

ALEMANIA EN LA UNIÓN EUROPEA A LA LUZ DE LA *SENTENCIA-LISBOA*, DE 30 DE JUNIO DE 2009, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. ASPECTOS VARIOS RELATIVOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL TrL: 1. *Objeto, tachas y pretensiones: apunte*. 2. *Tradición dogmática y pragmática flexibilidad en (su político) contexto*.—III. ARTÍCULO 23.1 LF COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN ALEMANA EN UNA UNIÓN EUROPEA DE ESTADOS SOBERANOS: 1. *Consideraciones preliminares*. 2. *El Estado y el pueblo alemán en la Unión Europea*: 2.1. Legitimación democrática en una Unión de Estados soberanos. 2.2. El Estado miembro (soberano) como remanente espacio político de regulación de las condiciones de vida económica, social y cultural del ciudadano. 3. *Configuración de un principio de responsabilidad por la integración*: 3.1. Observación del principio por los órganos políticos. 3.2. Garantía del principio por el Tribunal Constitucional Federal: del control de «*ultra vires*» del *programa de integración* a la salvaguarda del inviolable contenido nuclear de la *identidad constitucional* de la LF.—IV. UNA CONSIDERACIÓN FINAL A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Como es sabido, mediante Sentencia de 30 de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA), al tiempo que ha considerado compatible con la Ley fundamental la ley de asentimiento por la que se autorizaba la conclusión del Tratado de Lisboa (TrL), ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de una de las leyes de acompañamiento, la relativa a la participación de la Dieta y del Consejo federales en asuntos de la Unión Europea (UE), por vulneración del artículo 38.1, en relación con el artículo 23.1 LF (1), en la medida en que

(1) *Vid.* texto de la sentencia (accesible desde el portal del TCFA: <<http://www.bverfg.de>>), en C.II.3, núms. 273 y 406-419.

a esos órganos constitucionales no se les habría reconocido un grado suficiente de participación en la contribución alemana a la adopción de decisiones en el marco de procedimientos legislativo y de reforma o modificación del Tratado de la UE.

Y, en consecuencia, el TCFA ordenó la suspensión del depósito del instrumento de ratificación del TrL en tanto no se produjese la entrada en vigor de la ley sobre la ampliación y reforzamiento de los derechos de la Dieta y del Consejo federales una vez modificada conforme a las exigencias constitucionales extraídas de una lectura conjunta de los referidos artículos 38.1 y 23.1 LF, por primera vez formulada en su polémica *Sentencia-Maastricht* (2).

Exigencias a las que los parlamentarios electos en la Dieta federal y los representantes de los Gobiernos de los *Länder* en el Consejo federal se aprestaron a dar cumplimiento conscientes de que la satisfacción de los estándares constitucionales era una tarea que podía acometerse bien pensando en la articulación de reglas respetuosas con exigencias de principio e instrumentales al efecto de no lastrar el funcionamiento de la UE, bien enfatizando la vertiente nacional a riesgo de potenciar una singularidad que, si no carece de referentes en otros Estados miembros, no sólo podría dañar a la UE sino que también podría poner en cuestión la centralidad política del país más poblado y económicamente más fuerte de todos los integrantes de la UE (3).

(2) A propósito, de entre todos los comentarios en lengua castellana, se remite a Antonio LÓPEZ CASTILLO, «De integración y soberanía. El tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). Comentario de la *Sentencia-Maastricht...*», *REDC*, núm. 40, 1994, págs. 207, 211-218.

(3) En esta línea de planteamiento alternativo destaca, en particular, un pronunciamiento doctrinal, de notorio calado político, a favor del mantenimiento de una mínima consecuencia entre la obligada revisión de las reglas articuladas al efecto de una participación más intensa de la Dieta y el Consejo federales en los asuntos de la UE y las responsabilidades comunitarias que, por su centralidad en la UE, obligan a Alemania, por lo que se recomienda la opción por unos procedimientos de carácter modélico, generalizables a otros Estados miembros, y se desaconseja la alternativa articulación de modalidades que, caso de generalizarse, no es que limasen la eficacia de su funcionamiento, sino que conducirían a la UE a una vía muerta (esa es la tesis de fondo que, formulada incluso como «imperativo categórico de la política europea de Alemania», anima el dictamen (II. *Allgemeine Bemerkungen zur Positionierung von Bundestag und Bundesrat*) que Armin von BOGDANDY, asistido por Jürgen BAST y Christian WOHLFART, ha presentado con fecha 26-27 de agosto de 2009, en audiencia pública, en la nonagésima sesión de la comisión para asuntos de la Unión Europea [*Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union*, A-Drs. Nr. 16 (21) 914 (neu) 90. Sitzung].

Una adicional clarificación, en la que la perspectiva que se estima congruente con la centralidad de Alemania en la UE es opuesta a la temerosa o a la defensiva más comprensible en el caso de un país europeo de tradición católica y de periférica ubicación (¿se estará aludiendo a Polonia? o ¿acaso a España o Italia?) [vid. en *Deutscher Bundestag, Stenografischer Dienst*, 16. Wahlperiode. *Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union* (21. Ausschuss), 1. September 2009, Protokoll Nr. 90, págs. 51-52].

La tribulación que los representantes del pueblo alemán y de sus Gobiernos, federal y de los *Länder*, en virtud de su orgánica integración en el Consejo federal, han podido sentir en la fase de revisión de la legislación al efecto de salvar esa declarada inconstitucionalidad y de acomodarse a los estándares de inserción del TrL en el orden constitucional alemán, ha quedado particularmente de manifiesto en las dudas planteadas acerca de la pertinencia de formular una reserva o redactar una declaración con ocasión del depósito de su instrumento de ratificación pensando en clarificar así a los otros Estados miembros que la obligada aplicación del TrL en Alemania se habría de conformar a la LF según la interpreta el TCFA (4).

Advertido esto, bien se comprenderá que, en su complejidad, la *Sentencia-Lisboa* del TCFA deja tras de sí un inquietante panorama que, trascendiendo del círculo interno, no tardará mucho en hacerse notar en todo el espacio jurídico de la UE.

En ese sentido, sin alcanzar a dar cuenta cumplida de una complejidad cuya polifonía sólo mediante pormenorizado desglose es posible registrar en detalle (5), en lo que sigue se tratará al menos de perfilar algunos de sus rasgos más destacados.

Se mencionarán, en primer término, las tachas y pretensiones deducidas antes de considerar, en su contexto (político), algunos aspectos relativos al proceso que pueden resultar de interés (II).

Y se tratará de considerar, en lo sustancial, el basamento de una decisión cuya relevancia descansa, antes que en el sentido del fallo, en una densa lectura doctrinal del fundamento constitucional de la participación de Alemania en el

(4) A propósito de una inquietud sobre la que expresamente se ha consultado a los académicos llamados a dictaminar en audiencia pública ante la ya referida comisión parlamentaria para asuntos de la UE, y a título meramente indicativo pueden mencionarse aquí las posturas de rechazo manifiesto por parte de dos destacados representantes de la joven iuspublicística alemana, Armin von BOGDANDY [vid. en *Deutscher Bundestag, Stenografischer Dienst, 16. Wahlperiode, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union (21. Ausschuss)*, 1. September 2009, Protokoll Nr. 90, pág. 61] y Franz C. MAYER [vid. en dictamen para la audiencia pública de la Dieta y el Consejo federales en relación con la legislación de acompañamiento al Tratado de Lisboa, de 26 y 27 de agosto de 2009, *Deutscher Bundestag, Stenografischer Dienst, 16. Wahlperiode, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, A-Drs. Nr. 16 (21) 916 (neu) 90. Sitzung*, pág. 11].

