

JURISPRUDENCIA

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 30.06.2009, RELATIVA A LA APROBACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA – ANÁLISIS Y COMENTARIOS

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL MARCO CONSTITUCIONAL ALEMÁN.
 1. LA LEY BÁSICA.
 2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN.
- III. LOS DIFERENTES ASUNTOS SOMETIDOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN
- IV. LA SENTENCIA
 1. ADMISIBILIDAD.
 2. LOS PARÁMETROS DE CONTROL.
 3. EL ANÁLISIS CONCRETO DEL TRATADO DE LISBOA RESPECTO AL PARÁMETRO DE CONTROL.
- V. COMENTARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de junio de 2009 el *Bundesverfassungsgericht* («Tribunal Constitucional federal» alemán o simplemente «TCF») ha hecho pública su esperada sentencia relativa al Tratado de Lisboa¹. En Alemania el debate de

* Miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas, Bélgica. Las opiniones expresadas lo son a título meramente personal y no pueden en ningún caso atribuirse a la Comisión Europea o sus Servicios.

¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, que se puede encontrar en el sitio Internet del TCF tanto en alemán (http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) como en inglés (http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html).

fondo entorno a la integración europea raramente tiene lugar en los círculos políticos, en los que la integración tiene un apoyo claramente mayoritario, sino que tiende a encontrar su lugar en el marco del contencioso ante el TCF². Una vez más el TCF dicta una sentencia que será comentada y analizada hasta la saciedad, una larga y espesa sentencia que hace balance de los decenios de integración europea y que, sin que fuera estrictamente necesario, determina ciertos límites casi-absolutos a lo que la República federal puede transferir como competencias a la Unión Europea («UE»). No es la intención de esta nota el efectuar un examen exhaustivo de la sentencia, algunas de cuyas secciones darían materia para una tesis doctoral, pues se trata sin duda de la sentencia de un tribunal constitucional más exhaustiva de las que han abordado la integración europea. En tanto que puede guiar, o al menos inspirar, jurisprudencia posterior de otros tribunales constitucionales, su importancia no puede ser minusvalorada.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

1. LA LEY BÁSICA

Desde su creación en 1949, la Ley Básica Alemana (*Grundgesetz*, en lo sucesivo «GG») ha subrayado la apertura de Alemania hacia la integración europea y la cooperación internacional. Su preámbulo expresa el deseo del pueblo alemán de servir a la paz internacional en «una Europa unida». Como miembro, la República Federal de Alemania («RFA») había transferido competencias a las Comunidades sobre la base del artículo 24.1 GG, que se refiere a organizaciones intergubernamentales. Dicha transferencia necesitaba una ley simple del *Bundestag*. Esta situación era considerada insatisfactoria³, y para poner remedio a la misma el legislador constitucio-

² Existe una abundantísima bibliografía en alemán sobre los problemas constitucionales que plantea la integración europea. Por mi parte, en las notas a pie de página me limitaré a citar bibliografía española, sin perjuicio de referirme a ciertas contribuciones recientes en alemán, relativas precisamente a la sentencia comentada. Para una reciente visión de la jurisprudencia del TCF anterior a la sentencia comentada, véase, TAJADURA, J. y DE MIGUEL, J. (Coord.), *Justicia Constitucional y Unión Europea – Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, CEPC, 2008, en pp. 43-94.

³ Por un lado, mientras que la transferencia de competencias podía tener importantes repercusiones a nivel constitucional, sólo se exigía una mayoría simple, mientras que otras modificaciones constitucionales exigían una mayoría de dos tercios, de acuerdo con el artículo 79.2 GG. Por otro lado, el *Bundesrat*, que representa los Länder, no tenía papel alguno en el procedimiento, aun cuando la transferencia podía afectar a sus competencias.

nal introdujo, en 1992, el artículo 23 en la GG, antes de la ratificación del Tratado de Maastricht. El artículo 23.1, primera frase, especifica que Alemania participa en el desarrollo de la UE «para la realización de una Europa unida». Dicha disposición también incluye que la UE debe respetar los principios democráticos, sociales y federales, así como los del Estado de Derecho, la subsidiariedad y los derechos humanos.

En términos de procedimiento, se deben distinguir dos situaciones. Para la transferencia de competencias, una ley ordinaria adoptada por el *Bundestag* con la aprobación del *Bundesrat* es suficiente (artículo 23.1, segunda frase). No obstante, si los fundamentos de la UE se alteran de manera que se afecten los principios constitucionales alemanes, una mayoría de dos tercios de ambas cámaras es necesaria, de acuerdo con la tercera frase de dicha disposición. Se trata de la misma mayoría que es necesaria para modificar la propia GG. La frase tercera del artículo 23.1 GG también establece límites a dicha transferencia: al referirse al artículo 79.3 GG, clarifica que ciertos principios constitucionales no pueden ser afectados, incluso por el legislador constitucional⁴. Los apartados 2 a 6 del artículo 23 GG establecen una serie de reglas precisas para los procedimientos de decisión relativos a los asuntos de la UE. Se prevé una obligación general de informar a las cámaras legislativas y un deber de tener en cuenta sus opiniones.

En la RFA la ratificación del Tratado de Lisboa exigía la adopción de tres leyes. Una primera ley de aprobación (*Zustimmungsgesetz*) que recoge el texto del Tratado. La ley cumple una doble función en Derecho alemán: autoriza al Presidente a firmar el Tratado y supone una «orden de aplicación» del tratado en el Derecho alemán. Una segunda ley que modificaba la GG y que integra los nuevos derechos concedidos a los parlamentos nacionales que se desprenden directamente del propio Tratado. Esta ley fue publicada oficialmente el 16 de octubre de 2008, pero entraría en vigor tras la entrada en vigor del propio Tratado de Lisboa. En fin, una ley de acompañamiento (*Mitwirkungsgesetz*) que ampliaba y reforzaba los derechos de *Bundestag* y el *Bundesrat*⁵. Adoptada en mayo-junio 2008, no entraba

⁴ En efecto, el artículo 79.3 GG «protege» ciertos principios constitucionales, como la democracia, Estado social y de derecho, federalismo y la dignidad humana. El origen de esta «garantía de eternidad» (*Ewigkeitsgarantie*) es la mala experiencia con la Constitución de Weimar, en la que una mayoría alcanzada por el partido nazi socavó las garantías constitucionales en 1933 a través de una ley que transformó el sistema en una dictadura.

⁵ *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union.*

en vigor antes de la entrada en vigor de la modificación de la segunda ley mencionada, que modifica la GG.

2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Para entender mejor la sentencia comentada, es necesario presentar unas breves pinceladas de su jurisprudencia anterior. Aunque el TCF había ya hecho públicas ciertas sentencias relativas a la posibilidad de controlar, tomando como parámetro los derechos fundamentales, la aplicación de ciertos actos comunitarios en Alemania, es la sentencia relativa al Tratado de Maastricht la que intenta establecer los fundamentos teóricos y jurídicos de las relaciones entre la GG y el Derecho primario comunitario⁶. De manera que algunos consideraron sorprendente, el TCF admitió ciertos recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) estimando que el particular podía verse afectado en su derecho de sufragio en las elecciones al *Bundestag*, que establece el artículo 38.1 GG. Esto fue interpretado en el sentido de que la TCF podía verificar si el *Bundestag* conservaba competencias sustanciales. En cuanto al fondo, el TCF desestimó las demandas. No obstante, hizo hincapié en que el «programa de integración» debe ser aplicado de manera correcta, pues de lo contrario se excederían los límites constitucionales a la transferencia de competencias exigidos por la GG. El TCF estableció dos tipos de control constitucional posibles.

Por un lado, cuando el estándar aplicable a la protección de los derechos y libertades fundamentales sea inferior al aplicado de acuerdo con la GG, el TCF podría volver a ejercer un control sobre si los actos comunitarios no respetan los derechos fundamentales garantizados por la GG. En segundo lugar, la aplicación del Tratado de Maastricht sería inconstitucional si la UE excede los poderes que le han sido atribuidos. Dicho acto (*ausbrechende Rechtsakte*) no sería aplicable en la RFA. El TCF dejó abierto si cualquier tribunal alemán podía hacer una declaración en dicho sentido o sólo el TCF.

En una sentencia posterior (*«Plátanos II»*)⁷, el TCF clarificó el alcance

⁶ Sentencia de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92 (Maastricht), *BVerfGE* 89,155. Véase, STEIN, T., «La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht», *Revista de Instituciones Europeas (RDCE)*, vol. 21, n.º 3, 1994, pp. 745-769.

⁷ Resolución de 7 de junio de 2000, 2 BvL 1/97, *NJW* 2000, 3124.

del primer tipo de control⁸. Confirmó que una cuestión prejudicial relativa a la validez de un acto de Derecho comunitario derivado es, de entrada, inadmisibile si los motivos de la remisión no exponen manera detallada que el Derecho comunitario, incluida la jurisprudencia del TJCE posterior a la sentencia «*Solange II*» del TCF⁹, se halla por debajo del nivel necesario de protección de los derechos fundamentales consagrados por el GG, de modo que esta protección ya no queda garantizada con carácter general. Por lo tanto, los motivos de tal remisión deberían comparar la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional con la protección a escala comunitaria. Según el TCF, la remisión en cuestión no cumplía estas exigencias¹⁰.

El capítulo inmediatamente anterior a la sentencia que nos ocupa es la sentencia de 18 de julio de 2005 relativa a la orden europea de detención y entrega¹¹. El TCF sugirió ya entonces una tercera posibilidad de control.

⁸ En el marco de un procedimiento iniciado por empresas importadoras de plátanos del Grupo Atlanta, el Verwaltungsgericht de Francfort del Meno se dirigió al TCF tras la sentencia del Tribunal del 9 de noviembre de 1995 (Asunto *Atlanta*, C-466/93, *Rec. 1995*, p I-3799), la cual había constatado la validez del régimen comunitario de importaciones de plátanos entonces vigente.

⁹ Resolución de 22 de octubre de 1986, 2 BvR 197/83 (*Solange II*), *BVerfGE* 73, 339.

¹⁰ El juez remitente se habría basado en una interpretación errónea de la sentencia «*Maastricht*» del TCF, al afirmar que, en lo sucesivo, éste ejercería de nuevo su competencia de control de los actos comunitarios, aunque lo hiciera en cooperación con el Tribunal de Justicia. Ahora bien, el TCF constata que en la sentencia «*Maastricht*» no se aparta de su jurisprudencia «*Solange II*» y que no existe tampoco contradicción entre estas dos decisiones. En este caso concreto, dado que el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 26 de noviembre de 1996 (C-68/95, *Port*, *Rec. 1996*, p. I-6065) había juzgado que el artículo 30 del Reglamento n.º 404/93, por el que se crea una organización común de mercado en el sector del plátano, obliga a la Comisión a adoptar todas las medidas transitorias que se consideren necesarias para facilitar el paso de los regímenes nacionales a la organización común de mercado, el juez remitente habría debido explicar de manera aún más detallada el alcance de la insuficiente protección de los derechos fundamentales. El juez remitente habría debido, a más tardar cuando el Tribunal dictó esta sentencia, reconocer que su decisión de remisión no estaba suficientemente motivada. Al igual que hizo el propio TCF en una decisión previa (sentencia de 25 de enero de 1995, 2 BvR 2689/94 y BvR 52/95) el Tribunal de Justicia consideró que la protección del derecho de propiedad exige la imposición de medidas transitorias para facilitar el paso al régimen comunitario. Así pues, estas decisiones ilustrarían la correlación de los procedimientos destinados a garantizar la protección de los derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. Por este motivo, el TCF rechazó por inadmisibile la cuestión prejudicial.

¹¹ *BVerfGE* 113, 273. El texto se encuentra asimismo en la dirección de Internet (http://www.bverf.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html). Existe varios comentarios

Examinando la ley alemana por la que se adaptaba el Derecho alemán a una Decisión Marco, el TCF afirmó *en passant* que tenía competencia para verificar si los principios inalienables del artículo 23.1, tercera frase, en combinación con el 79.3 GG, habían sido violados. Ante un argumento relativo a la «desestatalización», se anuncia ya que el Estado debería retener tareas «de importancia sustancial», que no podrían ser objeto de renuncia.

III. LOS DIFERENTES ASUNTOS SOMETIDOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

La sentencia es el resultado de un cierto número de demandas que deben ser claramente diferenciadas.

