Parlamento Europeo) y permite adoptar medidas armonizadoras en materias ligadas al mercado interior que, como fueron por ejemplo los casos de la Directiva sobre protección de datos o la Directiva sobre prohibición de la publicidad, habían levantado una honda polémica en Alemania (artículo 114 TFUE).⁷⁴

71. De hecho, desde el punto de vista procedimental, el nuevo artículo 352.1 TFUE mantiene, en contra de lo propuesto por un importante sector doctrinal, la exigencia –y garantía desde el punto de vista nacional– de la unanimidad en el Consejo, a la par que sustituye la posición relegada anterior del Parlamento Europeo (mera consulta) por una plena equiparación legislativa con el Consejo (aprobación previa). Y desde el punto de vista material, la ampliación de su ámbito de aplicación pasa de tratarse de un acto cuyo objetivo estuviera relacionado con el “funcionamiento del mercado común” (antiguo artículo 308 TCE que reprodujo sin modificación alguna el viejo artículo 235 TCEE) a tratarse de una acción “en el ámbito de las políticas definidas en los tratados” es en la práctica mucho menor de lo que *prima facie* parece y, en todo caso, se sigue encuadrando dentro de las exigencias derivadas del irrenunciable principio de atribución expresa de competencias (artículo 5.1 TUE). Es más, a diferencia de lo que establecía el fallido Tratado Constitucional (artículo I-18), se deja patente de manera expresa que esta base competencial no sirva para dictar actos en el ámbito de la PESC (artículo 352.4)

72. En su sentencia de 2008, el Tribunal Constitucional checo subrayó que, a pesar de que esta cláusula puede implicar una ampliación de las competencias de la Unión, no supone una reforma tácita de los tratados constitutivos, y además el Tratado de Lisboa ha reforzado el control democrático sobre su aplicación al sustituir su papel anterior muy secundario (consulta previa) por una posibilidad de veto real al Consejo (aprobación previa del Parlamento Europeo); cfr. P. Nemeckova, *loc. cit.*, p. 248; A. Allue Buiza, *loc. cit.* (“La ratificación...”), p. 18.

73. Armin von Bogdandy, *loc. cit.* (“Prinzipien der Rechtsfortbildung...”), p. 3.

74. En efecto, con base en esta atribución de competencia de carácter horizontal, la Unión puede adoptar medidas de armonización “que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior” (artículo 114.1 TFUE). En la práctica, la Unión Europea ha adoptado directivas relevantes que han levantado una polémica enorme en algunos Estados. En diversas ocasiones el Tribunal de Justicia ha tenido que

2. La interpretación peculiar de los nuevos mecanismos de revisión de los tratados: otro freno más al futuro proceso de integración

Igualmente, en consonancia lógica con esta doctrina, la sentencia plantea también problemas adicionales en relación con la aceptación constitucional de los procedimientos de reforma previstos en los tratados constitutivos, especialmente a los de nuevo cuño. En primer término, en relación con el procedimiento ordinario, para el cual existe precisamente la previsión constitucional específica del artículo 23.1 LFB, se fijan los límites ya aludidos a la atribución de derechos soberanos (apdos. 236, 242, 412) y, como ya se ha indicado, la sentencia declara, además, contrario a la LFB la ley de ampliación y consolidación de los derechos del *Bundestag* (apdo. 412). Pero, en segundo término, la sentencia establece también un buen cúmulo de cautelas a propósito de los llamados procedimientos de reforma simplificados que ha introducido el Tratado de Lisboa para lograr dotar de mayor flexibilidad a unas reformas de los tratados que, como han demostrado los últimos procesos ratificadores, no es precisamente sencillo en una Unión con 27 estados miembros.

Así, en relación con el procedimiento mediante el cual el Consejo Europeo puede adoptar por unanimidad decisiones para modificar total o parcialmente las políticas o acciones de la Unión (artículo 48.6 TUE), la sentencia exige también la aprobación de una ley con una mayoría de dos tercios tanto en el *Bundestag* como en el *Bundesrat* (apdos. 243, 312), y lo hace pese a que este mecanismo de revisión simplificada deja patente con toda rotundidad que esa decisión “no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los tratados”. Igualmente, a propósito de las llamadas “pasarelas” –a través

terciar en conflictos sobre su uso adecuado, pero resulta del todo punto injustificada la crítica, extendida en ciertos sectores de la doctrina alemana y británica, en el sentido de que aquel siempre hace una interpretación extensiva a favor de la Unión. Ciertamente, en el caso de la Directiva sobre protección de datos falló en este sentido; sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-301/06, no publicada aún en la recopilación oficial). Pero también se olvida que en otras ocasiones lo ha hecho en sentido contrario y ha considerado que esta base jurídica (antes artículo 95 TCE) era insuficiente para la adopción del acto en cuestión y lo ha anulado en su integridad. A este respecto, la polémica Directiva sobre la prohibición de la publicidad del tabaco, que además había levantado una polémica pública particular en Alemania, sería un buen ejemplo de interpretación restrictiva; sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98, *cit.*).

de ellas el Consejo Europeo podrá decidir por unanimidad el tránsito de la unanimidad a la mayoría cualificada o de un procedimiento especial al ordinario siempre si en un plazo de seis meses ningún parlamento nacional se pronuncia en contra (artículo 48.7 TUE)–, la sentencia vuelve a exigir también una ley en el sentido del artículo 23.1 LFB; lo hace incluso aunque se trate de un supuesto de las pasarelas especiales en materia de Derecho de Familia con repercusión transfronteriza prevista *ad hoc* en el artículo 81.3 TFUE (apdo. 319 *in fine*).