(5) En esa línea de apreciación de la *Sentencia-Lisboa* del TCFA apunta Franz C. MAYER que, mediante sagaz paralelismo cinematográfico, elabora un guión de rodaje en el que ocho interlocutores de esquemático enfoque (tantos como magistrados integrantes de una Sala del TCFA) proponen sendas lecturas de esa controvertida resolución, unas más forzadas que otras, cierto es, pero todas ellas posibles, con base en diversos fragmentos de la misma [«Rashomon in Karlsruhe», documento anexo al dictamen presentado por su autor a la ya referida comisión parlamentaria para asuntos de la UE, A-Drs. Nr. 16 (21) 916 (neu) 90. Sitzung, págs. 13-20].

proceso de integración que está encarnando en la UE (III). A unas primeras consideraciones preliminares (1) sigue una doble referencia a propósito de la inequívoca imbricación del principio democrático y el espacio político nacional (2) y de la configuración de un (indeterminado) «principio de responsabilidad por la integración», que más que otra cosa parece una llamada a la responsabilidad de los órganos constitucionales para que, en sus actuaciones relativas al proceso de adopción de decisiones en el desenvolvimiento del proceso de integración, teniendo presente su vinculación a la LF, no dejen de observar parámetros constitucionales cuya salvaguarda, precisamente en el ejercicio de una responsabilidad constitucional compartida, correspondería asegurar al propio TCFA (3).

Por último, mediante alguna consideración final a modo de conclusión (IV), se apuntará a la posible incidencia de esta lectura constitucional, no tanto en la mediata perspectiva de reflexión sobre el futuro de la integración en la Europa de entre siglos (expuesta a objetivos factores de incertidumbre en un marco de globalización pendiente de institucionalizar, en la que bueno sería no errar al intentar proyectar al histórico compromiso de integración manifestaciones adicionales que si no llegasen a ligar acabarían por desligar), como en la inmediata consecuencia en el espacio jurídico de la UE.

II. ASPECTOS VARIOS RELATIVOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL TrL

1. *Objeto, tachas y pretensiones: apunte*

La *Sentencia-Lisboa* es la respuesta que, sin perjuicio de alguna discrepancia menor a propósito de su fundamentación, se ha dado en la Sala Segunda del TCFA a las diversas cuestiones planteadas en el marco de seis procedimientos (6), relativos a la ley para la ratificación del TrL y otras leyes de acompañamiento (7).

(6) Se trata de dos conflictos de atribuciones entre órganos (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08) y de cuatro quejas por inconstitucionalidad o, como impropriamente suele decirse, recursos de amparo (2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 y 2 BvR 182/09).

(7) La ley de autorización parlamentaria de la ratificación del TrL había sido prontamente aprobada en la Dieta y en el Consejo federales, con fecha 23 de mayo y 14 de octubre de 2008 (*vid.* referencias en A.I.4). Y en cuanto a las leyes de acompañamiento, la relativa a la reforma de los artículos 23, 45 y 93 LF, aprobada por la Dieta y el Consejo federales y ya publicada, aún no había entrado en vigor, y la ley sobre la mejora de la participación de las corporaciones legislativas, por ajustar la expresión a la manera propia del TCFA, aún no había sido objeto de promulgación y publicación (*vid.* referencias en A.I.5).

En los conflictos de atribuciones y en sendos recursos de amparo o quejas por inconstitucionalidad se ha puesto en cuestión la ley para la ratificación del TrL. Y en el primero de los conflictos y en dos de los procedimientos (primero y cuarto) de queja por inconstitucionalidad se cuestionaron, además, las leyes de acompañamiento ya referidas, la ley para la reforma de la LF y la ley sobre ampliación y refuerzo de los derechos de la Dieta y del Consejo federales en asuntos de la UE.

Si bien no es posible entrar aquí a desglosar el prolijo detalle de las tachas y pretensiones deducidas ante el TCFA en sendas quejas por inconstitucionalidad y conflictos de atribuciones (8), tampoco puede omitirse una mínima referencia a propósito de los principales motivos y pedimentos. En este sentido, el principal argumento, presente en todos los recursos, consiste en la denuncia, con base en el artículo 38.1, en relación (no sólo) con los artículos 23.1 y 79.3, todos de la LF, de la vulneración del principio democrático, como del principio del Estado social, o del Estado de Derecho, o incluso del principio estructural de división de poderes, y, en suma, de una pérdida de densidad estatal, inconsecuente con la LF.

La quiebra del principio democrático se aduce a propósito de una denunciada merma de potestades de la Dieta federal, como consecuencia de la adicional atribución de responsabilidades a la UE, de la que resultaría un constreñimiento aún más intenso del espacio de decisión política restante a los representantes electos del pueblo alemán. Y se aduce, además, en relación con la que se estima deficiente legitimación democrática en la UE, tanto en lo que concierne a la articulación institucional como a propósito de su proceso decisorio.

Las referencias al riesgo al que los principios relativos a la forma de Estado social y de Derecho, o el principio de división de poderes, podrían quedar expuestos se sustentan en alegaciones escasamente articuladas que parecerían más propias de un debate parlamentario.

La queja relativa al deterioro de una densidad estatal que corre en paralelo a los progresos de la integración, si se analiza en términos lógicos el conjunto de las quejas que se formulan bajo el paraguas de los ya referidos principios, acaso deba considerarse una especie de sintética queja comprensiva de las inquietudes presentes en sendos recursos.

Y ello no sólo porque algunas invocaciones, como las relativas a esos caracteres típicos de los Estados constitucionales de nuestro tiempo, carezcan de una base sólida que permita considerarlas como alegatos autónomos, sino porque,

(8) Ese detalle puede consultarse en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, en A.II.1 (núms. 99-129: quejas por inconstitucionalidad) y 2 (núms. 130-135: conflictos entre órganos).

aun en el supuesto de que las alegaciones aparezcan sustentadas en razones de peso, como, a propósito de la invocación del principio democrático, que en buena medida asume el TCFA, en su paralela afirmación *ad intra* y *ad extra* dejan entrever una notable asimetría y, en todo caso, cierto grado de inconsecuencia lógica que dificulta seriamente su consideración como un alegato autónomo y no instrumental a la queja relativa a la pérdida del espacio y la densidad estatales (9).

2. Tradición dogmática y pragmática flexibilidad en (su político) contexto

1.º En la tradición dogmática descansa, en efecto, una concepción material de los procedimientos de autorización para la ratificación de Tratados internacionales que, por lo que al proceso de integración se refiere, se ha traducido, desde la primera ocasión relativa al ya extinto Tratado CECA, en la complementaria regulación de aspectos mediatamente relacionados con el proceso de integración, cuya incidencia en los equilibrios de poder articulados en el orden constitucional se pretendiera entonces modular en virtud de la previsión de un flujo de información que permitiera a los *Länder* seguir de cerca decisiones atinentes a materias sujetas a su responsabilidad, lo que bien se comprenderá si se recuerda que casi el 100 por 100 de la extracción de carbón se producía en *Renania del Norte-Westfalia*. La caracterización dogmática de la intervención parlamentaria como un mandato de aplicación y su articulación mediante ley contrasta así con la naturaleza formal de autorizaciones parlamentarias que, en ordenamientos como el español, no obstante la expresa exigencia constitucional de una (determinada forma de) ley, tradicionalmente agotan su objeto en el acto mismo de la autorización para la ratificación (10).

Esa práctica de tradicional complemento normativo en las leyes de autorización para la ratificación de los sucesivos hitos del proceso de integración europea se ha visto superada, desde el proceso de ratificación del Tratado de *Maastricht*, en virtud de la densa articulación de las consecuencias derivadas de

(9) A título indicativo cfr. núms. 101 y 102. En lo demás, se remite aquí al epígrafe III.