Por un lado están los asuntos «institucionales» (*Organstreitigkeit*), de acuerdo con el artículo 93.1.1 GG. Existían dos demandas de este tipo. Una de un diputado de la CSU (Sr Gauweiler) que ya había presentado una demanda contra el Tratado de Maastricht, y otra de *Die Linke*, que tiene estatuto de grupo parlamentario en el *Bundestag*, y que consideraba que el Tratado de Lisboa suponía una renuncia al principio del Estado social y democrático de derecho. También temía que las disposiciones sobre la política de seguridad podrían impedir que el *Bundestag* decidiera sobre el envío de soldados alemanes al extranjero.

Por otro lado, había un cierto número de recursos de amparo, que se centraban en una supuesta violación de los principios democráticos, el Es-

en español: TOMUSCHAT, C., «Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de Julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 253-271; VIDAL PRADO, C., «Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional federal frente a la eficacia del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 77 (mayo-agosto 2006), pp. 273-310; CUERDA RIEZU, A.R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, que declara inconstitucional la ley alemana sobre la orden europea de detención y entrega», *Revista europea de derecho fundamentales*, n.º 6, 2005, pp. 149-182. La «euro-orden» también ha dado lugar a jurisprudencia constitucional en España, véase la sentencia del TC 177/2006 de 5 de junio de 2006, sobre la misma, DE LA QUADRASALCEDO, T., «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega: Reflexiones tras la STC 177/2006 de 5 de junio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, n.º 78, pp. 277-303. Ha sido también objeto de una abundante jurisprudencia constitucional en varios Estados miembros, para una visión global de la misma, SIEGEL, S., «Courts and Compliance in the European Union: the European Arrest Warrant in National Constitutional Courts», *Jean Monnet Working Paper* 5/08.

tado de Derecho, la soberanía, el equilibrio de poderes y el Estado social. En sustancia, se argumentaba que Alemania abandonaba su soberanía y la dejaba en manos de un ente no democrático, perdiendo también su capacidad para desarrollar políticas de protección social. Se argumentaba incluso que la carta de Derechos Fundamentales violaba el artículo 1 GG, que protege la dignidad humana. Al permitir su artículo 52 limitaciones de los derechos fundamentales, ello podía conducir a situaciones en las que se violara la dignidad humana.

Algunas denuncias impugnaban también la ley de acompañamiento (*Mitwirkungsgesetz*), y se argumentaba que el derecho de sufragio implicaba que el *Bundestag* debía retener competencias significativas sobre cualquier decisión futura relativa a la integración. Por lo tanto, cualquier forma de modificación de los Tratados debería ser objeto de una ley del *Bundestag* antes de que los representantes de la RFA en el Consejo pudieran emitir su voto.

IV. LA SENTENCIA

1. ADMISIBILIDAD

El TCF considera que el recurso institucional del Sr Gauweiler no era admisible, pues un simple miembro del *Bundestag* no puede representar a la institución en su conjunto¹². El TCF admite, no obstante, el recurso institucional de *Die Linke*, pero sólo en la medida en que se refería al papel del *Bundestag* en materia militar¹³.

Los recursos de amparo son considerados admisibles en tanto que alegan, sobre la base de la primera frase del artículo 38.1 GG, una violación del principio democrático, la pérdida de «estatalidad» de la RFA y una violación del principio del Estado social¹⁴, pero no en lo que respecta al equilibrio de poderes y al Estado de Derecho por no tener suficiente vínculo con los derechos fundamentales cuya infracción era objeto de las denuncias¹⁵. Consideró también que no estaba claro cómo la Carta de Derechos Fundamentales, que tiene un ámbito de aplicación diferente al artículo 1

¹² Apartados 195-200.

¹³ Apartados 201-206.

¹⁴ Apartado 168.

¹⁵ Apartado 183.

GG, podía interferir con la dignidad humana, y por ello también decide no admitir esa parte de los recursos¹⁶.

2. LOS PARÁMETROS DE CONTROL

En los apartados 207 a 272, que forman la primera parte del análisis de fondo, el TCF explica cuál el parámetro de constitucionalidad que aplica, y el tipo de control constitucional que ejerce. El parámetro con respecto al que se controla la compatibilidad del acto por el que se aprueba el Tratado de Lisboa es el derecho de sufragio, que en tanto que derecho equivalente a un derecho fundamental, puede ser objeto de un recurso de amparo. El derecho de sufragio tiene para el TCF un gran contenido normativo, pues establece un derecho a la autodeterminación democrática, a la participación libre e igualitaria en la autoridad estatal ejercida en la RFA y al cumplimiento del principio democrático incluyendo el respeto del poder constituyente del pueblo. Para el TCF el control de una violación del derecho de sufragio también comprende usurpaciones a los principios que se codifican en el artículo 79.3 GG, en tanto que conforman la inalienable identidad constitucional. El derecho de sufragio es el derecho individual a la participación democrática más importante de los garantizados por la GG, y puede también ser violado por un cambio en la organización de la autoridad de Estado que tenga por efecto que la voluntad popular ya no pueda ser efectiva, y que los ciudadanos ya no pudieran gobernarse conforme a la voluntad de la mayoría¹⁷.

EL TCF admite, no obstante, que las exigencias del principio democrático pueden ser cumplidas sobre la base de modelos diferentes, y en determinados Estados los órganos parlamentarios no obedecen a una representación perfectamente proporcional del electorado. Considera, sin embargo, que una cosa es común a todos los sistemas de democracia representativa: se conforma una voluntad popular que ha sido formada libremente y sobre la base de una participación igualitaria, ya sea en el distrito electoral o en la asamblea que se crea a través del acto de la votación. La decisión sobre la dirección política que se toma por la mayoría de los votantes debe en principio reflejarse en el Parlamento y en el Gobierno; la parte que pierde sigue siendo visible como alternativa política y sigue activa tanto en los procedimientos informales de creación de la opinión pública, como en

¹⁶ Apartados 187-191.

¹⁷ Apartado 210.

los procedimientos formales de toma de decisiones, como oposición que, en elecciones subsiguientes, tendrá la ocasión de convertirse en representación de la mayoría¹⁸.

Para el TCF el principio de democracia no es susceptible de ser puesto en la balanza con otros intereses legales. Enmiendas de la GG que afectarán a los principios establecidos en el artículo 1 GG y el artículo 20 GG serán inadmisibles (artículo 79.3 GG). La llamada «garantía de eternidad» implica que dicha identidad no puede ser modificada por el poder legislativo constitucional, pues el poder constituyente no le ha concedido dicho mandato. En palabras del TCF: «La GG no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania, sino que la garantiza». El TCF deja explícitamente abierto si, debido a la naturaleza universal de la dignidad, la libertad y la igualdad, este compromiso limita incluso al propio poder constituyente, es decir, para el caso en que los alemanes, en su libre autodeterminación, pero en una continuidad de la legalidad vigente, se dieran una nueva constitución¹⁹. Desde la perspectiva del principio de democracia, para el TCF la violación de la identidad constitucional codificada en el artículo 79.3 GG es al mismo tiempo una infracción del poder constituyente del pueblo.

En una segunda parte de su argumentación²⁰, el TCF clarifica que el concepto de democracia del GG se abre al objetivo de la integración de la RFA en un orden internacional y europeo pacífico. La nueva forma de gobierno que emerge no está formalmente sujeta a los requisitos de un Estado constitucional aplicables en el nivel nacional y no puede por lo tanto medirse sin más tomando como parámetro las manifestaciones concretas del principio democrático en un Estado parte o miembro. La posibilidad de emprender la integración europea permite formas diversas de creación una voluntad política, diferentes de la que determina la GG para el orden constitucional alemán, siempre que se respete la identidad constitucional inalienable.

Ni la integración *pari passu* en la UE ni en sistemas de mantenimiento de la paz conducen necesariamente a un cambio en la manera en que la autoridad pública se ejerce en la RFA. Muy al contrario, se trata de compromisos voluntarios que tienden a asegurar la paz y refuerzan las posibilidades de llevar cabo políticas a través de una acción coordinada conjunta. La GG abandona un concepto absolutista de la soberanía estatal y ve la

¹⁸ Apartado 215.

¹⁹ Apartados 216-217.

²⁰ Apartados 219-243.

soberanía como «libertad que se organiza por el Derecho internacional y comprometido con él», rompiendo con un concepto rígido de la misma. El mandato constitucional para la realización de una Europa unida que se desprende del artículo 23.1 GG significa que la participación en la integración europea no se deja a la discreción política de los órganos constitucionales²¹.

La autorización para transferir competencias a la UE, de acuerdo con el artículo 23.1 GG, está no obstante condicionada a que la estatalidad constitucional y soberana sea mantenida. Dicha transferencia debe hacerse sobre la base de un programa de integración, que se ajuste al principio de competencias atribuidas y que respete la identidad constitucional de los Estados miembros. Se condiciona también a que la RFA no pierda su capacidad para conformar, política y socialmente, las condiciones de vida de sus ciudadanos²². El artículo 23.1 GG y el preámbulo no mencionan la forma que finalmente deba adoptar la organización política de la Europa unida, pero la GG otorga el poder de participar y desarrollar una Unión Europea que sea diseñada como una Liga de Estados (*Staatenverbund*). El concepto de *Verbund* cubre una asociación estrecha y a largo plazo de Estados que siguen siendo soberanos, una asociación que ejerce sus poderes con base en un tratado, cuyo orden fundamental, no obstante, está supeditado a la voluntad de los Estados miembros y a los pueblos de sus Estados miembros, es decir, que son estos últimos quienes son los sujetos de la legitimación democrática²³. Por ello recuerda el TCF que los Estados siguen siendo los «Señores del Tratado»: la capacidad para ejercer competencias supranacionales deriva de los Estados miembros. La fuente de autoridad en la UE y de la Constitución europea son los pueblos de Europa con las Constituciones democráticas de sus respectivos Estados. La «Constitución de Europa» sigue siendo un ordenamiento derivado, que establece una autonomía supranacional de gran envergadura en la vida política diaria pero que es limitada siempre en la realidad. En este contexto, su «autonomía» puede solamente comprenderse como autonomía para gobernar que es independiente pero derivada, es decir, concedida por otras personas jurídicas. En cambio, la soberanía conforme al Derecho internacional y el Derecho público exige la independencia de cualquier voluntad ajena²⁴.

²¹ Apartados 220-226.

²² Apartado 226.

²³ Apartados 227-229.

²⁴ Apartado 231.

La GG no concede a los poderes públicos alemanes la posibilidad de transferir poderes soberanos de tal manera que su ejercicio pueda, a su vez, crear de manera independiente otras competencias para la UE. Es decir, prohíbe la transferencia de competencia para decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*). Además, dicho acto de transferencia debe ser revocable. Por esta razón, la retirada de la UE no puede ser impedida por otros Estados miembros o las autoridades de la Unión. Ésta no es una secesión de una unidad estatal (*Staatsverband*), que es problemática conforme al Derecho internacional, sino simplemente una retirada de un *Staatenverbund* que se funda en el principio del compromiso revocable²⁵.

Por lo tanto, el principio según el cual la Unión sólo ejerce las competencias que le han sido atribuidas no es sólo un principio de Derecho comunitario, sino que, de igual manera que la obligación de respetar la identidad nacional (6.3 TUE), supone el reconocimiento de principios constitucionales de los Estados miembros. Por ello el «programa de integración» debe ser suficientemente preciso. En la medida en que los Estados miembros adoptan actos con base en el Tratado de tal manera que, aun cuando el principio de competencias atribuidas continúe aplicándose, se efectúe una modificación del Derecho primario sin que exista un procedimiento formal de ratificación, existe una responsabilidad que debe ejercerse también por legislador federal respetando las exigencias del artículo 23.1 GG²⁶.

El TCF considera que cada integración en organizaciones internacionales o supranacionales abre la posibilidad de que las instituciones creadas, aun actuando en el marco de sus competencias, desarrollen una tendencia a un auto-reforzamiento político. Una ley que aprueba la integración, aun cuando se reconozca el principio de atribución, sólo puede resumir un programa en marco del cual un desarrollo político tenga lugar, pero el mismo no puede determinarse por adelantado en detalle. Debe por lo tanto tolerarse una tendencia hacia mantenimiento del *acervo comunitario* y a la interpretación de competencias siguiendo las líneas de la doctrina de los poderes implícitos o del principio de *effet utile*. El TCF considera que esto forma parte del mandato de la integración que se quiere por la GG. No obstante, la GG no confía de manera ilimitada en la fuerza constructiva del mecanismo de la integración. Hay un riesgo de transgresión del principio de atribución y de la responsabilidad que tienen los Estados miembros para con el proceso de integración si las instituciones de la UE pueden sin

²⁵ Apartado 233.