Piéñese que, hasta en los casos peculiares en los que el miembro alemán en el Consejo haga uso de las potestades existentes en materia de cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza para que el proyecto de directiva en cuestión se remita al Consejo Europeo por afectar a “aspectos esenciales de su justicia penal” (arts. 82.3 y 83.3 TFUE), se exige también pronunciamiento del *Bundestag* y, en su caso, del *Bundesrat* (apdo. 365), lo cual resulta ciertamente contradictorio, no tanto porque no se especifique en la sentencia qué tipo de pronunciamiento parlamentario se requiera, sino porque la finalidad de esa disposición –no prevista, por cierto, en el Tratado Constitucional fallido (artículo III-270 y 271)– radica en la intención de introducir lo que se ha dado en llamar un “freno de emergencia” pensado precisamente para frenar en el Consejo Europeo una decisión que en principio corresponde al Consejo.

En suma, estas consideraciones del Tribunal Constitucional y algunas otras en las que no es momento de entrar apuran, a nuestro entender, el concepto de soberanía alemana hasta límites realmente excesivos. Bajo el caparazón de una argumentación jurídica aparentemente exquisita, se esconde más un activismo judicial “creador de Derecho” que la interpretación de unas cláusulas de flexibilidad que conllevan en su regulación garantías estatales más que suficientes; aparte, por supuesto, de haber sido aceptadas por el Estado alemán al negociar, adoptar y ratificar el Tratado de Lisboa. De hecho, difícilmente considerará nadie que en aquellos Estados que estimen que la cláusula de flexibilidad o los mecanismos de reforma simplificados quedan perfectamente cubiertas por sus respectivas cláusulas europeas para la atribución de competencias –en nuestro caso, el artículo 93 de la Constitución– hayan entregado sus respectivas *Kompetenz-Kompetenz* a la Unión o hayan quedado desposeídos del núcleo irrenunciable de su soberanía.⁷⁵

75. Con razón plantea M.^a José Bobes Sánchez la pregunta “¿habrían entregado la *Kompetenz-Kompetenz* y desprotegido su soberanía o infringido el principio democrático los Estados que no exijan una ley para consentir en el uso de los diversos mecanismos dinámicos

Más bien al contrario, cae el Tribunal Constitucional alemán en *una* posición interesada que pretende elevar a categoría aceptada por todos. Y lo hace además dejando de lado posibilidades que la propia LFB brinda para una interpretación algo más *europafreundlich*.

VI. Consideraciones finales

1. Toma de posición doctrinal parcial e interesada: la sentencia como una suerte de “tesis doctoral de Escuela” plagada de citas escogidas

En este sentido, tras la lectura sosegada de los recovecos seguidos por la argumentación del Tribunal Constitucional alemán para llegar a su fallo, no hace falta haber sido el abogado que defendió la posición del gobierno federal en ese asunto para sentirse sobresaltado por el escásimo uso que la sentencia hace de dos referencias de la Ley Fundamental que deberían haber sido capitales a la hora de construir la argumentación: por un lado, la referencia del preámbulo de la Constitución alemana a la búsqueda de la paz en el mundo en una Europa unida y, sobre todo, de las potencialidades del artículo 23 en la redacción que le dio la reforma constitucional de 1992 para articular la pertenencia de Alemania a la Unión Europea.⁷⁶ En lugar de ello, la sentencia prefiere emplear como argamasa de sus argumentos los conceptos de soberanía y estatalidad, por un lado, y el principio democrático del Derecho Constitucional alemán, por otro lado. Y, en algún caso, pretende además elevarlo a categoría general aceptada por todos.

A este respecto, resulta sin duda llamativo el uso generoso que el Tribunal Constitucional hace de las citas. No solo de sí mismo –especialmente de la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (apdos. 175, 180, 216, 233, 236, 240, 251, 271, 312 etc.)– o de otros tribunales nacionales (francés, checo...), europeos (Tribunal de Justicia de la UE y TEDH) o incluso internacionales (Tribunal Internacional de Justicia), sino también de la doctrina. Ahora bien, si se analiza con cierta atención la selección doctrinal escogida para respaldar la posición sosteni-

previsto por el Tratado de Lisboa?”; “La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, núm. 33, p. 157-186, en p. 179.