(10) Cfr., no obstante, lo que en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, se ha dispuesto a propósito de la interpretación, *ex artículo 10.2 CE*, de los derechos fundamentales reconocidos en la CE de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo texto reproduce íntegramente (*BOE*, núm. 184, de 31 de julio de 2008, pág. 32919-32925).

la integración mediante leyes de reforma de la LF y otras leyes ordinarias dictadas al efecto de concretar el detalle para compensar los desequilibrios internos ligados al progreso de la integración.

Con ocasión del TrL la articulación mediante leyes complementarias de esa preocupación no se limita a la compensación de desequilibrios internos, sea en la perspectiva federal o a propósito del funcionamiento de la forma parlamentaria de gobierno, presenta además una novedosa aproximación comprensiva mediante una «ley de asunción de la responsabilidad de la integración por la Dieta y el Consejo federales en asuntos de la Unión Europea» que, de modo paradójico, se inserta como parte de una ley continente (11).

2.º Expresivas de pragmática flexibilidad pueden considerarse, de una parte, la praxis de activa concurrencia de órganos constitucionales y de los *Länder* en los procesos relativos al examen de conformidad con la LF de hitos del proceso de integración como es ahora el caso con el TrL (12), y, de otra parte, una intervención de la presidencia federal a título de garante político que ha permitido al TCFA no tener que entrar a pronunciarse acerca de la solicitud de declaración de la suspensión cautelar del depósito del instrumento de ratificación del TrL.

Lo primero se ha de valorar positivamente como positiva es también, cuando se produce, la audición de personalidades políticas y profesionales que sirve al TCFA para formar criterio con mayor conocimiento de causa, algo que al TC le hubiese podido resultar de cierta utilidad al proceder al control previo del fallido TcUE (13).

Lo segundo merece un comentario más acerado, porque se trata de una práctica más reciente y no exenta de equivocidad.

(11) Esa novedosa ley (que cuenta con 12 párrafos) aparece inserta, en efecto, en el artículo 1 de la ley sobre la ampliación y refuerzo de los derechos de la Dieta y el Consejo federales en asuntos de la Unión Europea que, en su artículo 2, regula una modificación de la ley de designación de los jueces, y en su artículo 3 deroga la anterior ley sobre la ampliación y refuerzo... de 17 de noviembre de 2005 (vid. en *Bundesgesetzblatt*, I, Núm. 60, de 24 de septiembre de 2009, págs. 3022-3025).

(12) Cfr. el detalle en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, en los números marginales 136-165, en A. III.

(13) A propósito de la paupérrima práctica de colaboración de órganos constitucionales (y personalidades competentes) en los procesos de control de constitucionalidad (no sólo) de tratados internacionales y de la rara elaboración de documentación sistematizada a la manera del *Conséil constitutionnel*, se remite a Antonio LÓPEZ CASTILLO, «La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en VVAA, *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, 2005, págs. 13, 15 y 16.

Ya con ocasión del (mediato) control de constitucionalidad del TUE o *Tra-tado de Maastricht* (14) se produjo una concertada decisión por la que se anunciaba la voluntad presidencial de no proceder al depósito del instrumento de ratificación del TUE en tanto no declarase el TCFA su conformidad a la LF.

En esa línea, en virtud de un compromiso político semejante hecho público por la oficina de la presidencia federal se congelaría nuevamente el trámite de depósito del instrumento de ratificación del TrL hasta no dictarse fallo favorable, lo que ha permitido al TCFA la elusión de la pretensión de inmediata suspensión cautelar rogada en casi todos los recursos (15).

En este punto, sin negar el rendimiento mediático que ese tipo de declaración solemne objetivamente acredita en la medida en que contribuye a tranquilizar el debate constitucional sobre el fondo de las cuestiones planteadas, debe llamarse la atención sobre el efecto que una cobertura convencional semejante ha tenido en el *tempo* de un proceso que, de modo particularmente llamativo, acaso sin precedente, mediante advertencia epistolar del ponente a los recurrentes, habría ralentizado su trámite en atención a la situación política creada en torno al proceso de ratificaciones del TrL como consecuencia del inicial no irlandés.

En esa circunstancia, se hace difícil negar que un acompañamiento semejante denota una pulsión política en el desempeño de la suprema jurisdicción constitucional, en sí misma cuestionable, y en la medida en que en derredor pueda haber hecho escuela, nefasta.

Objetivamente nefasta en la medida en que esa (bienintencionada) actitud presidencial alemana, aun sin pretenderlo, haya podido alentar miméticas prácticas de arrogación de una función política de garantía del orden constitucional en presidencias vecinas, como la polaca o la checa. Y, a propósito, lo de menos es que esas intervenciones presidenciales al efecto de frenar o condicionar decisiones parlamentarias de ratificación puedan haber respondido a otros intereses y criterios tácticos o haberse guiado por motivaciones específicas.

La impaciencia por culminar un proceso de ratificación que, superado el obstáculo irlandés y vencida la resistencia de la presidencia polaca (16), aún po-

(14) A propósito de aquel mediato y temprano control de constitucionalidad, *vid.* referencias en Antonio LÓPEZ CASTILLO, «De integración y soberanía...», *cit.*, en *REDC*, núm. 40, 1994, págs. 208-210.

(15) En efecto, salvo en el sexto, en los recursos se solicitaba del TCFA la adopción de medidas cautelares. Y del compromiso presidencial se da cuenta en el punto A.I.6, segundo párrafo.

(16) Ello ha tenido finalmente lugar, como fruto de la negociación política, con fecha 10 de octubre de 2009. Y en cuanto a Irlanda, manifiesta ya la voluntad de los irlandeses, previa negociación decantada en una decisión de los representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27

dría haberse vuelto a complicar (sí, caso de no cerrarse, mediante un cambio de gobierno en la Gran Bretaña se hubiese dado ocasión de convocar el referéndum anunciado por el líder conservador), explica el afanoso trabajo de la presidencia sueca de turno por arbitrar a tiempo una salida que, sin necesidad de ratificación inmediata (diferida a la ratificación de un próximo Tratado de ampliación), pudiera satisfacer la demanda checa (plantada *in extremis* y desatendida ya en Lisboa) de un régimen de exención de aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la UE como el reconocido mediante Protocolo al Reino Unido de la Gran Bretaña y Polonia (17).

Todo ello, al margen de lo enojoso de unas formas y motivos que han precisado de los buenos oficios de la representación diplomática alemana en la República Checa a fin de serenar un debate (político y) constitucional al que la ya inminente (segunda) decisión del TC checo se espera que venga a poner fin (18).

Estados miembros de la UE reunidos en el seno del Consejo Europeo relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa (anexo I a las Conclusiones de la Presidencia, Bruselas, 18-19 de junio de 2009), la ratificación ha tenido lugar el pasado día 16 de octubre de 2009 (*vid.* referencias en <http://europa.eu/lisbon_treaty/index_es.htm>). Alemania ratificó finalmente el TrL con fecha 25 de septiembre de 2009, al día siguiente de haberse publicado en la *Gaceta Oficial de la Federación* la ya referida legislación complementaria.

(17) El Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de octubre, previa reafirmación de su determinación de que el TrL pueda entrar en vigor antes de finalizar 2009, ha tomado en consideración esa demanda checa y, en consecuencia, «los Jefes de Estado o de Gobierno han acordado que, en el momento de la celebración del próximo Tratado de adhesión y de conformidad con sus respectivos requisitos constitucionales, anexarán el correspondiente Protocolo (que figura en el Anexo I) al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea» (Conclusiones de la Presidencia, I.2, segundo párrafo). El referido Anexo I (Protocolo sobre la aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la República Checa) especifica que el Protocolo núm. 30 se aplicará a la República Checa (art. 1) mediante modificación del título, preámbulo y parte dispositiva para que se refiera a ese país en los mismos términos que a los otros dos (art. 2) y se acuerda su anexión a los Tratados, TUE y TfUE (art. 3).