²⁶ Apartados 234-236.

ningún control exterior —aun cuando sea muy moderado y excepcional decidir— sobre cómo se interpretan los Tratados constitutivos. Se requiere por lo tanto constitucionalmente, ya sea no aprobar disposiciones dinámicas del Tratado que tengan carácter de disposiciones «en blanco» o, si dejan margen a una interpretación, que respeten la responsabilidad nacional en el proceso de integración, ya sea establecer, de todos modos, salvaguardias nacionales adecuadas para el ejercicio efectivo de dicha responsabilidad. En cuanto a las zonas grises de lo que puede o no ser constitucionalmente admisible, el legislador federal debe, si es necesario, adoptar disposiciones en las leyes de acompañamiento que aseguren una participación adecuada de los órganos legislativos en el proceso de integración²⁷.

El TCF anuncia pues dos tipos de control. Por un lado, controla si los instrumentos jurídicos de las Instituciones europeas, que deben respetar el principio de subsidiariedad, se atienen a los límites de los poderes atribuidos a las mismas (control *ultra vires*). Por otro lado, también controla que el núcleo inviolable de la identidad constitucional de la GG sea respetado, de acuerdo con el artículo 23.1, tercera frase, en combinación con el artículo 79.3 (control de la identidad). Ambos controles pueden dar lugar a que el Derecho comunitario o de la Unión sea declarado inaplicable en Alemania, si bien el ejercicio concreto de dichos controles debe también tener en cuenta el mandato constitucional de apertura al Derecho europeo²⁸. Dicho control sólo puede ser ejercido por el propio TCF a través de los cauces procesales existentes, pero afirma que es concebible el crear cauces procesales específicos y adaptados para dicho tipo de control²⁹.

Si las competencias de la UE pueden desarrollarse más allá de las posibilidades ofrecidas por el principio de *effet utile* o la doctrina de los poderes implícitos, es decir, si los títulos de la competencia sólo reciben un contenido claro a través de instrumentos jurídicos específicos a nivel de la Unión, y si los procedimientos de toma de decisiones pueden autónomamente modificarse a dicho nivel, la RFA sólo puede participar si se asegura en el nivel nacional que se cumplan con los requisitos constitucionales. La exigencia de adoptar una ley conforme a la segunda frase del artículo 23.1 GG se debe interpretar de tal manera que cubra cualquier enmienda de los textos que conforman el Derecho primario europeo. Esto abarca situaciones de procedimientos simplificados de revisión, ampliación de com-

²⁷ Apartados 237-239.

²⁸ Apartado 240.

²⁹ Apartado 241.

potencias usando bases jurídicas existentes, o cambios en el procedimiento de decisión en relación con competencias existentes³⁰.

En una tercera parte, que se extiende del apartado 244 al 272, el TCF examina las exigencias que la UE debe cumplir por lo que se refiere a la naturaleza y al grado de la transferencia de poderes soberanos, y a su organización y procedimientos. Para el TCF la integración europea no puede socavar los principios democráticos en Alemania³¹, ni puede el poder público supranacional dejar de cumplir con los requisitos democráticos³².

En cuanto al primer aspecto, el TCF considera que la elección de los miembros del *Bundestag* por el pueblo sólo cumple su papel central en el sistema de imbricación de poder federal y supranacional si el *Bundestag* y el Gobierno federal retienen una influencia en el desarrollo político en Alemania. Éste es el caso si el *Bundestag* retiene responsabilidades y competencias propias que tengan una importancia política sustancial o si el Gobierno federal, que es responsable políticamente ante el *Bundestag*, está en condiciones de ejercer una influencia decisiva en procedimientos de toma de decisiones europeos³³.

La imbricación federal (hacia el interior) o supranacional (al exterior) crea posibilidades de la acción que de otro modo encontrarían límites prácticos o territoriales, y hacen más fácil el equilibrio pacífico de intereses. Al mismo tiempo, hacen más difícil crear una voluntad mayoritaria eficaz, que sea atribuible directamente al pueblo. La transparencia en la asignación de decisiones disminuye, con lo que los ciudadanos tienen más dificultades en orientar su voto sobre la base de ámbitos de responsabilidad concretos. La salvaguardia de la soberanía de una manera que se abra a la integración y al Derecho internacional no significa que ciertos poderes soberanos deban permanecer en las manos del Estado. La participación de Alemania en el desarrollo de la UE comprende, aparte de la formación de una unión económica y monetaria, también una unión política. La unión política significa el ejercicio conjunto del poder público, incluida la autoridad legislativa, que incluso cubre áreas tradicionales de los Estados³⁴. No obstante, el TCF considera que la unificación europea sobre la base de una unión de estados soberanos conforme a los Tratados no puede conseguirse de tal manera que los Estados miembros no retengan «espacio suficiente para la conformación

³⁰ Apartados 242-243.

³¹ Apartados 245-260.

³² Apartados 261-272.

³³ Apartado 246.

política de los condicionamientos económicos, culturales y sociales de la vida de las personas». Se trata de aquellas áreas que tienen un impacto sobre el ámbito privado o la seguridad política y social, y de las decisiones políticas que dependen particularmente de un entendimiento previo de la cultura, la historia y la lengua. Los ámbitos esenciales de la acción formativa democrática comprenden, entre otras cosas, la nacionalidad, el monopolio civil y militar del uso de la fuerza, los ingresos y los gastos, y todos los elementos que son decisivos para la realización de derechos fundamentales, en particular los relativos a la privación de libertad³⁵.

Democracia, además, no sólo significa respetar principios formales de organización o la implicación participativa de grupos de interés. La democracia sobre todo vive de, y en, una opinión pública centrada en la determinación de la dirección política y la competencia entre el Gobierno y la oposición³⁶. Incluso si debido al éxito de la integración europea, un espacio público europeo va emergiendo, la identificación política sigue vinculada a la nación-estado, la lengua, la historia y la cultura³⁷. Considera que aspectos centrales para la capacidad de un Estado constitucional de conformarse democráticamente son las decisiones sobre el Derecho penal sustantivo y formal³⁸, sobre la disposición del monopolio en el uso de la fuerza por la policía, hacia el interior, y del monopolio militar en el uso de la fuerza hacia el exterior³⁹, las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos públicos y los gastos públicos, motivadas particularmente, entre otras cosas, por consideraciones socio-políticas⁴⁰, las decisiones que conforman el modo de vida y las relaciones sociales en un Estado social⁴¹ y las decisiones importantes culturalmente, por ejemplo por lo que se refieren al Derecho de familia, al sistema educativo, y al tratamiento de comunidades religiosas⁴².

En cuanto al segundo aspecto, la cláusula de coherencia estructural de la primera frase del artículo 23.1 GG restringe la participación a una UE que corresponda, en sus estructuras elementales, a los principios de base

³⁴ Apartados 247-248.

³⁵ Apartado 249.

³⁶ Apartado 250.

³⁷ Apartado 251.

³⁸ Apartado 253.

³⁹ Apartados 254-255.

⁴⁰ Apartado 256.

⁴¹ Apartados 257-259.

⁴² Apartado 260.

que se protegen por el artículo 79.3 GG también contra la modificación por legislador constitucional. Si bien la organización de la UE debe corresponder a los principios democráticos, las exigencias específicas dependen del grado de poderes soberanos que se hayan transferido y del grado de independencia que los procedimientos de toma de decisiones europeos han alcanzado⁴³. Una profundización de la integración puede ser inconstitucional si el nivel de legitimación democrática no es proporcional al grado y al peso del poder supranacional. Mientras (y en la medida en que) se prevea el principio de atribución en una asociación de Estados soberanos con las características de una cooperación gubernamental, la legitimación proporcionada por los Parlamentos nacionales y los Gobiernos, complementada y apoyada por el Parlamento Europeo directamente elegido, es en principio suficiente. Si, no obstante, se pasara el umbral del Estado federal y se renunciara a la soberanía nacional, lo que en Alemania requeriría una decisión libre del pueblo, tendrían que cumplirse con los requisitos democráticos exigibles en un Estado. Dicho nivel de legitimación ya no podría ser prescrito por los órdenes constitucionales nacionales⁴⁴.

Un déficit democrático estructural inaceptable existiría si el grado de competencias, la libertad política de acción y el grado de formación independiente de la opinión por parte de las instituciones de la Unión alcanzan un nivel que correspondiera al nivel federal en un Estado federal. Si un desequilibrio entre el carácter y el grado de los poderes soberanos ejercidos y el grado de legitimación democrática surge en el curso del desarrollo de la integración europea, la RFA debe ejercer su responsabilidad para con la integración, ya sea trabajando para cambiar las cosas, o, en último extremo, negándose a participar en la UE⁴⁵.

Para el TCF en los Estados modernos la autodeterminación del pueblo se consigue mediante la elección de los órganos que ejercen el poder público. En una democracia, la gente debe poder determinar el Gobierno y la legislación en elecciones libres e igualitarias. La decisión del pueblo es el elemento central de la formación y de la conservación del poder político, de manera que la democracia es una «batalla» procesalmente regulada «por el poder político». La propia UE reconoce este concepto democrático de base como tradición constitucional europea general y prevé determinadas exigencias estructurales para poder ingresar en la UE (artículo 6.1

⁴³ Apartados 261-272.

⁴⁴ Apartado 263.

⁴⁵ Apartado 264.

TUE; artículo 2 del TUE tras el Tratado de Lisboa, en adelante «TUE Lisboa»). No obstante, en tanto que sólo ejerce un poder derivado, la UE misma no deje respetar dichas exigencias. En el nivel europeo, el Consejo no es una segunda cámara, sino el cuerpo representativo de «señores de los Tratados» y por ello no se constituye según la representación proporcional sino que refleja el principio de igualdad de los Estados miembros. Como un cuerpo representativo de los pueblos elegido directamente por los ciudadanos de la Unión, el Parlamento Europeo es una fuente independiente adicional de legitimación democrática, pero no tiene por qué cumplir con los requisitos que imperan en los Estados en cuanto a la participación libre e igualitaria en las elecciones⁴⁶. Considera que la democracia de la UE ni puede ni necesita adoptar formas análogas a las que tiene en un Estado, y es libre de buscar sus propias vías mediante formas adicionales y novedosas de tomar de decisiones políticas a través de procedimientos transparentes o participativos. Dicha democracia participativa no puede reemplazar la conexión de legitimación que deriva de las elecciones y el ejercicio del derecho de sufragio, pero puede complementar la legitimación del poder público europeo.

3. EL ANÁLISIS CONCRETO DEL TRATADO DE LISBOA CON RESPECTO AL PARÁMETRO DE CONTROL

En una segunda parte de la sentencia⁴⁷, el TCF examina en concreto si el Tratado de Lisboa es compatible con la GG, y concluye que la ley que aprueba el Tratado de Lisboa es compatible con los requisitos de la GG. En particular concluye que al participar en la elección libre e igualitaria de los miembros del *Bundestag* y en las elecciones en los *Länder*, los alemanes todavía deciden sobre cuestiones políticas esenciales en la federación y en los *Länder*. La elección del contingente alemán de miembros del Parlamento Europeo abre una posibilidad complementaria de participación en el sistema de las Instituciones europeas, una posibilidad que proporciona un nivel suficiente de legitimación al sistema de competencias atribuidas. El Tratado de Lisboa ni transfiere el poder constituyente, del que los órganos constitucionales no pueden disponer, ni supone un abandono de la soberanía.

⁴⁶ Apartado 271.

⁴⁷ Sección C.II.

En los apartados 276 a 297, el TCF considera que en la situación actual de la integración, la UE, incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, todavía no adquiere una configuración que corresponda al nivel de legitimación de una democracia constituida como Estado. Por lo tanto, el Tratado de Lisboa no altera el hecho de que el *Bundestag* como el cuerpo de la representación de los alemanes es el centro del sistema democrático⁴⁸.

La UE sigue siendo la creación de Estados democráticos soberanos, y en la situación actual de su integración no se requiere por lo tanto desarrollar el sistema de las Instituciones europeas de manera análoga a la de un Estado. La composición del Parlamento Europeo no necesita tampoco aplicar el principio de igualdad de tal manera que se ignoren las diferencias en el peso de los votos de los ciudadanos de la Unión. La regla fundamental democrática de «un hombre, un voto», solamente se aplica en el seno de un pueblo, no en un cuerpo supranacional que sigue siendo una representación de los pueblos ligados entre ellos por los Tratados. La composición decrecientemente proporcional que el artículo 14.2 TUE Lisboa prescribe para el Parlamento Europeo intenta conciliar el principio de Derecho internacional de la igualdad de Estados y el principio de Derecho estatal de igualdad electoral. En los Estados federales, se toleran tales desequilibrios marcados, por regla general, sólo para la segunda cámara: en Alemania y Austria, la segunda cámara es el *Bundesrat*, en Australia, Bélgica y los Estados Unidos de América, el Senado⁴⁹. La contradicción que para el TCF subyace en el hecho de que la representación en el Parlamento europeo esté basada en la nacionalidad⁵⁰ puede ser explicada sólo por el carácter de la UE como asociación de Estados soberanos⁵¹.