76. Véase, en este sentido, C. Tomuschat: *loc. cit.* (“Lisbon -Terminal...”), p. 271-272.

da por el Tribunal, se notará que se omite por completo a autores alemanes de referencia que no encajan precisamente con quienes sostienen posturas no coincidentes con las de la sentencia,⁷⁷ así como los trabajos valiosos de corte crítico que se elaboraron con ocasión de la sentencia anterior sobre el Tratado de Maastricht. Y cuando se hace, para indicar una posición doctrinal contraria, se incluyen de forma poco elegante trabajos académicos de autores que representan a partes en el proceso.⁷⁸ Dicho gráficamente, la sentencia abre los ojos a quienes todavía pudieran tener alguna duda sobre la posición doctrinal que el Tribunal Constitucional alemán pudiera adoptar dentro de la paleta de opciones existentes entre los dos extremos marcados, por ejemplo, por la ya conocida visión de Paul Kirchhof sobre la Unión como una *Staatenverbund*,⁷⁹ y la de Ingold Pernice sobre el *multilevel constitutionalism*.⁸⁰

Salvando las distancias, en ocasiones algunos pasajes de la sentencia se parecen más a una tesis doctoral de elaboración precipitada en la que solo se cita a los autores de la "escuela" propia que a una sentencia.⁸¹ Como ha afirmado con atino Peter Häberle, la sentencia

77. En cualquier selección bibliográfica manejada por los estudiantes alemanes del Derecho de la Unión Europea o por los estudiosos de las relaciones entre ordenamientos, será difícil no toparse con trabajos de referencia de Armin von Bogdandy, de Jürgen Schwarze o de Manfred Zuleeg, por poner tres ejemplos ampliamente subrayados. Para el Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, no existen. Por el contrario, será muy posible que hasta conocedores del Derecho de la Unión en un grado bastante más elevado que el de mero aficionado desconozcan la obra de Schiffbauer (apdo. 33), Höreth (apdo. 237), Friauf (apdo. 266) o en menor medida Von Danwitz (apdo. 305).

78. Es el caso de la cita de Ingolf Pernice (apdo. 33), abogado del *Bundestag* en este proceso, que resulta totalmente prescindible y sacada por completo de contexto. Tampoco se entiende, por cierto, la cita que la sentencia hace al trabajo de Christian Tomuschat –a la sazón abogado del gobierno federal– a propósito del mecanismo de la secesión en el Derecho Internacional cuando es autor de un buen número de trabajos de primer orden en materias tratadas directamente por la sentencia.

79. "Die rechtliche Natur der Europäischen Union als Staatenverbund", en Bogdandy, Armin von (ed.), *op. cit. (Europäisches Verfassungsrecht...)*, p. 893-929, en particular p. 904-909.

80. "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action", *Columbia Journal of European Law*, 2009, p. 349-407. Una visión previa más explícita sobre su concepción del "constitucionalismo multinivel" se encuentra en "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, 2002, p. 511-529.

81. Con todo, para algunos autores de reconocido prestigio se trata "de una formulación similar a un trabajo de habilitación" que les conduce a colocar este aspecto en la columna de los aspectos positivos de la sentencia; Peter Häberle: *loc. cit.* ("La regresiva..."), p. 414. También ha sido calificada de "docta"; M.^a José Bobes Sánchez: *loc. cit.* ("La integración europea...").

“[p]ermanece en una «Teoría del Estado retrospectiva» atrapada entre las manos de los siete magistrados alemanes que son solo una «escuela» entre muchas y que deberían plantearse también de manera autocrítica acerca de su propia legitimación democrática directa”.⁸²

Apurando este mismo argumento y trasladándolo a las citas normativas, llama igualmente la atención la selección que la sentencia hace respecto a los preceptos constitucionales en liza. Como hemos visto, al referirse al artículo 23 LFB estira hasta el paroxismo la virtualidad de la cláusula de la eternidad del artículo 79.3 LFB, pero no explora en absoluto las potencialidades del propio precepto. De forma semejante, al tratar cuestiones tan relevantes como la apertura internacional y europea del sistema constitucional alemán y referirse al artículo 24 LFB, se limita a citar sus dos primeros apartados (apdo. 222), pero pasa por alto la referencia relevante del párrafo tercero al compromiso alemán con la jurisdicción internacional (artículo 24.3 LFB). Lo propio cabría decir, en fin, del uso meramente cosmético de la supuesta *Europafreundlichkeit* de la LFB frente a la extracción masiva de consecuencias a partir del principio contrapuesto de la *Integrationsverantwortung*; por mucho que lo repita en diversos *obiter dicta* la sentencia resulta bastante más *Europaunfreundlich* que la LFB.