(18) Debate ciertamente lastrado por un poso de desconfianza que viene del tortuoso pasado compartido por alemanes y checos. La expresión presidencial del temor a que los nacionales alemanes afectados por los llamados decretos *Benes* pudieran pretender la devolución de propiedades... ha puesto en alerta a los vecinos que han querido zanjar de súbito ese conato de extemporánea rememoración, negándose de plano a cualquier mención de los *Sudetes*. En cuanto a la esperada intervención del TC checo, se ha de recordar que a la primera Sentencia, de 21 de noviembre de 2008, en la que el TC checo, al tiempo que ha considerado al TrL compatible con la Constitución nacional, ha procedido a articular una reserva de jurisdicción a la germana (*vid.*, a propósito, Petra NEMECKOVA, «La sentencia del Tribunal Constitucional checo de 21.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa», *RDCE*, núm. 32, 2009, págs. 239-258), ha de seguir una segunda resolución, prevista para la primera semana de noviembre de 2009, en respuesta a un adicional intento de frenar el proceso de ratificación del TrL que, entre tanto, como antes sus colegas alemán y polaco, el euroescéptico Presidente Klaus ha decidido mantener congelado. Mediante Sentencia de 3 de noviembre de 2009 se han

III. ARTÍCULO 23.1 LF COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DE ALEMANIA EN UNA UNIÓN EUROPEA DE ESTADOS SOBERANOS

1. Consideraciones preliminares

En la *Sentencia-Lisboa* procede el TCFA a inferir del artículo 23.1 LF unas exigencias de conformidad al orden constitucional del TrL que se formulan no de un modo hipotético sino preciso, al efecto de puntualizar con cierto grado de detalle las condiciones en las que diversos apartados del TUE y del TFUE, puntualmente identificados y respecto de los que se intenta delimitar las responsabilidades de los órganos constitucionales, pueden aplicarse en el espacio jurídico alemán.

La potencialidad que el fundamento constitucional alcanza en esta ocasión no resulta tanto de novedades radicales como de la conjunción de útiles diversos de su jurisprudencia anterior que, como consecuencia de su agregación, contribuyen a poner en relación y caracterizar más nítidamente anteriores circunloquios (control de identidad, principio de responsabilidad por la integración) y tradicionales tópicos (programa de integración, mandato de aplicación, Unión de Estados) de un modo enfatizado que denota una contundencia inédita al poner de relieve la reivindicación de plena autonomía política y constitucional de un Estado soberano, planteada así, por primera vez, en la *Sentencia-Maastricht*.

En la presente ocasión, el TCFA, tras un repaso somero de los antecedentes remotos e inmediatos del proceso de integración, procede a la presentación sintética de los aspectos más relevantes de un Tratado de reforma que, sin perjuicio de asumir muchos de sus contenidos, guardaría menos relación con el fallido TcUE que con el Tratado de *Maastricht* (19).

Alemania seguiría formando parte, una vez se produzca la ratificación del TrL, de una organización (que llega a caracterizarse como *Herrschaftsverband*

declarado conformes a la Constitución el TUE y el TFUE, y en particular los artículos 7, 8, 9, 10.1, 13.1, 14.2, 17.1 y 3, 19.1, 20, 21.2.h), 42.2, 47 y 50.2-4 del TUE y 3, 78.3, 79.1 y 83 del TFUE (vid. versión en lengua inglesa del fallo y nota de prensa en <http://www.concourt.cz/view/2136> y <http://www.concourt.cz/view/2144>, respectivamente.

En consecuencia, el Presidente checo ha firmado el compromiso, y así el Tratado podrá entrar en vigor el 1 de diciembre de 2009. Y a la vista del panorama los conservadores británicos se han desdicho de su intención inicial.

(19) Cfr. números marginales 2, 3-11 y 12-31 del texto de la *Sentencia-Lisboa*, en A.I.

o *Integrationsverband*), la Unión Europea, de cuya concreción como forma política nada definitivo se dice ni en el Preámbulo ni en el propio artículo 23.1 LF y que desde la *Sentencia-Maastricht* se viene caracterizando como una Unión de Estados (*Staatenverbund*).

Y en esa línea de jurisprudencia, por si quedaba alguna duda, precisa el TCFA que por *Verbund* se comprende un estrecho y sostenido vínculo convencional en el que los Estados, como los soberanos que siguen siendo, pueden seguir disponiendo de un ordenamiento cuya legitimación descansa en sus respectivos pueblos y cuyo poder se fundamenta en sus Constituciones (20).

Caracterizada así la UE como una Unión sustentada en la igualdad soberana de los Estados, la consecuencia tanto con respecto a la dimensión política de la Unión, que se define ahora por «el ejercicio en común de poder público...» (21), como en relación con la autonomía del orden jurídico de la integración no se hace esperar.

Del orden jurídico de la UE se dice que presenta los rasgos propios de un orden derivado que, conforme a la cláusula de (autorización de la) integración del artículo 23.1 LF, expresivo de un designio de apertura del que participan asimismo los artículos 24.1 y 2 y 26, en relación con el Preámbulo y los artículos 20, 79.3 y 146, todos de la LF, no sólo es que actualmente carezca, sino que en el futuro tampoco podría sustentarse en un título propio de legitimación ni constituirse, en consecuencia, con base en su específico Derecho (22); como no sea que, en virtud de una intervención al efecto por parte del poder constituyente, se dejase abierto el camino hacia un cambio del sujeto de legitimación democrática.

En esta perspectiva, se clarifica en la *Sentencia-Lisboa* que, en su condición de dueña de los Tratados, Alemania no estaría impelida a limitar la verificación de conformidad al orden constitucional al autorizar la ratificación del correspondiente hito convencional. Esa tarea se debería poder realizar de modo permanente mediante estricto seguimiento del Derecho de la UE.

Y, al efecto, todos los órganos constitucionales estarían en la obligación de asumir una responsabilidad particular en el desempeño de sus respectivas competencias, a fin de contribuir a que en el curso ordinario del desenvolvimiento de las tareas atribuidas a las instituciones y órganos de la UE mediante

(20) Cfr. números marginales 229 y 234 del texto de la *Sentencia-Lisboa*, en C.I.2.c) y d).

(21) «(... lo que) en la concepción europea de paz y unión está particularmente indicado allí donde se trate de la coordinación de conductas de ámbito transfronterizo y de la salvaguarda de un espacio económico y jurídico común en el que los ciudadanos puedan desarrollarse libremente» [cit. de número marginal 248, en C.I.3.a)].

(22) Cfr. números marginales 222 y 232 del texto de la *Sentencia-Lisboa*, en C.I.

los Tratados (que, sin perjuicio de su conclusión por tiempo ilimitado, seguirían estando caracterizados por su limitación material y su carácter expresamente reversible) no fuesen a quedar superados o desatendidos ni el *programa de integración* respecto del que se produce la autorización parlamentaria ni, en todo caso, los contenidos indisponibles que configuran la *identidad constitucional* de la LF (23).

2. *El Estado y el pueblo alemán en la Unión Europea*

2.1. *El pueblo y la legitimación democrática en la Unión Europea de Estados soberanos*

Comienza poniendo las cosas en claro el TCFA, al decir que en tanto no haya un pueblo europeo uniforme en el marco de la erección de un Estado federal europeo (lo que, en Alemania, demandaría la superación de la vigente Constitución), el soporte de legitimación del poder público, incluido el que se ejerce en el ámbito de la UE, ha de seguir estando en manos de los pueblos constituidos en los Estados miembros.