El TCF considera que ni los artículos 11 y 24 TUE Lisboa, relativos a la participación ciudadana⁵², ni el papel del Consejo en el proceso de toma

⁴⁸ Apartado 277.

⁴⁹ Apartados 279-286.

⁵⁰ El TCF subraya que la representación en el Parlamento Europeo no toma como su nexo la igualdad de los ciudadanos de la Unión (artículo 9 TUE Lisboa) sino de la nacionalidad, un criterio distintivo que está en principio absolutamente prohibido. Una idea central de la Unión Europea desde su fundación es prohibir o restringir la discriminación debido a la nacionalidad (artículos 12 y 18 TCE; y artículos 18 y 21 TFUE). En realidad todo ciudadano de la UE residente en Alemania puede votar en las elecciones europeas, por lo que la descripción del marco normativa por el TCF parece incorrecta.

⁵¹ Apartado 287.

⁵² Apartado 290.

de decisiones⁵³, ni el papel ahora reconocido a los parlamentos nacionales⁵⁴, ni otros derechos de participación como el derecho de petición⁵⁵, pueden compensar este «déficit» democrático. Con respecto al Consejo, considera que el nuevo elemento correctivo en el sistema de voto, que tendría en cuenta un porcentaje de la población de la Unión (16.4 TUE Lisboa) no hace sino añadir otro sujeto, que consiste en los pueblos de los Estados miembros de la Unión, haciendo al mismo tiempo referencia no a los ciudadanos de la Unión como sujetos del poder público, sino a los habitantes de los Estados miembros como la expresión de la fuerza de la representación del representante del Estado miembro respectivo en el Consejo. En el futuro, una mayoría numérica de la gente que vive en la UE debería en principio estar detrás de una decisión del Consejo. Obviamente, esta ponderación, que depende del número de habitantes, contrarresta la federalización excesiva, sin cumplir, sin embargo, con el precepto democrático de la igualdad electoral⁵⁶.

El TCF opina, pues, que el desarrollo de la arquitectura institucional por el Tratado de Lisboa contiene contradicciones porque los Estados miembros continúan con un modelo de construcción de un Estado federal sin crear la base democrática para ello bajo la forma de una elección igualitaria de un cuerpo representativo del pueblo y de un Gobierno europeo con base parlamentaria cuya legitimidad deriva de un único pueblo de la Unión⁵⁷. No es evidente para el TCF cómo este proceso de independencia política puede ampliarse sin tener directamente su origen en una elección con base igualitaria por un pueblo, una elección que incluye la posibilidad de que los candidatos pierdan sus puestos y que por ello sea políticamente efectiva⁵⁸.

En los apartados 298 a 350 se analiza en particular si Alemania continúa siendo un Estado soberano. El TCF recuerda que la UE, como organización supranacional, debe cumplir con el principio de atribución. Las disposiciones del nuevo Tratado pueden interpretarse de tal manera que se salvaguarde la identidad constitucional y política de los Estados miembros democráticamente organizados, así como su responsabilidad en la dirección y la elaboración de la política de la Unión. Incluso después la entrada en

⁵³ Apartados 291-292.

⁵⁴ Apartado 292.

⁵⁵ Apartados 294-295.

⁵⁶ Apartado 292.

⁵⁷ Apartado 296.

⁵⁸ Apartado 297.

vigor del Tratado de Lisboa, la RFA seguirá siendo un Estado soberano y por lo tanto un sujeto del Derecho internacional. La sustancia de la estatalidad, incluido el poder constituyente, es garantizada, el territorio alemán permanece asignado solamente a la RFA, y no hay dudas sobre la continuación de la existencia del pueblo alemán. La continuación de la autoridad soberana de Estado se evidencia con el reconocimiento explícito del derecho a retirarse de la Unión Europea, y es protegida por el derecho del TCF a decidir en última instancia⁵⁹.

Para el TCF la transparencia proporcionada por la nueva clasificación de competencias (exclusivas, compartidas, de apoyo, etc.) es, no obstante, matizada por el hecho de que las competencias «paralelas», reivindicadas igualmente por los Estados miembros y la UE, no se asignan claramente a una categoría en el Tratado de Lisboa, y que la PESC y la coordinación de políticas económicas y de empleo están fuera de las tres categorías de competencias. Sin embargo, para el TCF estas derogaciones del planteamiento fundamental de sistematización no afectan al principio de atribución. Añade que las disposiciones referentes al ejercicio de competencias incluyen el respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros (artículo 4.2 TUE Lisboa), del principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE Lisboa), del principio de subsidiariedad (artículo 5.1 y 5.3 TUE Lisboa de artículo 5.1) y del principio de proporcionalidad (artículo 5.1 y 5.4 TUE Lisboa). Además, el principio de subsidiariedad es consolidado por el protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (protocolo de la subsidiariedad). Se implica a los Parlamentos nacionales a través de lo que es conocido como sistema de detección temprana (artículo 12.b TUE Lisboa, artículos 4 y siguientes del protocolo sobre la subsidiariedad)⁶⁰.

Las nuevas disposiciones de los Tratados que establecen determinados procedimientos para modificar del Derecho primario no son tampoco contrarias a este principio de atribución⁶¹. El TCF no considera que el procedimiento simplificado de revisión del artículo 48.6 TUE Lisboa sea problemático. Requiere simplemente una decisión adoptada por el Consejo Europeo, que entrará en vigor después de la aprobación por los Estados miembros «de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (artículo 48.6.2 TUE Lisboa). Se deja explícitamente claro que la decisión

⁵⁹ Apartados 299-343 y en particular 329-330.

⁶⁰ Apartados 301-305.

⁶¹ Apartados 306-328.

adoptada por el Consejo Europeo no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados (artículo 48.6.3 TUE Lisboa)⁶². Aun cuando las implicaciones de la autorización para revisar los Tratados sólo es parcialmente previsible, como la aprobación requiere también una ley de acuerdo con el artículo 23.1, segunda frase, GG, el TCF no considera que haya incompatibilidad con la GG⁶³. Las mismas consideraciones se aplican a otros procedimientos simplificados que se prevén en disposiciones específicas⁶⁴.

Una mayor atención merecen las llamadas «pasarelas», según las cuales el Consejo Europeo o el Consejo puede adoptar una decisión que autoriza al Consejo a actuar por mayoría cualificada y no por unanimidad en ciertas áreas o en un caso específico (artículo 48.7.1 TUE Lisboa; artículo 31.3 TUE Lisboa; los artículos 312.2 o 333.1 TFUE), o permitiendo la adopción de actos con el procedimiento legislativo ordinario, no de conformidad con el procedimiento legislativo especial (artículo 48.7.2 TUE Lisboa; artículos 81.3.2, 153.2.4, 192.2. o 333.2 TFUE). En la mayoría de casos, el resultado de la transición del procedimiento legislativo especial al ordinario es que la decisión del Consejo ya no es adoptada por unanimidad sino por mayoría cualificada. Como, según el Tratado de Lisboa, la toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo y el procedimiento legislativo ordinario son los procedimientos normales para la legislación, para el TCF el alcance de la pérdida de influencia del representante alemán en el Consejo puede determinarse por lo menos de manera general. Lo que no es posible, sin embargo, es un ejercicio completo de la responsabilidad de la integración en relación con la cuestión de si el nivel de legitimación democrática del poder de la Unión es aún proporcional al grado de competencias que se le han atribuido y sobre todo al grado de independencia de los procedimientos de toma de decisiones europeos que resultan del uso de las pasarelas⁶⁵.

Para el TCF la pérdida de influencia alemana en el Consejo que resulta del ejercicio de las «pasarelas» generales y especiales debe ser predecible cuando se ratifica el Tratado de Lisboa. Sólo si éste es el caso se legitima

⁶² Apartado 309.

⁶³ Apartados 311-312.

⁶⁴ Apartado 313. Por ejemplo el artículo 42.2.1 TUE Lisboa, sobre una defensa común; el artículo 25.2 TFUE, sobre la extensión de los derechos de los ciudadanos de la Unión; el artículo 218.8.2 TFUE, sobre la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, etc.

⁶⁵ Apartados 315-318.

de forma suficientemente democrática la aprobación dada por adelantado por un Estado miembro a una enmienda posterior del Tratado. La unanimidad en el Consejo Europeo o en el Consejo, que se requiere por las pasarelas para la enmienda de las disposiciones de toma de decisiones, no es una garantía suficiente a estos efectos porque puede no ser siempre suficientemente discernible para los representantes de los Estados miembros en el Consejo Europeo o en el Consejo hasta qué punto se renuncia al veto para casos futuros⁶⁶.

En la medida en que la pasarela general del artículo 48.7 TUE Lisboa es considerada una enmienda del Tratado, se debe evaluar de conformidad con la segunda frase del artículo 23.1 GG. El derecho de los Parlamentos nacionales a hacer saber su oposición (artículo 48.7.3 TUE Lisboa) no es equivalente al requisito de la ratificación, y por ello la aprobación por el representante del Gobierno alemán requiere siempre una ley en el sentido de la segunda frase (y, de ser necesario, de la tercera frase) del artículo 23.1 GG. Sólo de esta manera las cámaras legislativas alemanas pueden ejercer su responsabilidad para con la integración en un caso dado y decidir sobre la cuestión de si el nivel de legitimación democrática es el adecuado para aceptar el paso a una decisión por mayoría. El representante del Gobierno alemán en el Consejo sólo puede aprobar una enmienda del Tratado resultado de la aplicación de la pasarela si el *Bundestag* y el *Bundesrat* adoptan en el plazo de un período que debe determinarse por ley de conformidad con el artículo 23.1 GG, tomando la finalidad del artículo 48.7.3 TUE Lisboa como orientación. Esto también se aplica en caso de la pasarela de conformidad con el artículo 81.3.2⁶⁷.

Sin embargo, no se requiere una ley en el sentido de la segunda frase del artículo 23.1 GG en los casos en que el uso de la pasarela está restringido a áreas que se determinan suficientemente por el propio Tratado de Lisboa. También en estos casos, sin embargo, es obligatorio implicar de la manera más adecuada al *Bundestag* y, de ser afectadas las competencias legislativas de los Länder, al *Bundesrat*. El representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo o en el Consejo puede por lo tanto aprobar una enmienda del Derecho primario a través de la aplicación de una de las pasarelas si el *Bundestag* (y, en su caso, el *Bundesrat*) ha aprobado esta decisión en un plazo que debe determinarse tomando la finalidad del artículo 48.7.3 TUE Lisboa como orientación. Interpretar el posible silencio

⁶⁶ Apartado 318.

⁶⁷ Apartado 319.

como su aprobación sería incompatible con la exigencia constitucional de decisión parlamentaria⁶⁸.

Finalmente, en los apartados 322 a 328, considera que el Tratado de Lisboa no confiere a la UE una competencia para decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*). El artículo 311.1 TFUE así como el artículo 352 TFUE pueden interpretarse de tal manera que el programa de integración previsto pueda ser previsible y determinable por el legislativo alemán. Con respecto al artículo 352 TFUE, su alcance es compensado en parte por salvaguardias procesales. El uso de dicha cláusula de flexibilidad continúa requiriendo una decisión unánime del Consejo sobre una propuesta de la Comisión que requiere ahora el consentimiento del Parlamento Europeo. La Comisión está obligada a informar a Parlamentos nacionales sobre las propuestas (artículo 352.2 TFUE), y las medidas basadas en el dicho artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización (artículo 352.3 TFUE). La aprobación por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales no es un requisito para la decisión que entra en vigor. No obstante, para el TCF, teniendo en cuenta la naturaleza indeterminada de casos futuros de aplicación de la cláusula de flexibilidad, su uso requiere constitucionalmente la ratificación por el *Bundestag* y el *Bundesrat* sobre la base de la segunda y tercera frases del artículo 23.1 GG. El representante alemán en el Consejo no puede declarar la aprobación formal de una propuesta correspondiente de legislación de la Comisión en nombre de la RFA mientras estas condiciones previas no se cumplan⁶⁹.