2. Motivos para una preocupación comedida: el diálogo judicial con el Tribunal de Justicia como única vía posible

Ciertamente no puede obviarse que un sector amplio de la doctrina alemana ha recibido la sentencia con unos vítores que en algunos pasajes desentonan ostensiblemente con el tono habitual sosegado que esos mismos autores emplean al tratar otras materias. Un buen botón de muestra son aquellos trabajos en los que casi se aplaude el que por fin se tome en serio la soberanía popular y la democracia,⁸³ se impida a la Unión ser algo más que una mera asociación de Estados soberanos⁸⁴ o se use la Ley Fundamental para impedir una “estatalización”

82. Peter Häberle: *loc. cit.* (“La regresiva «sentencia Lisboa»...”), p. 427.

83. Véase Klaus Ferdinand F. Gärditz y Christian Hillgruber, “Vollsoveranität und Demokratie ernst genommen - Zum Lissabon-Urteil des BVerfG”, *Juristen Zeitung*, 2009, vol. 64, p. 872-881.

84. Frank Schorkopf, “The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law of International Law*, 2009, vol. 10,

futura de la Unión Europea,⁸⁵ por no mencionar encendidas diatribas que han podido seguirse también en la prensa alemana por reconocidos juristas.⁸⁶

En el extremo opuesto existen otros autores que, por el contrario, han emitido juicios de tal severidad como considerar la sentencia un manifiesto político,⁸⁷ un día negro para la historia de Europa⁸⁸ o "un golpe durísimo a la Unión Europea misma, con efectos que van más allá del sistema alemán".⁸⁹ Incluso hay quienes, como Christian Callies, creen que el Tribunal Constitucional alemán se ha erigido en una especie de "tribuno de la plebe" (*Volkstribun*) que, en ausencia de referéndum en Alemania asume las críticas al proceso de integración que tienen en mente muchos ciudadanos.⁹⁰

A nuestro juicio, pese a todas sus estridencias y excesos dialécticos, la sentencia probablemente deba ser interpretada como un ejemplo más del tradicional "tira y afloja" entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien creemos que en esta ocasión al primero se le ha ido la mano. Ciertamente, acaso

p. 1219-1240; *ib.*, "Die Europäische Union im Lot-Karlsruhe Rechtsprechung zum Vertrag von Lissabon", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, núm. 20, p. 718-724.

85. Dieter Grimm, "Das Grundgesetz als Riegel von einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht", *Der Staat*, 2009, vol. 48, p. 475-495, en especial p. 486-487.

86. Para hacernos una idea cabal del tono empleado por defensores y detractores de la sentencia resulta muy ilustrativa la lectura comparada de los artículos publicados en un diario alemán de referencia por dos personas particularmente relevantes, uno por haber sido el juez ponente del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, y el otro por haber sido un activo abogado general en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con participación en asuntos particularmente significativos; Paul Kirchhof, "Faszination Europa", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 16 de julio de 2009; Carl Otto Lenz, "Ausbrechender Rechtsakt", *Allgemeine Frankfurter Zeitung*, de 8 de agosto de 2009.

87. Christian Tomuschat, "The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon", *German Law Journal*, 2009, p. 1259-1262, en p. 1259.

88. Alfred Grosser, "The Federal Constitutional Court's Case: Germany's Sonderweg - An Outsider's Perspective", *German Law Journal*, 2009, p. 1263-1266, en p. 1263.

89. Mario P. Chitti, "Am Deutschen Volke. Primera nota sobre la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa y su aplicación en Alemania", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2009, núm. 7, p. 4-9, en p. 4 y 9.

90. Christian Callies, "Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen...", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, p. 559-582, en p. 581.

no falte cierta razón a Jacques Ziller –poco dudoso, por otra parte, de sostener una posición doctrinal contraria al proceso de integración– cuando considera que los autores que desde posiciones defensoras de la integración vierten críticas excesivas a la sentencia “might not realize that their interpretation of the *BVerfG*’s judgment of 30 June 2009 may contribute weakening the European Court of Justice’s position”,⁹¹ a su juicio, lo realmente relevante de la sentencia es que el Tribunal Constitucional alemán termina siendo “friendly towards European Law (*Europarechtsfreundlichkeit*)”, lo cual, además de ser acorde con las consecuencias que tuvo la sentencia al autorizar a la postre la ratificación del Tratado de Lisboa por Alemania, “might be useful in deterring some constitutional courts from trying to develop nationalistic interpretations”.⁹² En esta misma línea, Daniel Thym considera que “things are often not as bad as they seem, also with the Lisbon judgment”.⁹³

Con todo, cierto o no este riesgo, parece poco discutible que en esta ocasión el garante constitucional alemán ha “apretado” algo más de lo razonable, por mucho que su voluntad última haya podido ser la de no “ahogar”. De hecho, pese a que al ir leyendo algunos pasajes de la sentencia el lector tenga a veces la extraña sensación de que la argumentación va a conducir a un bloqueo de la ratificación del Tratado de Lisboa, resulta indudable que el Tribunal finalmente autoriza la celebración del tratado de reforma, y eso es ciertamente más que importante. Ahora bien, por mucha voluntad que pongan autores como Jacques Ziller y por mucho que queramos estirar la visión del Tribunal Constitucional alemán a propósito de esa supuesta *Europafreundlichkeit*, es imposible pasar por alto que esta sentencia entraña afirmaciones muy preocupantes. Seguramente resulte algo simple y acaso también en exceso reduccionista considerar que la sentencia significa un “sí a Alemania” que en cierto sentido encubre un cierto “no a más Europa”.⁹⁴ Quizá no sea fácilmente demostrable el supuesto “high degree of judicial activism” del Tribunal Constitucional alemán o que este “proceeds essentially from an attitude of euro-scepticism, viewing the European in-

91. Jacques Ziller, “The German Constitutional Court’s Friedliness towards European Law. On the Judgement of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon”, *European Public Law*, 2010, p. 53-73, en p. 55.