En esta línea, sin dejar de reconocer que la paulatina ampliación del ámbito material y funcional del Parlamento Europeo permite apreciar la existencia de un complementario espacio de representación política de los pueblos de los Estados miembros, que no de un inexistente pueblo europeo, se cuestiona la suficiencia de la cualidad democrática de esa «corporación legiferante» [expresión que se toma de una conocida sentencia del TEDH (24)], mediante argumentos que llaman un tanto la atención.

Llama la atención, en primer término, la alusión marginal en los razonamientos del TCFA a la emergencia de una complementaria participación de los ciudadanos de la Unión en el Estado de residencia que, con independencia del *quantum*, comporta una modulación de la contingentación nacional de la representación en el PE que, en una aproximación de principio como la que pretende estar haciendo el TCFA, se ha tomar en consideración.

Y llama la atención, sobre todo, por la intensidad de la exigencia, no ya constitucional sino política, de concretas manifestaciones de articulación demo-

(23) Cfr., en particular, números marginales 233 y 240 del texto de la *Sentencia-Lisboa*, en C.I.

(24) Se trata de la Sentencia de 18 de febrero de 1999, as. *Matthews/R. Unido de la Gran Bretaña*.

crática que, no obstante partir de la idea de que la apertura a la integración, sin desconocer un principio democrático que es contenido indisponible de la identidad constitucional, permite su modulación en atención a las especificidades propias de una Unión de Estados soberanos.

Resulta llamativa, en efecto, la exigencia de una igualdad en la representación de sendos pueblos en el PE que no quedaría satisfecha con una proporcionalidad decreciente que se considera a medio camino del principio iusinternacional de la igualdad de los Estados y el principio estatal de igualdad de la elección.

La cuestión no es que la atemperada modalidad de asignación proporcional de escaños por espacio estatal se halle a medido camino de dos realidades políticas distantes.

Lo relevante es que es la propia UE la que está a medio camino de esos dos tradicionales espacios. Y por eso mismo, la pretensión de llevar la igualdad de la elección al espacio institucional de la UE aparece como un contrasentido, tanto más si, como es el caso en la *Sentencia-Lisboa*, se pone un particular énfasis en configurar a la UE como una singular organización internacional y en dar al Derecho de la Unión el tratamiento que —como se ha comentado— se emplea en relación con el Derecho internacional.

Y en esa línea de radical exigencia de formas propias, no ya de un Estado soberano, sino de una concreta forma parlamentaria de gobierno, se ha de considerar la crítica visión que el TCFA apunta a propósito de la inexistencia de suficiente uniformidad de representación parlamentaria en la UE al efecto de contribuir a la formación de un Gobierno y al ejercicio de control político, en su caso, mediante exigencia de responsabilidad.

Y en la falta de claridad acerca de la responsabilidad política por actuaciones que en un marco de complejidad semejante apenas pueden reconducirse a un centro inequívoco de imputación le lleva a erigir un límite, implícito, en la exigencia misma de clarificación de la atribución de competencias (25).

Más allá de esta cuestión de principio, la proyección de planteamientos ideales confunde particularmente cuando la crítica que se formula a la revisión del vigente sistema de voto ponderado se funda en la consideración de que con el futuro modelo de doble mayoría (¡en el Consejo!) la UE estaría retomando el clásico principio iusinternacional de la igualdad de los Estados (que en el Consejo federal juegue la ponderación es una cosa y que la igualdad de los Estados sea un principio extraño a un consejo territorial o a un Senado, si se quiere, es otra distinta), afirmación que resulta tanto o más sorprendente que la anterior.

(25) Cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 247, *in fine*, en C.I.3.a).

Como, en todo caso, según el planteamiento que sigue el TCFA, el grado de exigencia del principio democrático en la estructura institucional y en los procedimientos decisorios ha de estar necesariamente en función de *quantum* de la atribución y del grado de autonomización para su ejercicio (26), no se precisaría tanto de una congruencia como de una compatibilidad estructural (27) toda esta proyección del principio democrático al ámbito institucional de la UE es sólo una parte de la cuestión, quizás la menos relevante, puesto que el propio TCFA ha considerado que la participación en la elección del que se denomina contingente alemán en el PE brinda a los ciudadanos de la Federación [sin mencionar en este punto a los residentes de la Unión (28)] una complementaria posibilidad de participación en el sistema institucional de la UE que, en el marco de un sistema caracterizado por la atribución de competencias concretas, confiere un nivel de legitimación suficiente (29).

En suma, lo más significativo de la invocación del principio democrático en el curso de la argumentación del TCFA guarda relación con la afirmación de una de las facetas integrantes del contenido del derecho (de carácter) fundamental a la participación en la elección democrática de los representantes, en tanto que hace parte de la identidad constitucional cuya salvaguarda obliga a todos los «órganos alemanes» aun en el marco de relación Derecho nacional-Derecho de la UE.

En lo sustancial se trata, en efecto, de una faceta [de hechura reciente (30)] del derecho a participar en la elección democrática de una representación del pueblo, la que sostiene la pretensión de que la representación parlamentaria del pueblo no quede desprovista de la potestad suficiente al efecto de adoptar decisiones que conciernan a los ámbitos vitales en los que, de ordinario, se desenvuelve la vida de los ciudadanos. Pero de la salvaguarda de un remanente espacio político de decisión estatal se trata ya en lo que sigue.

(26) Cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 262, en C.I.1.b).

(27) Cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 266, en C.I.1.b).

(28) Del estatuto de ciudadanía de la Unión se ocupa el TCFA al efecto de subrayar su carácter derivado y meramente complementario del estatuto de nacionalidad [cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 346-50, en C.II.1.b)].

(29) Cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, números marginales 274-297, en C.II.1.a); en el número marginal 271, en C.I.1.b) se dice ya que «como un órgano de representación de los pueblos electo directamente por los ciudadanos de la UE, el PE es una adicional fuente autónoma para la legitimación democrática (cfr. *BVerfGE* 89, 155, 184-5)».

(30) El reconocimiento de esa faceta en la controvertida *Sentencia-Maastricht* tiene, en efecto, una remarcada continuidad en la *Sentencia-Lisboa* [vid., en particular, número marginal 210, en C.I.1.a)].

2.2. *El Estado miembro (soberano) como remanente espacio político de regulación de las condiciones de la vida económica, social y cultural del ciudadano*

Esa proyección del principio democrático, en tanto que indisponible contenido constitucional, *ex* artículo 23.1, en relación con los artículos 20.1 y 2 y 79.3 de la LF, habría de condicionar necesariamente —arguye el TCFA— tanto la modalidad y alcance de las concretas atribuciones de competencias (o *Übertragungen von Hoheitsrechten*; en realidad, no cuesta mucho entender que esta expresión tiene otra connotación de no poca potencialidad, a la vista de la enfatizada deriva doctrinal en la *Sentencia-Lisboa*, y que acaso convenga refrescar, que el vocablo determinante es la palabra transferencia y que, desde el momento en que así se leyese, podría coadyuvar al reforzamiento de tradicionales tópicos dogmáticos como mandato de ejecución y de principios de menor recorrido, como el de responsabilidad por la integración, mediante adicional condicionamiento y control y, en su caso, eventual revocación), cuanto la configuración institucional y los procedimientos decisorios caracterizados por la actuación autónoma de la Unión Europea (31).

Y condicionarla al extremo de que como consecuencia de la sucesiva andadura de la integración ni se produzca un vaciamiento del sistema democrático de poder ni Alemania quede tampoco expuesta a un poder foráneo. Y dicho queda cómo a propósito del examen del TrL constata el TCFA que Alemania seguiría siendo un Estado soberano y sujeto pleno en el orden iusinternacional, descartando que sus tradicionales elementos, como el pueblo o el territorio, vayan a verse cuestionados (32).

A propósito de la incidencia en el elemento «poder (soberano)» se ha de extender algo más el TCFA no obstante su contundente negación de real (o hipotética) pérdida sustancial de la soberanía de Alemania en el tracto de la integración.