En fin, el TCF subraya que conserva la última palabra sobre la aplicabilidad del Derecho de la UE en Alemania⁷⁰. Con la declaración 17 relativa a la primacía anexa al Tratado de Lisboa, la RFA no reconoce una primacía absoluta de la aplicación del Derecho de la Unión, que sería constitucionalmente censurable, sino que confirma simplemente la situación legal existente que ya ha sido objeto de interpretación por el propio TCF. Desestima la alegación de que debido a las ampliaciones competenciales sería virtualmente imposible que el TCF examinara el respeto del principio de atribución. Considera que los valores codificados en el artículo 2 TUE Lisboa no pueden tener primacía sobre la identidad constitucional de los

⁶⁸ Apartado 320.

⁶⁹ Apartados 327-328.

⁷⁰ Apartados 331-343.

Estados miembros, que se protege por la primera frase del artículo 4.2 TUE Lisboa, y constitucionalmente se salvaguarda por el «control constitucional de identidad» de conformidad con la tercera frase del artículo 23.1 GG en relación con el artículo 79.3 GG.

La jurisprudencia del TJCE vincula a los tribunales nacionales vía la «orden de aplicación» que se contiene en la ley que aprueba el Tratado respectivo. No obstante, la ley supranacional no tiene el efecto de derogar la ley nacional, ni afecta a su validez: solamente limita su aplicación en la medida en que lo requieren los Tratados y lo permite la «orden de aplicación» contenida en la ley que aprueba el Tratado. Esta construcción, que el propio TCF considera bastante teórica en la aplicación diaria de la ley, porque no existen diferencias en la práctica por lo que se refiere a sus efectos jurídicos, tiene, sin embargo, consecuencias para la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción europea. La jurisdicción constitucional no puede ser privada de la responsabilidad que tiene de definir los límites del mandato de integración y salvaguardar la identidad constitucional inalienable.

Si el TCF ha decidido no ejercer su competencia general, que había asumido originalmente, de revisar si la ejecución del Derecho comunitario en Alemania respeta los derechos fundamentales de la GG, y confió en que el TJCE desempeñara esta función, este reconocimiento del carácter final de las decisiones del TJCE sólo lo es «en principio». La soberanía continuada de los Estados miembros tiene como consecuencia que si un instrumento jurídico comunitario no está cubierto por la «orden de aplicación», el TCF establece la falta de aplicabilidad de tal instrumento jurídico en Alemania. Esta constatación debe también hacerse si, ya sea dentro o fuera de las atribuciones soberanas conferidas, estos poderes se ejercen de tal manera que se produce una violación de la identidad constitucional, que es inalienable de conformidad con el artículo 79.3 GG y cuyo respeto también exige la primera frase del artículo 4.2 TUE Lisboa. El TCF, refiriéndose a la sentencia *Kadi* del propio TJCE⁷¹, considera que no hay ninguna contradicción entre el objetivo de apertura al Derecho internacional si el legislador, excepcionalmente, no cumple con el Derecho internacional —y si se aceptan las consecuencias correspondientes en la relaciones internacionales— siempre que ésta sea la única manera en que una violación de principios fundamentales de la Constitución pueda evitarse⁷². Para el TCF es

⁷¹ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P, *Rec. 2008*, p. I-6351.

irrelevante para el análisis jurídico si la primacía deriva de la jurisprudencia o de la declaración 17⁷³.

Considera también el TCF que la ley que aprueba el Tratado de Lisboa no supone el abandonar el territorio de la RFA. El Tratado de Lisboa aminorar la importancia de la frontera en tanto que elemento delimitador, pero el ejercicio del poder público en Alemania por parte de la UE se hace con la aprobación expresa de la RFA⁷⁴.

Considera también que el pueblo alemán sigue existiendo, como pueblo vinculado a un Estado (*Staatsvolk*). La ciudadanía de la Unión confiere un estatuto adicional al de la nacionalidad, y derivado de la propia voluntad de los Estados miembros. No crea un pueblo de la Unión que pudiera ejercer su autodeterminación política dándose una constitución. Dicha ciudadanía no precede cultural o normativamente al actual Derecho primario. La utilización del término «ciudadanos de la Unión» en el artículo 14.2.1 TUE Lisboa o la introducción de la iniciativa popular en el artículo 11.4 TUE Lisboa no cambian dicha conclusión⁷⁵.

Los apartados 351 a 400 examinan, área por área, determinadas disposiciones específicas del texto que resulta del nuevo tratado.

El TCF parte del principio que los Estados miembros deben poder ejercer tareas de suficiente peso tanto en cuanto a su alcance como en cuanto a su sustancia, tareas que sean a su vez presupuestos de una democracia viva. Concluye que las competencias creadas por el Tratado de Lisboa no «establecen un Estado». No considera necesario decidir cuántos actos legislativos en los Estados miembros son influenciados o predeterminados ya por la UE. Lo que es decisivo para la evaluación constitucional no son las relaciones cuantitativas, sino si la RFA retiene un ámbito sustancial de acción a nivel nacional en áreas centrales de la reglamentación y que afectan a la vida cotidiana de los ciudadanos⁷⁶.

En cuanto al Derecho penal, y en particular el artículo 83 TFUE⁷⁷, considera que se trata de un área de fundamental importancia, pues es elemento central de la autoridad del Estado, instrumento de control social, y supone la aplicación de las limitaciones más importantes a la libertad indi-

⁷² Apartado 340.

⁷³ Apartados 341-343.

⁷⁴ Apartados 344-345.

⁷⁵ Apartados 346-350.

⁷⁶ Apartado 351.

⁷⁷ Apartados 352-366.

vidual⁷⁸. Por ello las bases jurídicas del TUE deben interpretarse restrictivamente, y su utilización requiere de una justificación particular. El Derecho penal no es un mero instrumento técnico para efectuar la cooperación internacional, sino que representa una decisión democrática sobre el estándar ético mínimo. Para el TCF, esta situación especial se reconoce con el llamado «freno de seguridad» que permite a un miembro del Consejo el impedir que una directiva se aplique en su país invocando «aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal» (artículo 83.3 TFUE)⁷⁹.

Una justificación especial puede ser, según el TCF, la lucha contra delitos particularmente graves que se aprovechan de la limitación territorial del proceso penal, o que, como en el caso de la corrupción, amenaza la viabilidad del Estado de Derecho y la democracia en la UE. El Tratado de Lisboa dispone que las infracciones penales tienen que tener una «dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes» (artículo 83.1.1 TFUE). Para que haya una necesidad especial no basta con que los órganos políticos hayan formado una voluntad en ese sentido. La interpretación estricta debe también ser la base de la decisión del representante alemán en el Consejo cuando se someta al voto una decisión en el campo del reconocimiento mutuo de sentencias y decisiones judiciales, y en general en lo que afecta al procedimiento penal.

Por lo que se refiere la aproximación del Derecho penal «para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización» (artículo 83.2 TFUE), la ley que aprueba el Tratado de Lisboa puede considerarse como conforme a la GG por que, según el TCF, de conformidad con el propio Tratado, se debe interpretar esta competencia estrictamente. La armonización de disposiciones legales debe ser «imprescindible». Para el TCF sólo si se establece de forma demostrable que existe un déficit grave de aplicación del Derecho y que el mismo sólo puede ser remediado por la amenaza de una sanción, este elemento excepcional existe y la competencia para aproximar el Derecho penal puede considerarse atribuida⁸⁰. La definición de las infracciones criminales del artículo 81.1.1 debe ser objeto también de una interpretación estricta. La posibilidad de que el Consejo adopte una decisión que determine otros ámbitos delictivos está sujeta en Derecho alemán a la adop-

⁷⁸ Apartados 355-356.

⁷⁹ Apartado 358.

⁸⁰ Apartado 362.

ción de una ley conforme al artículo 23.1, segunda frase, GG. El TCF recuerda también que se debe respetar el principio de culpa. En fin, considera que la utilización de la pasarela del artículo 48.7 TUE Lisboa en el área del Derecho penal requiere la aprobación de una ley de conformidad con el artículo 23.1, segunda frase, GG⁸¹.

En lo que se refiere al Derecho civil⁸², considera que el aspecto principal del artículo 81 TFUE es el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales. Los ámbitos de armonización son exhaustivamente indicados en el artículo 81.2 TFUE, y las medidas deben ser «necesarias». Recuerda que los Estados miembros siguen siendo responsables de la administración de justicia, y considera que la obligación de desarrollar métodos alternativos de resolución de litigios no infringe el principio de tutela judicial efectiva. Para el TCF el artículo 81.3, primer párrafo, TFUE relativo a las medidas relativas al Derecho de familia con «repercusión transfronteriza», simplemente establece un procedimiento especial más gravoso, pues se requiere la unanimidad, pero no implica que la aproximación sea posible en áreas diferentes de las mencionadas en el artículo 81.2 TFUE.

La sentencia dedica gran atención a la política comercial común⁸³, debido principalmente a que una de las novedades sería, según el TCF, la inclusión de las inversiones directas, el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial. Para el TCF, debido a la importancia que tiene la OMC, es esencial que el Tratado de Lisboa no obligue los Estados miembros a renunciar a su *status* de miembros de la OMC, pues aun cuando sea la Comisión quien represente a la Unión, la presencia diplomática de la RFA es una condición previa para participar en decisiones fundamentales de política económica y social, y permite que se expliquen y se discutan los argumentos y los resultados obtenidos en dicho foro a nivel nacional⁸⁴. No considera que el hecho de que la UE vaya poco a poco sustituyendo a los Estados miembros en las relaciones internacionales cree una tendencia irreversible hacia la creación de un Estado europeo⁸⁵.

El TCF ve el ámbito de las inversiones directas como un sector independiente dentro del Derecho internacional, en el que el comercio interna-

⁸¹ Apartados 363-366.

⁸² Apartados 367-369.

⁸³ Apartados 370-380.

⁸⁴ Apartado 375.

⁸⁵ Apartado 376.

cional tendría una importancia secundaria. Se trata, para el TCF, de un área en el que existen amplias divergencias que tienen una base ideológica, debido a la diferente importancia socio-política del derecho fundamental de la propiedad. Para el TCF hay abundantes argumentos para considerar que las inversiones extranjeras directas sólo incluyen la toma de un control de una empresa, por lo que acuerdos que afecten a otros tipos de inversiones deberían concluirse como acuerdos mixtos⁸⁶. EL TCF recuerda que los acuerdos ya concluidos no resultan directamente afectados por los avances en el proceso de integración, y que, si bien es el Consejo quién debe autorizar estos acuerdos sobre inversiones directas, en la práctica el Consejo concede dichas autorizaciones, por lo que los acuerdos concluidos por los Estados miembros continúan siendo válidos⁸⁷.

En cuanto a la política de seguridad y defensa común, el TCF insiste en que la aprobación parlamentaria para el despliegue de las fuerzas armadas en el extranjero continuará existiendo incluso después la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues el mismo no atribuye a la UE la competencia para utilizar las fuerzas armadas de los Estados miembros sin la aprobación del Estado miembro afectado o de su Parlamento⁸⁸. Para el TCF, la redacción y la historia legislativa de los artículos 42 *et seq.* TUE Lisboa mostrarían claramente la intención de los Estados miembros de retener la decisión soberana sobre el despliegue de sus fuerzas armadas. Esta interpretación no está en contradicción con el artículo 42.7.1 TUE Lisboa, que introduce por primera vez una obligación de asistencia mutua de los Estados miembros. No considera necesario pronunciarse sobre la cuestión del efecto jurídicamente vinculante de esta obligación, pero considera que la misma no va más allá de la obligación ya existente contenida en el artículo 5 del Tratado de la OTAN. Además, la obligación de la ayuda mutua «se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros», lo que el TCF interpreta en el sentido de que los Estados miembros puedan expresar reservas por lo que se refiere a la obligación de asistencia.

Considera finalmente que la exigencia de aprobación parlamentaria no puede ser eludida a través de la adopción de Derecho secundario de la Unión. Es verdad que el Tratado de Lisboa concede poderes al Consejo para adoptar decisiones sobre las misiones «en las que la Unión podrá re-

⁸⁶ Apartado 379.

⁸⁷ Apartado 380.

⁸⁸ Apartados 381-391.

currir a medios civiles y militares» (artículo 43.1 y 43.2 TUE Lisboa). El término «medios civiles y militares» podía también incluir contingentes armados específicos de las fuerzas de los Estados miembros. Sin embargo, para el TCF el entendimiento actual de esta disposición es que la obligación de poner a disposición medios militares no es una obligación jurídica, sino, como mucho, simplemente política. Por otro lado, aun cuando el artículo 43.2 TUE se pudiera interpretar ampliamente, la delegación alemana en el Consejo estaría obligada a negar su voto a toda iniciativa que no cuente con la aprobación parlamentaria. La exigencia de unanimidad de dicho artículo no puede eludirse, porque no existe pasarela alguna en el Tratado que lo permita.