92. *Ib.*, p. 55-56.

93. *Loc. cit.* (“In the name of...”), p. 1809.

94. Véase Daniel Halberstam y Christoph Möllers, “The German Constitutional Court Says «Ja zum Deutschland»”, *German Law Journal*, 2009, vol. 10, p. 1241 y ss.

tegration process as a zero-sum game where Germany stands permanently on the losing side”,⁹⁵ pero no será fácilmente rebatible que esta sentencia crea, como poco, un clima desapacible en relación con la concepción jurídica de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los estados miembros que puede resultar fácilmente contagioso para otros tribunales constitucionales nacionales. Guste o no, la centralidad que representan tanto el modelo constitucional alemán como su máximo intérprete convierten a esta sentencia en un espejo al que otros tribunales constitucionales tendrán la inevitable tentación de mirarse. Como ya se ha afirmado por nuestra doctrina, esta sentencia “deja tras de sí un inquietante panorama que, trascendiendo del círculo interno, no tardará mucho en hacerse notar en todo el espacio jurídico de la UE”;⁹⁶ su estela tardará en desaparecer del espacio público europeo.⁹⁷ Trasluce además una concepción del proceso de integración europea, que de *Europafreundlich* tiene poco más que el nombre. Por mucho que posteriores pronunciamientos, como el recaído en el asunto *Honeywell*, relativicen algo esta tensión.

En todo caso, limitando al máximo las elucubraciones prospectivas de imposible constatación actual y centrándonos todo lo posible en una perspectiva netamente técnico-jurídica, podríamos concluir este trabajo con cuatro reflexiones finales y una duda última. Y desde esta perspectiva, a nuestro juicio, nos encontramos ante una sentencia que deja abiertos numerosos flancos para la crítica jurídica. En primer lugar, el Tribunal Constitucional formalmente está resolviendo un recurso de amparo, pero su argumentación material es la propia de un control abstracto de normas. La alegada violación del principio democrático le suministra al Tribunal Constitucional alemán la excusa perfecta para realizar un control abstracto de normas que quienes constitucionalmente están legitimados para plantearlo (el gobierno federal, el gobierno de un Land o un tercio de los miembros

95. Christian Tomuschat, “Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, vol. 70, p. 251-282, en p. 252.

96. Antonio López Castillo, “Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia-Lisboa de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 87, p. 337-360, en p. 339.

97. Se ha afirmado que “the judgment should therefore be read as the overture to future debates, not an epilogue on the ratification of the Lisbon Treaty”. Este autor considera que “many judicial considerations are meant to guide the course of European integration in the foreseeable future”; Daniel Thym, *loc. cit.* (“In name of...”), p. 1821.

del *Bundestag*) no hicieron. Más aún, en algún caso, no solo no lo hicieron sino que en sus alegaciones ante este recurso de amparo se opusieron frontalmente a su admisibilidad. Ello, desde un estricto punto de vista procesal-constitucional no parece lo más correcto. Pero, además, desde un punto de vista material, la consecuencia lógica es que el Tribunal Constitucional alemán cae en un detallismo poco propio en la resolución de un recurso de amparo fundado en la violación del principio democrático recogido en el artículo 38 LFB. No es ya que la sentencia entre con detalle en cuantas cuestiones encuentra por el camino con la excusa de examinar la validez de la cláusula europea del artículo 23 LFB para autorizar en Alemania la ratificación del Tratado de Lisboa, es que lo hace con un detalle que bien podría considerarse un ejercicio de "puntillismo jurisprudencial".

En segundo lugar, también parece a toda luces abusivo el recurso argumental que emplea el Tribunal Constitucional alemán al referirse en no menos de una docena de ocasiones a la cláusula de la eternidad del artículo 79.3 LFB como límite posible a la atribución de competencias autorizada por el artículo 23 LFB en casos de violación de las exigencias derivadas del principio democrático. Resulta, sin duda, muy discutible que la Unión padezca el "déficit democrático" que quiere ver la sentencia. Pero desde luego roza con lo temerario sugerir, aunque sea entre líneas y a través de una cita reiterada del excepcional precepto constitucional en cuestión, que la pertenencia a la Unión Europea pueda suponer un ataque a los valores democráticos alemanes en el sentido en que al menos hasta ahora era interpretada esa cláusula de la eternidad. A nuestro entender, además de representar una lectura muy restrictiva del artículo 23 LFB, comporta también un cierto riesgo de banalización o incluso "trivialización" de una cláusula excepcional justificada históricamente en el pasado inmediato alemán y pensada para situaciones que, por suerte, nada tienen que ver con el Tratado de Lisboa.