Afirmación que se ilustra mediante la sucesiva toma en consideración de la divisoria competencial y complementarios límites de ejercicio, del derecho de salida de la UE y aun de su competencia al efecto de determinar el alcance que en Alemania se puede o no reconocer a una primacía que, lejos de su extremo-

(31) *Vid.* esta expresa exigencia en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 244, en C.I.3.

(32) Cfr. referencias en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, números marginales 346-50 y 344-5, (en C.II.1) y 220 [en C.I.2.a)].

sa consideración como un principio incondicional, aparece aquí caracterizada como una regla de colisión condicionada a la interpretación del TCFA (33).

El argumento del TCFA es, en su complejidad, de una contundente simplicidad. Si, por definición, en el proceso de integración Alemania no puede dejar abandonada su soberanía (¡al expresarlo así resulta un tanto chocante el tono del TCFA que ciertamente puede invocar ese estatuto de soberanía pero que, asentado ya el estremecimiento de la reconquista que pudo insuflar el ánimo de los magistrados allá por 1993, quizás hubiese podido permitirse alguna referencia a propósito del sentido histórico de la imbricación de Alemania en un momento inicial del proceso de integración, en el que la expresión *transferencia de derechos de soberanía* quería decir lo que, contra toda evidencia, literalmente decía y que durante tantos años se ha venido repitiendo que no quiere decir, porque transferencia de derechos de soberanía significaba en aquella Alemania tutelada reconocimiento de igualdad para la adopción conjunta de decisiones o, en expresión más radical, recuperación de una capacidad decisoria enajenada o condicionada!), entonces ni la misma se puede atribuir expresa o implícitamente (cláusula de salvaguarda de la soberanía), ni a partir de cláusulas abiertas, de diverso tipo, sería posible alterar o modificar el sentido o el alcance de lo atribuido (principio de atribución competencial limitada y delimitable o no enajenada).

En este contexto, mediante confluencia de la interpretación de una exigencia de salvaguarda de soberanía que en el marco de la LF resultaría del principio democrático y de la (correcta) concepción de una asociación/unión (*Vereinigung*) europea sustentada en una unión convencional de Estados soberanos (¡nuevo giro de tuerca en la caracterización del proceso de integración!) se concluye que si bien de antemano no es posible determinar el número exacto y el tipo de competencias que el Estado soberano ha de retener para seguir siéndolo, las atribuciones a la UE no deberían traspasar los aspectos nucleares del ámbito competencial del Estado y, en ningún caso, privarle del suficiente espacio como para poder configurar las condiciones de la vida económica, cultural y social de los ciudadanos (34).

En expresión del TCFA tal sería el caso en particular en ámbitos materiales relativos a las circunstancias vitales de los ciudadanos tanto a propósito de la autonomía personal como en lo relativo a la seguridad social y personal, al ámbito de la decisión política particularmente impregnado de concepciones culturales,

(33) *In extenso*, a propósito de lo que sigue en el texto, cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, números marginales 298, 301, 304, 329, 331-343, en C.II.1.b).

(34) *Vid.* en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, números marginales 248 y 249, en C.I.3.a).

históricas y lingüísticas que encuentran su proyección mediante el debate en espacios políticamente articulados y parlamentariamente organizados.

A título indicativo, el TCFA relaciona diversos ámbitos esenciales de configuración democrática que se desarrollan con algún detalle. Se trata, entre otros aspectos de tradicional desempeño estatal, del Derecho penal material y formal, del monopolio de la fuerza civil y militar, de las decisiones básicas sobre ingresos y gasto público, de la configuración social de las condiciones de vida o, en fin, de decisiones significativas en los ámbitos escolar y de formación, familiar, o a propósito de las relaciones con comunidades religiosas (35).

3. *Del principio de responsabilidad por la integración*

3.1. *Observación del principio por los órganos políticos*

A los órganos constitucionales alemanes les obliga una permanente responsabilidad para que en el proceso de integración no se desvirtúen los principios democráticos, *ex* artículos 20.1 y 2 y 79.3 LF, en los sistemas políticos de la República Federal y de la UE (36).

Al efecto de desempeñar esa tarea permanente los órganos políticos habrían de preocuparse tanto por delimitar del modo más claro posible lo atribuible en el momento de la «transferencia» como por no enajenar el ámbito más amplio de lo atribuido como consecuencia del establecimiento de bases genéricas o/y cláusulas autodispositivas o regímenes especiales de revisión simplificada, etc., de cuya puesta en práctica no se pudiese ya responder.

En consecuencia con este planteamiento el TCFA, constatada la conformidad constitucional del procedimiento de reforma previsto en el artículo 48. 2-5 TUE, procede a repasar otras cláusulas diversas con conclusiones asimismo variadas.

Así respecto de la autorización del procedimiento simplificado de revisión establecido en el artículo 48.6 TUE se establece la exigencia de ley, a los efectos del artículo 23.1.2.^a LF como *lex specialis* respecto del artículo 59.2 LF.

Y otro tanto se prescribe para el supuesto de pasarela del artículo 48.7.3.^a TUE que, por extensión, se aplicaría asimismo a la pasarela especial del artículo 81.3.2.^a TFUE.

(35) En detalle *vid.* en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, números marginales 249 y 252-260, en C.I.3.a).

(36) Cfr. en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, número marginal 245, en C.I.3.a).

Y lo mismo se hace extensivo tanto a la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE, como al supuesto de cláusula de autorización en blanco del artículo 83.1.3.^a TFUE.

En otros casos, sea en relación con la cláusula-pasarela materialmente delimitada, *ex* artículo 48.7 TUE, o se trate de decidir en el ámbito de la cooperación en materia judicial (arts. 82.3 y 83.3 TFUE), la exigencia de autorización parlamentaria previa a la decisión del representante estatal se cumple mediante la adopción de resoluciones e instrucciones parlamentarias.

Y, por último, no debe olvidarse la puntillosa labor de interpretación reductora de las previsiones del TrL que, en el camino de su encaje en la LF, pierde a jirones cualquier atisbo de supranacionalidad (cfr. IV).

Y, en fin, en consonancia con esta exigente interpretación de la *Sentencia-Lisboa* el legislador ha procedido a la pormenorizada regulación de los diversos supuestos y modalidades de intervención del Parlamento federal y, en su caso, del Consejo federal, al efecto de autorizar la manifestación de la decisión, positiva o de abstención, que vaya a comprometer a Alemania.

Sin necesidad de entrar aquí en el detalle de la denominada ley sobre la salvaguardia de la responsabilidad por la integración que se ha poner en relación con las leyes de cooperación del Gobierno con el Parlamento federal y del Gobierno con los *Länder* (37), es preciso destacar lo severo del anclaje del Gobierno a los mandatos del Parlamento y tanto o más que haya sido ello el resultado de una intervención constitutiva del TCFA.

La complicación que semejante supervisión parlamentaria del Gobierno puede comportar, y que pronto va a ser notoria en el seno de las instituciones de la UE, no ha podido escapar a la reflexión de la Sala Segunda del TCFA.

3.2. *Garantía del principio por el Tribunal Constitucional Federal: del control de constitucionalidad de «ultra vires» del programa de integración a la salvaguarda del inviolable contenido nuclear de la identidad constitucional de la LF*

Como garante de una autodeterminación democrática de la comunidad política, de la que emana el poder constituyente, que como la autodeterminación

(37) Tanto la referida ley sobre la salvaguardia de la responsabilidad por la integración inserta en el artículo 1 de la ley sobre la ampliación y refuerzo de los derechos de la Dieta y del Consejo federales en asuntos de la Unión Europea, como las otras dos leyes referidas en el texto, pueden consultarse en la Gaceta federal (*BGBI.* I, 6.º, 2009, de 24 de septiembre, págs. 3022-5, 3026-30 y 3031-5).

individual estaría en la base del orden constitucional articulado en la LF, el TCFA se considera competente para controlar que en el ejercicio de sus responsabilidades las instituciones y órganos de la UE no excedan el ámbito propio de las competencias que les hayan sido atribuidas ni vulneren la *identidad constitucional*.