En fin, si la política común de seguridad y defensa incluirá la definición progresiva de una política común de defensa, ésta conducirá a una defensa común una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad. En este caso, «el Consejo Europeo recomendará a los Estados miembros que adopten una decisión en este sentido de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (artículo 42.2 TUE Lisboa). El requisito de la ratificación aclara que la UE no prevé todavía un sistema de seguridad colectiva, y que en todo caso las obligaciones que surgieran de dicha cooperación no serían de naturaleza supranacional, sino que sólo existirían en Derecho internacional⁸⁹.

En materia social, concluye que el Tratado de Lisboa no restringe las posibilidades democráticas del *Bundestag* de desarrollar una política social acorde al principio del Estado social. El TCF subraya la evolución de la integración europea en la que los aspectos sociales han sido reforzados con cada revisión de los Tratados, y destaca determinados aspectos sociales tanto del Tratado de Lisboa como de la jurisprudencia del TJCE⁹⁰.

Finalmente, el TCF examina las leyes de acompañamiento. Concluye que la Ley por la que se extienden y refuerzan los derechos del *Bundestag* y el *Bundesrat* en asuntos de la UE infringe la GG, al no haberse concedido a las dos cámaras derechos de participación suficientes en relación con los procesos legislativos de la UE y los procedimientos de revisión de los propios Tratados. Se trata, en particular, de las modalidades de aprobación

⁸⁹ Apartado 390. El TCF cita en este sentido los artículos 24.1 y 40 TUE Lisboa; el artículo 2.4 TFUE y la declaración 14 referente a la Política Exterior y de Seguridad Común anexa al acta final del Tratado de Lisboa.

⁹⁰ Apartados 392 a 400.

del uso de las pasarelas, del artículo 352 TFUE, o del «freno de emergencia»⁹¹.

V. COMENTARIOS

Tras las modificaciones aportadas en las leyes de acompañamiento⁹², el Presidente Köhler pudo firmar el Tratado de Lisboa el 25 de septiembre de 2009, lo que fue acogido con alivio. No obstante, la sentencia comentada suscito rápidamente escepticismo en la clase política alemana⁹³, y ha sido objeto de ya abundantes comentarios, generalmente críticos con la misma. El TCF utiliza la ocasión que se le presenta no sólo para examinar los textos que eran objeto de control, sino para explicar las exigencias formales y materiales que todo posterior desarrollo de la integración europea, y de la participación de la RFA en la misma, deben cumplir⁹⁴.

Desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción constitucional, se critica con frecuencia al TCF por haber transformado el recurso de amparo en un simple control abstracto de normas⁹⁵. Que el derecho de sufra-

⁹¹ Apartados 406-419.

⁹² Que cobran ahora forma de cuatro nuevas leyes, adoptadas el 8 de septiembre 2009 por el *Bundestag* y el 18 de septiembre de 2009 por el *Bundesrat*. Una ley sobre la responsabilidad de la integración, que contiene la ampliación de los derechos del parlamento alemán en lo que concierne la ejecución del Tratado; una ley que modifica la GG, para anclar los nuevos derechos del parlamento nacional; una ley sobre la cooperación entre el *Bundestag* y el gobierno en asuntos europeos; y una ley sobre la cooperación entre los *Länder* y el gobierno en lo que se refiere a asuntos europeos, que contiene las modalidades de información y participación del *Bundesrat*.

⁹³ En un artículo publicado en *Die Zeit*, Joschka Fischer se rebela contra el TCF, al que considera incapaz de apreciar la complejidad y fragilidad del sistema político europeo, y la necesidad de dotarse de mecanismos y de instituciones que funcionen («Ein nationaler Riegel» *Die Zeit*, n° 29, 9 julio de 2009). Véanse también, la opinión de Jürgen Rüttgers, Ministro Presidente de Renania del Norte-Westfalia considera por su lado que la sentencia aporta más confusión que claridad («Rüttgers will die EU vertiefen», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9 de agosto de 2009), o de Wolfgang Schäuble en el *Handesblatt* de 24 de agosto de 2009.

⁹⁴ El hecho de que se pueda considerar que algunas consideraciones son puro *obiter dicta*, por no ser necesarias para decidir el asunto, hace que algunos autores consideren que no vinculan al TCF para el futuro, por no tener fuerza de cosa juzgada (PACHE, E., «Das Ende der europäischen Integration?: das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009, pp. 285-298, p. 298).

⁹⁵ TERHECHTE, J.P., «Souveranität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20/2009, pp. 724-731, en pp. 725-726.

gio pueda llevar al TCF a examinar el respeto de la «estatalidad» o del Estado social es, para un observador extranjero, sorprendente⁹⁶. De hecho el propio TCF parece tener mala conciencia al sugerir la creación de vías procesales específicas para ejercer su control *ultra vires* y «de identidad».

En cuanto al fondo, muchos son los aspectos controvertidos y reseñables. La sentencia puede parecer excesivamente dogmática en cuanto al derecho de sufragio, y despliega una concepción un tanto *sui generis* del principio democrático. El enfoque según el cual los principios del artículo 79.3 GG (y sobre todo el Estado social) pueden ser examinados bajo el prisma del principio democrático es, por lo menos, poco obvio⁹⁷. Tampoco resulta convincente el considerar el derecho de sufragio como vinculado a la dignidad humana⁹⁸, teniendo en cuenta que personas que, sin ser alemanes, viven en Alemania y cuyas vidas vienen condicionadas por el *Bundestag* no tiene derecho de sufragio. El TCF despliega una visión idealizada (y algunos consideran que decimonónica) de diferentes sistemas electorales, que no parecen siempre respetar el ideal democrático del TCF según el cual el voto de cada elector debe pesar exactamente lo mismo⁹⁹. De hecho, el propio sistema alemán no garantiza que la mayoría parlamentaria represente la mayoría del pueblo¹⁰⁰.

En este contexto el Parlamento europeo es objeto de un análisis que algunos considerarán, por lo menos, incoherente. Por un lado se critica el hecho de que no sea elegido conforme al principio de sufragio libre e igualitario, pero en realidad también se considera que un Parlamento europeo elegido sobre la base de una elección conforme a los principios de un Estado plenamente democrático sería inconcebible, pues supondría la creación de un Estado federal, contrario a la propia GG. El tan denostado «déficit

⁹⁶ También, por supuesto, para el observador alemán, véase, por ejemplo, entre otros muchos, PACHE, E., *loc. cit.*, en p. 296.

⁹⁷ CLASSEN, C.L., «Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?», *Juristenzeitung* 18/2009, pp. 881-889, en p. 881.

⁹⁸ Apartados 211 y 217.

⁹⁹ Por ejemplo, se acepta que el Senado de los Estados Unidos no tenga una representación proporcional, ya que sólo es una segunda cámara. Se olvida sin embargo que una gran parte de las decisiones son adoptadas sólo por el Senado o que sin una mayoría del mismo ciertas decisiones de la Cámara de Representantes (de la voluntad mayoritaria que, según el TCF, debe gobernar un Estado democrático) pueden bloquearse.

¹⁰⁰ CLASSEN, C.L., *loc. cit.*, en p. 882. Esto es debido a la barra del 5% y la existencia de los *Überhangmandaten*.

democrático» parece ser, pues, la garantía de compatibilidad con la GG¹⁰¹. Además, la insistencia en privar de representatividad al Parlamento europeo («olvidándose», por ejemplo, de que los ciudadanos de la Unión residentes en Alemania pueden votar por partidos «alemanes» en las elecciones al Parlamento europeo) choca con el enfoque de otros tribunales constitucionales, que no han tenido problemas en reconocer que representa a los ciudadanos de la Unión¹⁰². Para el TCF, las exigencias en materia de democracia van claramente más allá del simple hecho de representar la voluntad popular mayoritaria. Ante la evidencia que un acuerdo mayoritario en el Parlamento europeo y el Consejo será con toda probabilidad representativo de una mayoría de los ciudadanos de la Unión (debido al sistema de doble mayoría en el Consejo), la negativa del TCF toma como premisa, por un lado, una determinada concepción de la política en el que debe haber una competencia «visible» entre alternativas (Gobierno y oposición) y, por otro lado, un concepto de la democracia unida estrechamente al «pueblo», de manera que en la UE no habría democracia porque las Instituciones europeas no representarían a un «pueblo». Teniendo en cuenta estas premisas, hay, pues, pocas esperanzas de que el TCF considere un día que las instituciones de la UE se gobiernan «democráticamente», y por ello la legitimación democrática tendrá que venir, necesariamente, de las cámaras legislativas nacionales.

Las sospechas en cuanto al uso del artículo 352 TFUE parecen desde luego exageradas. La nueva redacción, que se refiere a las «las políticas definidas en los Tratados» no supone un cambio sustancial con respecto al derecho preexistente, sino una simple clarificación que, incluso, podría considerarse que limita su ámbito de aplicación. En todo caso, la modificación no parecía justificar una reevaluación sustancial de su relevancia constitucional¹⁰³. Como la ley de aprobación que es constitucionalmente necesaria¹⁰⁴ puede tener que

¹⁰¹ NIEDOBITEK, M., «The Lisbon case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law perspective», *German Law Journal*, Vol. 10, n.º 8, 2009, pp. 1267-1275, en pp. 1271-1272; SCHÖNBERGER, C., «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», *German Law Journal*, vol. n.º 8, 2009, pp. 1201-1218, en p. 1210; TERHECHTE, J.P., *loc. cit.*, en p. 729.

¹⁰² Decisión del Consejo constitucional francés 2003-468, de 3 de abril de 2003, considerando 37, o la sentencia del Tribunal constitucional polaco, sentencia de 11 de mayo de 2005.

¹⁰³ TERHECHTE, J.P., *loc. cit.*, en pp. 727-728.

¹⁰⁴ Al citar la tercera frase del artículo 23.1 GG, el TCF parece sugerir que la mayoría de dos tercios del *Bundestag* y *Bundesrat* es necesaria en cierta ocasiones, aunque no se explicitan cuales.

ser controlada por parte del TCF, la delegación alemana en el Consejo puede encontrarse en una situación en que no pueda, si el TCF ha adoptado medidas cautelares, expresar su acuerdo con la propuesta. Esto paralizaría la adopción del acto hasta que el TCF decidiera, y puede suponer serias dificultades para el uso futuro del artículo 352, que sigue siendo una base jurídica importante en ciertas áreas (control de concentraciones, el marco jurídico para la asistencia en materia de balanza de pagos, algunos acuerdos internacionales, etc.).

La aprobación previa de las dos cámaras es también necesaria para que la delegación alemana en el Consejo o el Consejo Europeo dé su acuerdo para el uso de determinadas pasarelas. La forma en que dicho consentimiento debe ser adoptado es diferente según cada pasarela. Para un primer grupo, la aprobación debe producirse de acuerdo con el artículo 23 GG (de manera similar al uso del artículo 352 TFUE antes comentado)¹⁰⁵. Para un segundo grupo de situaciones, en las que el TCF considera que el Tratado predetermina suficientemente el contenido de la posible pasarela¹⁰⁶, el *Bundestag* y el *Bundesrat* no necesitan adoptar una ley formal. No obstante, dicho consentimiento debe ser explícito.

A este respecto puede resultar poco ortodoxo que se dé sólo una aprobación condicionada a reformas legales internas. Aunque no haya objeciones «decisivas»¹⁰⁷ (de lo que debe ser inferirse que las hay, pero «no decisivas») contra el acto por el que se aprueba el Tratado de Lisboa, esto es así en tanto en cuanto los motivos de la sentencia son tenidos en cuenta. En otras palabras, la compatibilidad de dicha aprobación se hace depender de ciertas reformas legislativas internas. Se puede uno legítimamente preguntar si un tratado puede declararse condicionadamente inconstitucional sólo porque el Derecho interno lo sea. Ciertos autores consideran que lo más lógico hubiera sido declarar inconstitucional, sin más, las leyes internas, sin que ello retrasase la aprobación del acuerdo en cuestión¹⁰⁸.

Con la extensa participación de las cámaras legislativas alemanas que el TCF considera necesaria, se complica aún más el ya complejo entramado

¹⁰⁵ Es el caso para la pasarela general del artículo 48.7 TUE, la relativa al Derecho de familia (artículo 81.3 TFUE), y para las «cuasi-pasarelas» relativas a la armonización del Derecho penal (artículos 82.2 TFUE y 83.1 TFUE). El consentimiento debe también tener forma de ley cuando el Tratado prevé la posibilidad de que los parlamentos nacionales se opongan, en un periodo de seis meses, a una propuesta de uso de las pasarelas (artículo 47.7 TUE y 81.3 TFUE).