Pero, en tercer lugar, el hecho de que en esta sentencia haya desaparecido por completo cualquier referencia al principio de cooperación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no solo plantea dudas razonables sobre la violación eventual de la obligación de plantear cuestión prejudicial –especialmente cuando la duda radique en la validez de un acto de la Unión por actuación *ultra vires* de sus instituciones– derivada del artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE). También puede levantar sospechas sobre la voluntad real del Tribunal Constitucional alemán de seguir manteniendo un *diálogo judicial* leal con el Tribunal de Justicia como a la postre ha venido haciendo hasta ahora. No puede extrañar, por tanto, que desde diversos sectores doctrinales

alemanes se demande una reforma legal de la ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgesetz*) para introducir una obligación explícita del Tribunal Constitucional de plantear cuestión prejudicial en los casos aludidos.⁹⁸ Piénsese, además, que ya no es excepcional que tribunales constitucionales nacionales planteen una cuestión prejudicial.⁹⁹ Ciertamente es, empero, que el posterior pronunciamiento de julio de 2010 ha matizado de forma radical esta situación.

En cuarto lugar, probablemente el elemento más preocupante de la sentencia sea la reserva competencial a favor del propio Tribunal Constitucional para poder realizar un control *ultra vires* de actos adoptados por las instituciones comunitarias en contradicción con el principio de atribución expresa de competencias (apdo. 240). Ello entra, por supuesto, en contradicción con los principios más elementales del ordenamiento jurídico de la Unión y supone arrogarse poderes de control jurisdiccional de legalidad de actos comunitarios cuya competencia recae en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, además, implica adentrarse en un tema espinoso que con la jurisprudencia *Solange II* en materia de derechos humanos se creía cerrado, la sentencia sobre el Tratado de Maastricht de 1993 entreabrió su puerta y la sentencia actual entra de lleno. Resulta, además, tanto más preocupante por cuanto llega precisamente en un momento al que había costado mucho llegar y en el que otros Tribunales Constitucionales –incluido el nuestro– habían empezado a desprenderse de lastres interpretativos.¹⁰⁰ El

98. Véase Armin von Bogdandy, *loc. cit.* (“Prinzipien der Rechtsfortbildung...”), p. 4; Jan Bergmann y Ulrich Karpenstein, *loc. cit.* (Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle...”).

99. Ya lo han hecho al menos sus homólogos austriaco, belga, italiano o lituano. Una visión detallada del contexto y de las cuestiones prejudiciales planteadas hasta ahora por estos tribunales nacionales se encuentra en Franz C. Mayer, “Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Armin von Bogdandy y Jürgen Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2.ª ed., Berlín, Springer, 2009, p. 559-607, en especial p. 564-568; también disponible en inglés en *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., Oxford-Múnich, Hart-Beck, 2010, p. 399-440, en p. 403-406.

100. El caso español sea probablemente uno de los más evidentes, dado que la Declaración 1/2004 rompió con la consideración jurisprudencial anterior del Derecho de la Unión como un Derecho “infraconstitucional” y el artículo 93 de nuestra Constitución como un precepto que no era solo de carácter “orgánico-procedimental”. Esta declaración la hemos comentado de forma amplia en “Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: Comentario a la declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, p. 799-818.

En realidad, desde hacía tiempo había autores que, como era el caso de Araceli Mangas Martín, venían reclamando una nueva concepción del Tribunal Constitucional español que lograra por fin superar la dimensión meramente procedimental del artículo 93 CE y aceptar

más Alto Tribunal alemán se arroga así un poder de naturaleza más política que jurisdiccional que sobrepasa las atribuciones propias de un *Tribunal por muy Constitucional y por muy alemán* que sea. No obstante, tampoco puede obviarse que en la primera ocasión en el que el Tribunal Constitucional alemán ha tenido oportunidad de examinar una actuación *ultra vires* posible de la Unión en un asunto especialmente sensible para la opinión pública alemana –la llamada saga *Mangold*– ha rechazado de plano tal posibilidad y se ha comprometido, llegado el caso a plantear antes cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En suma, en cierto sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha lanzado un órdago al proceso de integración europea con un pronunciamiento preocupante que podría encubrir algo más que *otra* sentencia crítica. Falta aún por saber si solo es un farol o realmente guarda aún cartas para intentar ganar la partida del diálogo judicial con el Tribunal de Justicia. Un diálogo este que precisa de una cooperación leal entre ambos jugadores que es del todo punto imprescindible para el desarrollo jurídico adecuado del proceso de integración. Veremos ahora cómo juega Luxemburgo sus cartas...