En la medida en que mediante el TrL se procede a la atribución de adicionales competencias y se avanza asimismo en el reconocimiento de nuevas modalidades para una puesta en ejercicio más autónoma, el TCFA presume la existencia de una reserva de jurisdicción al efecto de sancionar posibles actuaciones de la UE «*ultra vires*» del *programa de integración* o/y lesivas de la *identidad constitucional*.

En consecuencia, si de la normativa de la Unión según la interpretan los órganos jurisdiccionales de la UE fuese a resultar un posible desconocimiento del *programa de integración* o/y de la cláusula de *identidad constitucional*, ni la «pretensión de validez» del Derecho de la UE, ni la posible invocación de alguna otra cláusula, como la que mediante el TrL se explicita en el artículo 2 TUE, podrían oponerse con éxito en Alemania a la suprema interpretación constitucional, sea respecto del alcance del *programa de integración* autorizado, sea respecto a la referida cláusula de *identidad constitucional*.

Pues bien, ya en la última ocasión en que he podido pronunciarme con un cierto detalle acerca de una resolución de alcance iuscomunitario del TCFA concluía el breve comentario llamando la atención sobre lo incierto de la futura jurisprudencia constitucional a propósito de una cuestión abierta que en aquella ocasión no se planteaba, la relativa al control de futuribles hipótesis de *ultra vires* comunitario (38).

Entre tanto, la función de salvaguarda del orden constitucional alemán, a la que, como tarea propia de una jurisdicción de su estatuto constitucional, el TCFA no había llegado nunca a renunciar incondicionalmente, dicho sea sin perjuicio de su contribución a la doctrina de la equivalencia relativa de los estándares de tutela, había venido experimentando un afianzamiento dogmático, mediante decisivas resoluciones, como *Misiles* y *Maastricht* (39), al desligarse de un tradicional criterio subjetivo para adoptar un enfoque objetivado al efecto de alcanzar a enjuiciar, siquiera por hipótesis, cualesquiera manifestaciones de poder público que, aun sin ser de la (exclusiva) competencia de las autoridades

(38) Antonio LÓPEZ CASTILLO, «Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda) de 7 de junio de 2000», *REDC*, núm. 61, 2001, págs. 349, 363 y 364.

(39) ÍDEM, *Constitución e integración. El fundamento constitucional...*, 1996, *passim*.

nacionales, pudiesen desplegar de inmediato sus efectos en solar alemán y sobre ciudadanos germanos.

En la presente ocasión se avanza con buen paso en ese sentido de la marcha, en la medida en que, al tratar del alcance de las modificaciones insertas mediante el TrL tanto a propósito de adicionales atribuciones de competencias a la UE como en atención a la autonomización de sus procedimientos decisorios, se advierte de la existencia de un doble parámetro de observancia y control de sus disposiciones jurídicas en el ámbito (alemán) de aplicación. Un doble parámetro, porque a la articulación de la ya referida cláusula del «*ultra vires*» se suma con notoria intensidad la invocación de una genérica cláusula de «*identidad (constitucional)*» asimismo avanzada en ocasiones anteriores (40).

La primera de las cláusulas resulta corolario lógico de una previa caracterización, ya contrastada —y cuya primera identificación sirviera a la asunción de una extensiva integración jurisprudencial de la función interpretativa del TJCE entonces recién cuestionada por la suprema jurisdicción financiera (41)—, de la autorización parlamentaria de los sucesivos hitos convencionales en el tracto de la integración europea como la asunción anticipada de un «*programa de integración*» que, sin perjuicio del reconocimiento a las instituciones comunitarias de una cierta discrecionalidad al efecto de su flexible aplicación, en último término se ha de poder concretar y delimitar de conformidad con los estándares y parámetros constitucionales, *ex ante*, en virtud de la no asunción de atribuciones abiertas o en blanco, o *ex post*, mediante adopción de las medidas precisas al efecto de su salvaguarda (42).

La segunda cláusula aparece ya, en lo sustancial, en la *Sentencia-Maastricht*, prefigurando ese tipo de discurso democrático-nacional que ahora se enfatiza de modo considerable, mediante inferencia, a partir del artículo 38 LF, de un derecho fundamental de los ciudadanos (alemanes) a la participación política que para ser efectivo no podría limitarse al momento de la elección, particular expresión de la libre e igualitaria contribución del ciudadano a la autodeterminación democrática, ni desentenderse tampoco de una eventual situación de deterioro o merma sustancial de las competencias del Parlamento que pudiese vaciar su derecho de sustancia.

(40) Cfr., a propósito, la equívoca articulación de una cláusula semejante en relación con la orden de detención europea, en la Sentencia de 18 de julio de 2005 (as. 2 BvR 2236/04), con VVPP, en *BVerfGE* 113, 273, 296.

(41) Cfr. Sentencia TCFA de 8 de abril de 1987, en *BVerfGE* 75, 223, 235, 242.

(42) Cfr., a propósito, en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, los números marginales 236-237 y 239, en C.I.2.

El énfasis actual resulta de su consideración como un derecho indisponible, no apto para someterse a ponderación, expresivo de la identidad de la LF (si también de la de una futura Constitución es cuestión que el TCFA deja abierta) y, en consecuencia, como contenido integrante de una *cláusula de eternidad* para la que se propone ahora una lectura superadora de su carácter histórico como extraordinario mecanismo de defensa frente a la opresión (en realidad como el penúltimo de los mecanismos de defensa, porque el último sería el singularísimo derecho individual de resistencia al poder que se reconoce en el art. 20.4 LF) (43).

Si con ocasión de su control constitucional una determinada actuación de la UE se considerase dictada «*ultra vires*» del *programa de integración* respecto del que se obtiene autorización parlamentaria mediante una ley que, conforme a la modulada tradición dualista germana, sigue considerándose un *mandato de aplicación* o fuese, en otro caso, estimada lesiva de una *identidad constitucional* de la que los principios fundamentales de que se trata en el artículo 79.3 LF son concreción y que, conforme al TrL, tiene su correspondencia en el artículo 4.2, primera frase, TUE, entonces la consecuencia es la que ya se anunciara en la *Sentencia-Maastricht*, su no aplicación en Alemania.

Inaplicación que no se considera incompatible con la asunción por parte de Alemania de sus obligaciones a propósito de la efectiva y prevalente vigencia del Derecho comunitario en el espacio jurídico de la UE. Que se considera, antes bien, la única forma de cohonestar las exigencias cruzadas en el orden de la integración.

Por lo que al control de la *identidad constitucional* se refiere porque, a falta de una efectiva jurisdicción constitucional de control en el ámbito nacional, la garantía de la correspondiente cláusula del TUE quedaría puesta en cuestión, con el consiguiente quebranto del principio de leal cooperación expresamente previsto en el artículo 4.3 TUE que, en perspectiva constitucional, encuentra soporte en la directiva de *cordialidad isueuropea* en la adopción de decisiones relativas al proceso de integración europea o *Europarechtsfreundlichkeit*, tradicionalmente operativo en un marco de relación interordinamental cuya especificidad modula ahora un enfoque iusinternacional.

Y en cuanto al control de actuaciones de la Unión que pudiesen haber desbordado el delimitable ámbito de lo atribuido a la UE porque ese derecho sólo podría pretender su aplicación en el marco del *programa de integración* autorizado por el mandato de aplicación que se imparte con la autorización

(43) Cfr., a propósito, en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, los números marginales 208-218, en C.I.I.

parlamentaria para la ratificación del Tratado que, en consecuencia, opera como «el fundamento y el límite para la validez del Derecho de la Unión Europea en la República Federal de Alemania... que sólo en el marco del orden constitucional vigente puede ser impartido (cfr. BVerfGE 73, 339, 374 y sigs.)» (44).