¹⁰⁶ Los casos están mencionados en el apartado 321 de la sentencia.

¹⁰⁷ «Durchgreifend», apartado 207.

¹⁰⁸ NIEDOBITEK, M., *loc. cit.*, en p. 1267.

institucional de la UE. El Tratado de Lisboa contiene ya diversas disposiciones que han previsto la participación de los Parlamentos nacionales. Aun cuando sea difícil ver en dichas disposiciones una regulación exhaustiva de la participación de dichos parlamentos, una cosa muy distinta es ignorar las mismas y hacer que las cámaras legislativas alemanas tengan un rol fundamental en la adopción de actos a nivel de la UE. El delicado equilibrio fruto de una negociación de varios años puede verse roto con la irrupción en el panorama de un Parlamento alemán con poderes extensos.

La soberanía tiene también un papel central en la sentencia. El postulado fundamental del TCF es que «la GG no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania, sino que la garantiza». Resulta irónico que una cláusula como la del artículo 79 GG cuyo objetivo, explicado por un contexto histórico, fuera no volver a caer en una «dictadura legal», sea utilizado para oponerse a una mayor integración. La interpretación de dicha disposición como garante de la «estatalidad soberana» de Alemania no es desde luego unánime. La GG, que predica que Alemania debía abrirse a la paz y al mundo a través de una Europa unida, mostraba que la nación alemana debía reconstituirse gracias a una voluntad de apertura y que retomaría su soberanía a través Europa¹⁰⁹.

No obstante, lo que más choca es el intento de enraizar un «control de identidad» en el propio Tratado UE. Para el TCF como la garantía de la identidad constitucional estaría también presente en dicho Tratado¹¹⁰, se deduce de alguna manera que garantizar la identidad constitucional alemana también es exigido por el propio Derecho de la UE. En realidad el propio TCF viene a reconocer que el control que se reserva puede ser contrario al Derecho primario de la UE¹¹¹.

En su examen de las competencias que debe conservar el Estado, los jueces de Karlsruhe parecen olvidar que la integración europea no es algo nuevo, sino que está en marcha desde hace decenios y que existen ejemplos, como el de la política monetaria, en que la UE ya ha afectado de manera significativa a competencias que se consideraban tradicionalmente como el núcleo duro de la soberanía. Es curioso observar que dicha política monetaria ya no se cita en la sentencia comentada. Igualmente, cuando

¹⁰⁹ Hay quien que, como el antiguo Abogado General Lenz, recuerda que el término «soberanía» no figura en la GG («Ausbrechender Rechtsakt», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 de agosto de 2009).

¹¹⁰ Apartado 240.

¹¹¹ Apartado 340.

el TCF aborda la política presupuestaria, parece dejarse de lado el hecho de que el Tratado de Maastricht y el pacto de estabilidad ya han enmarcado dicha política. Si la deuda pública es parte del núcleo esencial de decisiones que no pueden ser competencia de la UE, se pueden cernir sobre la UEM tiempos borrascosos, y sobre este punto el TCF no hace más que plantear dudas y preocupaciones sin aportar respuesta clara alguna. En realidad la lista de áreas en las que las cámaras legislativas alemanas deben conservar competencias para adoptar decisiones suficientemente importantes se parece demasiado a la lista de áreas en que los Estados miembros conservan hoy en día competencias sustanciales. No es extraño que haya quién opine que la lista en cuestión no corresponde a ninguna teoría constitucional particular sino que viene dada por las circunstancias¹¹²: su propósito esencial es decir que no se deben transferir más competencias.

En cuanto a las posibilidades concretas de control por parte del propio TCF, éste formula, además de las ya conocidas relativas al respeto de los derechos fundamentales y los actos *ultra vires*¹¹³, una tercera vía de control tendente a examinar si se garantiza el núcleo inalienable del Estado constitucional alemán. Aunque la idea del mantenimiento de un núcleo suficiente de competencias en manos del *Bundestag* ya aparece en la sentencia «Maastricht», y el posible control de identidad tiene sus orígenes en la sentencia relativa al mandato europeo de detención, éste es ahora perfilado con un lenguaje particularmente fuerte y directo. El valor añadido de un control de identidad es que mientras el control *ultra vires* trata de examinar si se exceden las competencias ya atribuidas, el de identidad actúa más bien «preventivamente», sobre si se deben o no atribuir las competencias, por lo que encontrará aplicación principalmente en casos en los que se impugna la aprobación de revisiones de los Tratados o el uso de pasarelas. Además, el control de «desestatalización» viene configurado de manera novedosa, pues aparece como una protección del poder constituyente y de los principios contenidos en los artículos 1 y 20 GG.

La comparación que el TCF hace con el asunto *Kadi* del TJCE, con vistas a justificar su posición según la cual nada hay de anormal en que se

¹¹² SCHÖNBERGER, C., *loc. cit.*, en p. 1209.

¹¹³ Además lo que en la sentencia de Maastricht son definidos como «*ausbrechende Rechtakte*» se convierte en un simple control *ultra vires*, cambio semántico que sugiere al menos una actitud más intervencionista (SCHORKOPF, F., «Die Europäische Union im Lot», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 20/2009, pp. 718-724, en p. 721; TERHECHTE, J.P., *loc. cit.*, en p. 729).

rechace excepcionalmente la integración del Derecho internacional, resulta poco convincente. En el asunto *Kadi* el problema era precisamente que no existía una tutela judicial a nivel de la ONU. Además, la sugerencia relativa a la creación de vías procesales específicas para efectuar un control *ultra vires* o de identidad parece poco viable, pues supondría probablemente una flagrante violación del Derecho de la UE. Una cosa es que el TCF se reserve, en abstracto, ciertos poderes de control que limitan en casos extremos la aplicación del Derecho de la UE en Alemania, una muy diferente es que el legislador prevea en la ley vías procesales específicas para facilitar la no aplicación del Derecho de la UE.

No obstante, lo realmente novedoso es que el TCF aborda en detalle toda una serie de políticas de la UE, aportando interpretaciones, en ocasiones bastante restrictivas, de las disposiciones del Tratado de Lisboa. Aun cuando no sea posible adivinar cómo el control por el TCF será ejercido en el futuro, la mera existencia de ciertos pasajes de la existencia provocará sin duda recursos por una minoría política, tozuda cuando se trata de utilizar los instrumentos constitucionales a su disposición. En todo caso, el mero hecho de que el TCF interprete disposiciones del Tratado ya antes de que el TJCE haya tenido la oportunidad de hacerlo no sólo sugiere una cierta falta de respeto hacia el monopolio que el TJCE tiene, sino que hay que interpretarlo probablemente como una severa advertencia por parte del TCF para impedir que el TJCE haga en el futuro determinadas interpretaciones.

El examen de las diferentes áreas de la futura actuación de la UE que el TCF considera como sujetas a una especial cautela es en ocasiones controvertido.

En lo que concierne al área de libertad, seguridad y justicia, es destacable la lectura restrictiva de las disposiciones en materia de Derecho penal¹¹⁴. Así, si la «necesidad particular de [combatir las infracciones] según criterios comunes» (artículo 83.1.1 TFUE) no es demostrada porque los órganos políticos hayan formado una voluntad en ese sentido, la disposición es privada de una buena parte de su virtualidad práctica. Considera también que la armonización debe ser mínima y dejar abundante margen a los Estados miembros, y que sólo puede afectar al aspecto transfronterizo de la infracción. Igual de estricta se antoja la interpretación que el artículo 83.2 TFUE hace el TCF. Finalmente se exige que el uso de cada base jurídica se justifique específicamente, añadiendo una obligación formal que no apa-

¹¹⁴ Apartados 359-363.

rece prevista en el Tratado mismo. No está claro quién y bajo qué forma debe cumplir con dicha obligación, aunque lo que probablemente espera el TCF es que la motivación se aporte por el legislador de la UE en los considerandos del acto adoptado.

El recelo para con cualquier armonización del Derecho penal puede resultar sorprendente, pues no se llega a discernir por qué una *Staatenverbund*, que se ve a sí misma como una comunidad política con valores comunes, no puede proponerse una armonización más «general» del Derecho penal (si es necesario, por unanimidad), que ha de ser concebido justamente como instrumento para proteger dichos valores comunes. El TCF parece excluir dicha posibilidad de armonización más general del Derecho penal aun cuando la misma tuviera el pleno acuerdo del legislador alemán, la decisión se adoptara por unanimidad del Consejo, y dejara a la RFA «espacio suficiente» para sancionar ciertas conductas.

En materia fiscal, la afirmación de que las decisiones fundamentales relativas a los ingresos y gastos, incluyendo la deuda pública, son áreas esenciales de la acción democrática¹¹⁵, y centrales para la capacidad del Estado constitucional de autodeterminarse democráticamente¹¹⁶, pueden causar cierta sorpresa teniendo en cuenta las exigencias ya existentes en materia de unión económica y monetaria. En todo caso, lo que parece garantizarse es que el Estado tenga «espacio suficiente para la discreción política»¹¹⁷, por lo que parece permitirse una importante acción de la Unión en esta materia.

El análisis de las nuevas disposiciones de política comercial se antoja también criticable. El TCF compara el nuevo artículo 207 TFUE con el artículo 133 CE, pero basa su análisis casi enteramente en el Dictamen 1/94, relativo a la Ronda Uruguay y el acuerdo que crea la OMC¹¹⁸, dejando de lado las ya importantes modificaciones aportadas por los Tratados de Ámsterdam y Niza, que ha reducido considerablemente el carácter «mixto» de la competencia en determinadas áreas¹¹⁹. El énfasis que el TCF pone

¹¹⁵ Apartado 249.

¹¹⁶ Apartado 252.

¹¹⁷ Apartado 256, *in fine*. Sin énfasis en el original.

¹¹⁸ Dictamen 1/94 del Tribunal de Justicia, de 15 de noviembre de 1994 (*Rec.* p. I-5267).

¹¹⁹ Por ejemplo, una modificación del acuerdo ADPIC ha sido ratificada por la Comunidad, sin sus Estados miembros, véase Decisión 2007/768/CE del Consejo, de 19 de noviembre de 2007, sobre la aceptación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), hecho en Ginebra el 6 de diciembre de 2005 (*DO L 311* de 29.11.2007, p. 35).

al exigir que los Estados miembros no deban tener que abandonar el estatuto de miembro de la OMC, quizás fruto de una cierta concepción de la OMC como foro de discusión central de elementos muy importantes de las políticas económicas, no es problemático desde un punto de vista comunitario si se acepta que dicho estatuto de miembro pueda llegar a ser meramente formal, pero el TCF parece oponerse incluso a una presencia meramente formal.

El TCF asume, de manera probablemente errónea en nuestra opinión, que las inversiones extranjeras directas no están en absoluto cubiertas por las competencias comunitarias actuales y, por otro lado, interpreta la noción de inversión directa de una manera harto estricta, pues sólo comprende una toma de control de otra empresa. En fin, en cuanto a los tratados bilaterales existentes, se afirma que no están en peligro, pero la sentencia no es clara en cuanto a las razones para dicha afirmación. Si lo que se quiere decir es que dichos acuerdos no son *ipso facto* inválidos, el TCF está en lo cierto, pero si lo que se quiere decir es que dichos acuerdos bilaterales no pueden ser afectados en el futuro, no se comprende muy bien por qué. La abundante jurisprudencia del TJCE en relación con el artículo 307 CE, disposición que tiene por objeto precisar, de conformidad con los principios del Derecho internacional, que la aplicación del Tratado no afecta al compromiso asumido por un determinado Estado miembro de respetar los derechos de países terceros derivados de un convenio anterior y de cumplir sus correspondientes obligaciones, no ha «blindado» dichos acuerdos para el futuro.

Menos controvertidos son, sin embargo, los pronunciamientos en cuanto a la política de seguridad y defensa, y en materia social, educación y cultura. En cuanto a la política de seguridad y defensa, la conclusión según el cual un Estado miembro no está jurídicamente obligado a poner a disposición medios militares para desplegarlos fuera de la UE podía resultar indiscutible, pues se exige la unanimidad en el Consejo, pero para llegar a la misma el TCF realiza afirmaciones por lo menos cuestionables: (a) que el deber de asistencia del artículo 42 TUE Lisboa nada añade al artículo 5 del Tratado de la OTAN; (b) que los Estados miembros pueden oponer «reservas» al despliegue de sus medios militares basadas en aspectos fundamentales de su política, y (c) que el artículo 43 TUE Lisboa no impone deberes jurídicos, sino sólo políticos.