Bibliografía básica seleccionada

ALLUÉ BUIZA, Alfredo. "La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009". *Revista de Estudios Europeos*, 2010, núm. 54, p. 9-34.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. "El control de constitucional del acceso alemán a la tercera fase de la Unión Monetaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal

plenamente las consecuencias jurídicas que entraña la participación de España en la Unión Europea; *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1987; "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros). Una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, p. 381-393; igualmente Gil Carlos Rodríguez Iglesias, "L'incidence du droit communautaire sur le droit national", en AA.VV. *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruselas, Bruylant, 1999, vol. I, p. 517-551.

Como ya se ha apuntado en anteriores apartados, era también la posición que habían sostenido otros Tribunales como el checo (sentencia de 26 de noviembre de 2008 y de 3 de noviembre de 2009), el polaco (sentencia de 11 de mayo de 2005) o incluso el francés (Decisión de 10 de junio de 2004). Ciertamente, en todo caso, que prácticamente todos los tribunales constitucionales se guardan algún tipo de reserva de jurisdicción en cuestiones europeas en cuyos contornos futuros es muy probable que influya de manera relevante la posición ahora sostenida por el Tribunal Constitucional alemán.

Constitucional Alemán de 31 de marzo de 1998". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1999, núm. 55, p. 323-335.

BAQUERO CRUZ, Julio. *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EUI Working Papers RSCAS 2007/13.

BERGMANN, Jan. "Das Bundesverfassungsgericht in Europa". *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2004, vol. 31, p. 620-627.

BERGMANN, Jan y KARPENSTEIN, Ulrich. "Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht - Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung". *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, vol. 12, p. 529-542.

BOBES SÁNCHEZ, María José. "La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa". *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, núm. 33, p. 157-186.

BOGDANDY, Armin von. "Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum - Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG". *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, núms. 1-2, p. 1-5.

BRÖHMER, Jürgen. "Containment eines Leviathans - Anmerkungen zur Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zum Vertrag von Lissabon". *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, p. 543-557.

CALLIES, Christian. "Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen...". *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, p. 559-582.

CANNIZZARO, ENZO y BARTOLONI, M. Eugenia. "Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni Della doctrina al Lissabon-Urteil". *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, núm. 1, p. 1-18.

CLASSEN, Claus Dieter. "¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrustes? - Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional federal sobre el Tratado de Lisboa". *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, 2010, núm. 25, p. 237-260 (traducido por M. A. Martín Vida). Disponible también en alemán en *Juristen Zeitung*, 2009, p. 881-889.

CHITTI, Mario P. "Am Deutschen Volke. Primera nota sobre la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa y su aplicación en Alemania". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2009, núm. 7, p. 4-9.

FRENZ, Walter. "Kastriertes Lissabon-Urteil? Die Relativierung durch den Mangold-Beschluss vom 6.7.2010"- *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2010, p. 401-407.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand y HILLGRUBER, Christian. Volkssoveranität und Demokratie ernst genommen - Zum Lissabon-Urteil des BVerfG". *Juristen Zeitung*, 2009, vol. 64, p. 872-881.

GREWE, Constance. "Le «traité de paix» avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, núm. 37, p. 1-17.

GRIMM, Dieter. "Das Grundgesetz als Riegel von einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht". *Der Staat*, 2009, vol. 48, p. 475-495.

GROSSER, Alfred. "The Federal Constitutional Court's Case: Germany's Sonderweg - An Outsider's Perspective". *German Law Journal*, 2009, p. 1263-1266.

HÄBERLE, Peter. "La regresiva «sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, núm. 12, p. 397-429 (traducido por Francisco Balaguer Callejón).

HALBERSTAM, Daniel y MÖLLERS, Christoph. "The German Constitutional Court Says «Ja zum Deutschland»". *German Law Journal*, 2009, vol. 10, p. 1241-1258.

JANCIC, Davor. "Caveats from Karlsruhe and Berlín: Wither Democracy after Lisbon?". *Columbia Journal of European Law*, 2010, vol. 16, p. 339-383.

KIIVER, Philipp. "The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU". *European Law Journal*, 2010, vol. 16, p. 578-588.

LEBECK, Carl. "National Constitutionalism, Openness to International Law and the Pragmatic Limits of European Integration - European Law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC". *German Law Journal*, 2006, vol. 7, p. 907-945.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio. "Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia-Lisboa de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional Federal alemán". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 87, p. 337-360.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José. "La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente «tira y afloja» con

el Tribunal de Justicia de la UE”, en RÍPOLL CARULLA, Santiago (dir.) y UGARTEMENDÍA ECIZABARRENA, Juan Ignacio (coord.), *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*. Oñate: IVAP, 2008, p. 175-197.

MAYER, Franz C. “Rashomon in Karlsruhe - A Reflection on Democracy and Identity in the European Union”, Jean Monnet Working Paper 5/2010. Nueva York: New York University, 2010. URL: <http://www.JeanMonnetProgramm.org>.