Pues bien, al efecto de declarar la inaplicación en Alemania del Derecho de la UE porque se haya dictado sobre una base competencial carente de cobertura, por desbordar el *programa de integración* autorizado mediante el mandato de aplicación, o porque aun sostenido en una base jurídica constriñese de un modo intolerable contenidos indisponibles expresivos de la *identidad constitucional* de la LF, el TCFA sin pronunciarse definitivamente sobre la cuestión apunta, de una parte, al posible rendimiento a ese fin de los procesos constitucionales de control (abstracto y concreto) de la ley, de resolución de conflictos de competencias y de atribuciones o de amparo de derechos fundamentales; y apunta, de otra parte, a una posible creación por ley de un nuevo proceso al efecto de asegurar que los «órganos alemanes» cumplan con su responsabilidad de dejar sin aplicación (o, en consecuencia con el articulado desglose de su responsabilidad, de ¿evitar su creación?) aquellas disposiciones jurídicas de la UE que, en el caso concreto, se consideren incursas en exceso de competencia o lesivas de la *identidad constitucional* (45).

Se trata en este segundo apunte de una opción alternativa *de lege ferenda* que al TCFA le parece imaginable (*denkbar*) y que por el modo en que se apunta cabría pensar que —en su opinión— preferible. El TCFA parece advertir, en todo caso, de que ante la posibilidad de que el legislador no se animase a seguir esa indicación, la falta de específica vía al efecto no impe-

(44) El texto citado entre comillas está al inicio del número marginal 343 de la referida *Sentencia-Lisboa*, en C.II, que prosigue diciendo: «En esa medida carece de importancia si el mandato de aplicación del Derecho de la Unión, que en relación con el Derecho comunitario en lo sustancial ya fue reconocido por el TCFA (cfr. BVerfGE 31, 145, 174), está previsto en los Tratados mismos o en la declaración número 17 anexa en el Acta final del Tratado de Lisboa. Pues la primacía del Derecho de la Unión en Alemania sólo vale en virtud del mandato de aplicación impartido mediante la ley de (autorización de la) ratificación de los Tratados. La primacía de aplicación para el poder público ejercitado en Alemania alcanza sólo hasta donde la República Federal de Alemania haya consentido o podido consentir esta regla de colisión (cfr. Nettesheim, *Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa*, EuR 2004, 511, 545-6; Sauer, *Jurisdiktionkonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, 162 y sigs.; Streinz, *Europarecht*, 8.ª ed., 2008, núms. 224 y sigs.). Con ello se constata al mismo tiempo, que desde el enfoque de la primacía de aplicación del Derecho comunitario y, en lo sucesivo, del Derecho de la Unión no se obtiene argumento irrefutable alguno a favor de una renuncia a estatalidad soberana o identidad constitucional con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa».

(45) *Vid.* en el texto de la *Sentencia-Lisboa* el número marginal 241, en C.I.

diría el ejercicio por su parte de un control de conformidad a la LF de la actuación de los «órganos alemanes» en relación con la aplicación del Derecho de la UE.

Pues bien, para haberse tratado de una cuestión sobre la que no era preciso decidir en esa instancia, el TCFA no ha querido callar u ocultar sus preferencias al legislador (46).

IV. UNA CONSIDERACIÓN FINAL A MODO DE CONCLUSIÓN

La enfatizada tesis de fundamentación (nacional) de la «validez», mediante delimitación y limitación del alcance de la aplicación en Alemania del Derecho de la UE, en el mandato de aplicación impartido en virtud de la autorización parlamentaria de la ratificación, al margen de que la primacía de aplicación del Derecho comunitario tenga su anclaje en el Tratado o en una Declaración anexa al mismo, ofrece flancos a la crítica, en sí misma y por el riesgo de su proyección a otros órdenes constitucionales que, como en otras ocasiones, puedan sentirse llamados a mirarse en ese refulgente espejo.

Que la primacía de la norma comunitaria opera como exigencia existencial de la gestación y desarrollo del orden jurídico que se configura en el proceso de integración ha sido una regla operativa y, como principio integrante del acervo común constitucionalmente asumido, forma parte del Derecho primario (integrado, asimismo, por estándares constitucionales operativos como directiva y límite al ejercicio de las competencias que resultan de las correspondientes atribuciones mediante los Tratados como consecuencia, entre otras causas, de una conocida jurisprudencia del TCFA a propósito de los estándares de tutela de los derechos fundamentales).

Y la declaración número 17, sin perjuicio de lo que tiene de esfuerzo por la precisión de su alcance en un contexto de creciente inquietud por la clarificación del lindero competencial (preocupación extendida como bien evidencia la insistencia en la explícita regla de que las competencias no atribuidas por los Estados siguen estando a su disposición, en las Conclusiones finales de la presidencia del Consejo Europeo), es sólo un recordatorio de esa prístina realidad del orden jurídico de la integración. Que en el supuesto (previsto en el fallido

(46) Y el legislador ha escuchado el mensaje y ha manifestado interés en formar criterio (cfr. referencias a propósito de esa inquietud en la ya referida audiencia pública en comisión parlamentaria [vid. en *Deutscher Bundestag, Stenografischer Dienst, 16. Wahlperiode. Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union (21. Ausschuss)*, 1. September 2009, Protokoll Nr. 90]).

TCUE) de eventual articulación en el Tratado de la Unión de esa regla de primacía del Derecho de la UE se pueda plantear la pertinencia e indicación de una previsión a propósito de su engarce con respecto al fundamento constitucional de la integración mediante una cláusula al efecto en el texto de la Constitución no supone cuestionar el fundamento específico de un principio instrumental a la «comunitariedad», sin el que el discurso de la integración está abocado a diluirse por completo en el de las relaciones Derecho interno-Derecho internacional.

Se pretendiese o no (y todo parece indicar que sí), lo cierto es que no otra cosa resulta de la invocación por parte del TCFA de la doctrina *Kadi* del TJUE al efecto de justificar, a mayor abundamiento, sus tesis (47).

Se recordará que en esa ocasión el TJUE, presupuesta la especificidad del Derecho comunitario, se opone a la inmediata aplicación de resoluciones de carácter iusinternacional, como consecuencia de la desatención de contenidos indisponibles (en lo sustancial, efectiva tutela judicial en relación con restricciones del derecho de propiedad) del Derecho primario.

Pues bien, al traerse a colación esa referencia en apoyo de la hipótesis de oposición por su parte de contenidos material o sustancialmente indisponibles del Derecho nacional a la pretensión de (inmediata) aplicación del Derecho de la UE, que en tales supuestos carecería de un título legítimo para su aplicación en Alemania, el TCFA prácticamente asimila la específica relación Derecho alemán-derecho comunitario a la genérica relación Derecho alemán-Derecho internacional, una conclusión ésta que, desde las diversas perspectivas que se adoptan a lo largo del discurso, parece difícil de contestar.

Naturalmente cabría reiterar aquí muchas de las apreciaciones apuntadas a lo largo del comentario pero como se trata sólo de eso, en esta ocasión, antes de concluir me permitiré simplemente llamar la atención sobre el empeño dogmático del TCFA ya no por poner el motor de la integración (supranacional) al ralentí como en otras ocasiones, sino por aparcar el coche en el área (iusinternacional) de descanso. Un empeño tal puede tener consecuencias. Y ya se verá.

(47) Cfr., en particular, números marginales 339, 340 y 343 en el texto de la *Sentencia-Lisboa*, en C.II.1.b).