En cuanto a la política social, la afirmación de principio según el cual las decisiones esenciales sobre política social deben ser adoptadas por el

legislador alemán¹²⁰, no parece plantear problemas al menos a corto plazo pues el Tratado de Lisboa no pretende crear una seguridad social europea, y la propia sentencia no excluye una «aproximación gradual». Finalmente lo que parece preocupar al TCF es que la RFA goce de «espacio suficiente» para adoptar decisiones «bajo su sola responsabilidad»¹²¹. Entendido como excluyendo una uniformización a gran escala, parece que los temores que el TCF intenta despejar sólo están en su mente. El artículo 153.4 TFUE, al que la sentencia comentada no se refiere, ya estipula que las disposiciones adoptadas en virtud de dicho artículo no afectarán «a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste», ni «impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados».

En fin, los pasajes de la sentencia relativos a la necesidad de que los Estados conserven competencias sustanciales en materia de educación, cultura, o medios de comunicación no establecen límites claros y operacionales a las competencias de la UE, pero no dejan de poder ser una fuente de conflictos futuros. Lo más curioso es que estas afirmaciones no eran estrictamente necesarias, pues el Tratado de Lisboa no establece nuevas competencias en dichas áreas.

En realidad los límites que se perfilan en relación con las diferentes áreas mencionadas son heterogéneos. En ciertos casos se presenta la competencia de la UE como excepcional, sugiriéndose que toda acción que no cumpla condiciones muy estrictas supone una intromisión en la soberanía garantizada por la GG. Es el caso del Derecho penal. En otros casos, como en lo que respecta a la política social y presupuestaria, la preocupación es simplemente la «intensidad» que la intervención de la UE, pero para defender que los Estados deben tener un margen de decisión *suficiente* no parece que fuera necesario invocar las esencias de la soberanía. En todo caso, lo que es un espacio «suficiente» de decisión no es precisado por el TCF.

Pese a las críticas que puedan verse sobre la solidez intelectual de la sentencia, la realidad es que la tarea de los tribunales constitucionales no es simple a día de hoy¹²². Si bien la imbricación de los sistemas jurídicos

¹²⁰ Apartado 259.

¹²¹ Apartado 393.

¹²² Para una visión de conjunto, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades

europeo y nacional es mayor que la de las estructuras políticas, todavía no puede hablarse con rigor de un solo sistema pues los dos concurrentes afectan también a distintas materias y mantienen diferentes normas de reconocimiento y validez y dispares formas de legitimación y relación. La prueba más clara de la falta de unidad real, formal y material, es la pervivencia de dos sistemas judiciales “de cierre” o garantía separados, sin que la relación entre ambos quede, además, claramente incuestionada.

Aunque existe una inicial división de funciones entre el TJCE y los tribunales constitucionales y supremos nacionales (el primero interpreta y aplica el Derecho comunitario mientras que los segundos se ocupan de interpretar y aplicar su propio Derecho nacional), en la práctica resulta insuficiente interpretar una sola de las normas que forma parte de un conflicto normativo; y ello es así a pesar de que el principio de primacía se predica según la jurisprudencia europea respecto de todas las normas nacionales, incluidas las de rango constitucional. Los tribunales constitucionales están ante la tesitura de tener que compaginar su función como máximos garantes de la Constitución nacional (incluidas las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho comunitario) con la necesidad de respetar un Derecho comunitario con su propio sistema de control jurisdiccional, del que los tribunales constitucionales dudan si entrar a formar parte y con qué función (especialmente en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial). Varios tribunales constitucionales nacionales parecen sostener que el conflicto debe resolverse como un supuesto de opción entre sistemas normativos, sin que quepa hablar de jerarquía, y, de hacerlo, ésta debería salvarse a favor del texto constitucional, al menos su “núcleo duro”.

El TCF aprovecha la ocasión que se le presenta para lanzarse a un análisis fundamental sobre el estado del proceso de integración europea y sus posibilidades de evolución futura. La identidad constitucional inalienable se sustenta para los jueces de Karlsruhe en dos pilares: un pueblo soberano que decide su futuro político a través de elecciones, y un Estado que detiene todavía competencias y que es el guardián de la nación. Si la UE ampliara en demasía sus competencias, privaría a los Estados miembros de su propia soberanía y se convertiría en un *Bundesstaat*. Para los jueces, la RFA tendría entonces dos posibilidades, ya sea abandonar la UE, ya sea el

Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997, pp. 329-376; PÉREZ TREMPES, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, n.º 29, pp. 19-48.

modificar la constitución para permitir el ingreso en un *Bundesstaat* (siempre y cuando los derechos fundamentales se garanticen). Este principio de «unión de Estados soberanos», unido al supuesto peligro que se deriva de la ausencia de legitimidad democrática en la UE, justifica, a ojos del TCF, el encorsetamiento estricto al que se somete toda ampliación de las competencias de la UE.

A largo plazo, se puede uno preguntar si las consideraciones que sobre los principios democráticos y la soberanía hace el TCF dejan margen para una profundización de las competencias de la UE tomando como base el contexto institucional presente. Los cambios que el TCF parece exigir, como el principio de igualdad de cada persona en cuanto al derecho de sufragio, no parecen factibles a corto o medio plazo. En estas condiciones el TCF sigue considerando que la legitimidad democrática no puede garantizarse sino a través de los Estados miembros. La soberanía aparece así como un concepto que no es divisible, de manera que lo tiene uno u otro (la UE o la RFA), sin poder compartirse. La sentencia, paradójicamente, no favorece una democratización de la UE. Toda mayor democratización de la UE está sujeta a cautelas, pues puede dar lugar a un *Bundesstaat*.

El resultado final es que no sólo el uso de cualquier disposición que suponga el riesgo de pérdida adicional de soberanía está sujeto a la aprobación de las cámaras legislativas, sino que dichas cámaras no son libres para decidir dicha transferencia, ya que no pueden transferir lo que se considere el núcleo decisonal necesario para mantener el respeto del principio democrático en Alemania. En último caso, como toda decisión parlamentaria a este respecto puede volver al TCF a través de un «control de identidad», el TCF tutelaré que el *Bundestag* no se equivoca e infrinja el principio democrático al adoptar la decisión (en principio democrática pues es adoptada por el propio *Bundestag* a cuya elección el ciudadano ha participado en elecciones libres e igualitaria) de transferir competencias.

La sentencia puede parecer decepcionante, pues abre limitadas perspectivas de futuro para profundizar la integración europea, de la que, como hasta ahora, sólo sabemos que ha avanzado más allá del *status* de una organización internacional «clásica», sin haber llegado a alcanzar el nivel de la estatalidad, por lo que debe sobrevivir con la indeterminada denominación de «liga de Estados» (*Staatenverbund*). En su conjunto, la jurisprudencia del TCF muestra con gran claridad hasta qué extremo pueden estar teñidos de subjetividad los juicios sobre la preservación de la estatalidad alemana. El tono general es de claro escepticismo con respecto al proceso

de integración europea. Nada positivo se llega a decir abiertamente del mismo, pero el TCF dedica abundantes apartados a explicar sus peligros constitucionales, y a construir una línea de defensa contra los mismos.

La línea de defensa trazada tiene perfiles todavía vagos, y el TCF no dice abiertamente que el Tratado de Lisboa defina ya el máximo de competencias que se puedan atribuir a la UE. No obstante el contexto indica que el TCF puede haber partido de dicha premisa, o al menos de que las competencias adicionales vendrán con cuentagotas, en un probable proceso de desaceleración de la integración europea, y bajo la tutela atenta del TCF. Aunque el Estado federal europeo se aleja, también hay que decir que en realidad no parecía estar en el orden del día en un futuro próximo. Por ello las precauciones del TCF son un tanto exageradas: encara el Tratado de Lisboa como si fuera un gigante, cuando en realidad era un molino de viento.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE
30.06.2009, RELATIVA A LA APROBACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA -
ANÁLISIS Y COMENTARIOS

RESUMEN: La sentencia de 30 de junio de 2009 hace balance del proceso de integración europea y de sus posibilidades de evolución futura. La identidad constitucional inalienable de la República Federal Alemana se sustenta para los jueces de Karlsruhe en dos pilares: un pueblo soberano que decide su futuro político a través de elecciones, y un Estado que detiene todavía competencias suficientes. Si la UE ampliara en demasía sus competencias, privaría a los Estados miembros de su propia soberanía y se convertiría en un *Bundesstaat*. El TCF anuncia que también controlará en el futuro si las modificaciones de los Tratados afectan a la identidad constitucional de la República federal, además del control de los actos *ultra vires* que ya recoge su jurisprudencia. Aun cuando finalmente se considera que el Tratado de Lisboa no es contrario a la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), la sentencia abre limitadas perspectivas de futuro para profundizar la integración europea, y el tono general es de claro escepticismo con respecto a la misma. El TCF construye una línea de defensa contra los riesgos que conlleva la integración. El TCF no dice abiertamente que el Tratado de Lisboa defina ya el máximo de competencias que se puedan atribuir a la UE, pero puede haber partido de dicha premisa, o al menos de que las competencias adicionales vendrán con cuentagotas, en un probable proceso de desaceleración de la integración europea, y bajo la tutela atenta del TCF.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Federal Alemán. Tratado de Lisboa. Soberanía. Democracia. Derecho de sufragio.

THE JUDGMENT OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF
30.06.2009, RELATING TO THE APPROVAL OF THE LISBON TREATY
- ANALYSIS AND REFLECTIONS

SUMMARY: The ruling of 30 June 2009 takes stock of the process of European integration, and set out the possibilities its future development. For the judges of Karlsruhe the inalienable constitutional identity of the German Federal Republic is supported in two pillars: a sovereign people that decide on its political future through elections, and a State that keeps sufficient competences. If the EU extended its powers, it would deprive Member States of their own sovereignty and it would become a *Bundesstaat*. The GCC announces that it will also review in the future if the amendments in primary law of the EU affect the constitutional identity of the Federal Republic, besides the *acts vires* review that its case law already accepted. Even if it is finally considered that the Lisbon Treaty is not contrary to the Fundamental Law (*Grundgesetz*), the ruling opens limited avenues for deepening European integration, and the general tone is of clear scepticism with respect to the latter. The GCC constructs a line of defence against the risks that integration entails. The GCC does not say openly that the Lisbon Treaty already defines the maximum of powers that may be attributed to the EU, but suggests that additional powers will be limited, in a probable process of deceleration of European integration, and under the close supervision of the GCC.

KEY WORDS: German Federal Constitutional Court. Lisbon Treaty. Sovereignty. Democracy. Right to vote.

L'ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ALLEMANDE DU
30.06.2009, RELATIF A L'APPROBATION DU TRAITÉ DE LISBONNE
- ANALYSE ET COMMENTAIRES

RÉSUMÉ: L'arrêt du 30 juin 2009 dresse un bilan du processus d'intégration européenne et ses possibilités d'évolution future. L'identité constitutionnelle inaliénable de la République Fédérale Allemande est soutenue pour les juges de Karlsruhe dans deux piliers : un peuple souverain qui décide son futur politique à travers des élections, et un État qui détient encore des compétences. Si l'UE étendait davantage ses compétences, elle priverait aux États membres de sa souveraineté propre et elle deviendrait un *Bundesstaat*. La Cour constitutionnelle annonce qu'à l'avenir elle contrôlera aussi si les modifications des Traités affectent l'identité constitutionnelle de la République fédérale, outre le contrôle des actes *ultra vires* qui est déjà dans sa jurisprudence. Même si la Cour ne considère finalement pas que le Traité de Lisbonne soit contraire à la Loi Fondamentale (*Grundgesetz*), l'arrêt ouvre des perspectives de futur limitées pour approfondir l'intégration européenne, et le ton général est de scepticisme clair en ce qui concerne cette dernière. La Cour construit une ligne de défense contre les risques qu'entraîne l'intégration. La Cour ne dit pas ouvertement que le Traité de Lisbonne définit déjà le maximum de compétences qui peuvent être attribuées à l'UE, mais peut avoir parti de cette prémisse, ou au moins que les compétences additionnelles viendront avec des compte-gouttes, dans un probable processus de décélération de l'intégration européenne, et sous la tutelle attentive de la Cour.

MOTS CLÉS: Cour Constitutionnelle Fédérale allemande. Traité de Lisbonne. Souveraineté. Démocratie. Droit de vote.