PACHE, Eckhard. “Das Ende der europäischen Integration? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertra von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie”. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009, p. 285-298.

PERNICE, Ingolf. “Les bananes et les droits fondamentaux: La Cour constitutionnelle allemande fait le point”. *Cahiers de Droit Européen*, 2001, vol. 3-4, p. 427-440.

SCHORKOPF, Frank. “The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”. *German Law of International Law*, 2009, vol. 10, p. 1219-1240;

Ib. “Die Europäische Union im Lot”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, núm. 20, p. 718-724.

TOMUSCHAT, Christian. “Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, vol. 70, p. 251-282.

Ib. “Control abstracto de normas. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa”, en BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización - ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México, Universidad Autónoma de México, 2010, p. 857-872.

Ib. “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”. *German Law Journal*, 2009, p. 1259-1262.

THYM, Daniel. “In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court”. *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 1795-1822.

ZILLER, Jacques. “The German Constitutional Court’s Friedliness towards European Law. On the Judgement of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon”. *European Public Law*, 2010, p. 53-73.

RESUMEN

El artículo analiza las relaciones entre el Derecho de la UE y el ordenamiento constitucional interno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, muy en especial de su sentencia de 30 de junio de 2009. Esta sentencia permitió la ratificación por Alemania del Tratado de Lisboa, pero marcó de forma mucho más estricta que en el anterior pronunciamiento de 1993 sobre el Tratado de Maastricht los límites de la integración europea desde la perspectiva constitucional alemana. Con una argumentación basada fundamentalmente en el concepto de soberanía y en el principio democrático del artículo 38 de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional alemán se reserva además la posibilidad de ejercer en el futuro un control sobre los actos de la Unión que fueran susceptibles de violar el principio de atribución expresa de competencias (control *ultra vires*) sin necesidad de plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. Aunque esta posibilidad no se ha materializado en la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional alemán ha tenido ocasión de pronunciarse en un caso concreto (asunto *Honeywell*), la sentencia provoca importantes dudas a propósito del necesario *diálogo judicial* entre este Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE, así como de las posibilidades de desarrollo futuro de la Unión.

Palabras clave: Tribunal Constitucional alemán; sentencia Tratado de Lisboa; principio democrático; identidad constitucional; control *ultra vires*; Derecho de la Unión Europea.

RESUM

L'article analitza les relacions entre el dret de la UE i l'ordenament constitucional intern a la llum de la jurisprudència del Tribunal Constitucional alemany, molt en especial de la sentència de 30 de juny de 2009. Aquesta sentència va permetre la ratificació del Tractat de Lisboa per part d'Alemanya, però va marcar de manera molt més estricta que en l'anterior pronunciament de 1993 sobre el Tractat de Maastricht els límits de la integració europea des de la perspectiva constitucional alemanya. Amb una argumentació basada fonamentalment en el concepte de sobirania i en el principi democràtic de l'article 38 de la Llei fonamental de Bonn, el Tribunal Constitucional alemany es reserva a més la possibilitat d'exercir en el futur un control sobre els actes de la Unió que siguin susceptibles de violar el principi d'atribució expressa de competències (control *ultra vires*) sense

necessitat de plantejar prèviament una qüestió prejudicial davant el Tribunal de Justícia de la UE. Encara que aquesta possibilitat no s'ha materialitzat en la primera ocasió en la qual el Tribunal Constitucional alemany ha tingut ocasió de pronunciar-se en un cas concret (assumpte *Honeywell*), la sentència provoca importants dubtes a propòsit del necessari *diàleg judicial* entre aquest Tribunal Constitucional i el Tribunal de Justícia de la UE, així com de les possibilitats de desenvolupament futur de la Unió.

Paraules clau: Tribunal Constitucional alemany; sentència Tractat de Lisboa; principi democràtic; identitat constitucional; control *ultra vires*; dret de la Unió Europea.

ABSTRACT

This article analyses the relationships between EU Law and internal constitutional organisation in the light of the jurisprudence of the German Constitutional Court, and in particular the ruling of 30 June 2009. This ruling allowed ratification by Germany of the Treaty of Lisbon, but marked out the limited of European integration from the German constitutional perspective much more strictly than it had in its previous declaration in 1993 on the Maastricht Treaty. Using arguments basically founded on the concept of sovereignty and the democratic principle of article 38 of the Fundamental Law of Bonn, the German Constitutional Court also reserves the option of exercising future control of the acts of the Union that are susceptible to violate the express attribution of power (*ultra vires* control) without the need to present a previous prejudicial question before the European Court of Justice. Although this option did not materialise the first time the German Constitutional Court had the opportunity to make judgement on a specific case (the *Honeywell* affair), the ruling had led to major questions regarding the necessary *judicial dialogue* between the German Constitutional Court and the European Court of Justice, as well as the possibilities for the future development of the Union.

Key words: German Constitutional Court; Treaty of Lisbon ruling; democratic principle; constitutional identity; *ultra vires* control; European Union Law.