

# La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa\*

*M<sup>a</sup> José Bobes Sánchez*

Contratada Doctora Programa Juan de la Cierva. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

## RESUMEN:

El 30 de junio de 2009 el Tribunal Constitucional Federal Alemán dictó su esperada sentencia sobre el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa. Aunque el Tribunal considera el Tratado compatible con la *Ley Fundamental* declara inconstitucional la ley de acompañamiento que articula la participación del Parlamento alemán en los asuntos europeos, exigiendo que se modifique para incrementar el papel del *Bundestag* y del *Bundesrat* en los casos en que el Tratado de Lisboa permite un desarrollo dinámico del Derecho Europeo (cláusulas pasarela, frenos de emergencia...). Además de imponer límites materiales a la participación de Alemania en los próximos pasos de la Integración Europea, el Tribunal se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la Unión, su legitimación democrática y reafirma la competencia del *BVerfG* para decidir en todos aquellos casos en que la identidad constitucional consagrada en el art. 79.3 GG, que para Europa recuerda el 23 GG, pueda verse afectada declarándose en tal caso la inaplicación del Derecho Europeo en Alemania. Los razonamientos del Tribunal son comentados críticamente en este trabajo.

**Palabras clave:** Tratado de Lisboa, Integración europea, Principio democrático, Igual-

## ABSTRACT

On June 30, 2009, the German Constitutional Court delivered the eagerly awaited decision regarding the Lisbon Treaty ratification process. Although the Court uphold the Treaty itself, it declares the unconstitutionality of the national Act approved to implement the participation of the German Parliament in EU issues, and demands an amendment thereto increasing the role both of the *Bundestag* and the *Bundesrat* in those cases in which the Lisbon Treaty allows a dynamic development of the European Law (passarelles, emergency breaks...). As well as the decision imposes substantive limits to the involvement of Germany in the next steps of the European integration, the Court deals with the legal nature of the Union, its democratic legitimacy and the jurisdiction of the Federal Constitutional Court to decide every case concerning the «constitutional identity» granted in article 79.3 of the Basic Law (and restated in Basic Law article 23 in the European-related context), and therefore to set aside the EU law in case of conflict. The rationales of the Court are criticized in this work.

\* Agradezco al Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad de Heidelberg, su invitación para participar en el Seminario de 17 de septiembre de 2009 dedicado a la sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa, y a los allí presentes por sus comentarios.

dad del derecho de voto, Soberanía estatal, Apertura de la Ley Fundamental, Cláusula de intangibilidad, Competencias del Parlamento alemán, Rol del Tribunal Constitucional Federal.

**Keywords:** Lisbon Treaty, European Integration, Democratic Rule, Equal Right to vote, State Sovereignty, Basic Law's Openness, «Eternity Clause», German Parliament's competences, Constitutional Court's Role.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. ANTECEDENTES: OBJETO DEL RECURSO Y ADMISIÓN
  - III. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA—1. *La aplicación del principio democrático a la Unión Europea*—A) La traducción del valor del voto en un sistema democrático—B) La reserva de materias para preservar la libertad de configuración del Parlamento—2. *La soberanía de los Estados Miembros y la naturaleza jurídica de la Unión Europea*
  - IV. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN—1. *La competencia o responsabilidad del Parlamento para la Integración*—A) Procedimientos de modificación de los tratados, «cláusulas pasarela» y «frenos de emergencia»—B) Cláusula de flexibilidad—2. *El principio de la Europarechtsfreundlichkeit y el control del BVerfG*—A) El control de la identidad constitucional (Identitätskontrolle)—B) Del Derecho al sufragio al Derecho a la democracia y a la soberanía
  - V. CONCLUSIÓN
-

## I. INTRODUCCIÓN

Justo en el ecuador de un año de importantes celebraciones en Alemania<sup>1</sup>, el 30 de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán dio a conocer su sentencia sobre las leyes de ratificación del Tratado de Lisboa: el Tratado era conforme con la *Grundgesetz* y el proceso podía continuar con su particular «madrugá» cuya próxima estación sería la celebración del referéndum irlandés previsto para comienzos de otoño.

En la fase final del último paso de la integración europea<sup>2</sup>, la inconstitucionalidad de una de las leyes de acompañamiento a dicha ratificación fue considerada como un obstáculo menor pues, según manifestó la canciller, sería posible aprobar con prontitud una nueva ley conforme a la doctrina sentada por el Alto Tribunal, pese a la inminente celebración de las elecciones federales previstas para el 27 de septiembre<sup>3</sup>. La inconstitucionalidad de

<sup>1</sup> En el año 2009 se han celebrado los aniversarios de tres constituciones alemanas, la denominada *Paulskirchenverfassung* de 1849, la de Weimar de 1919 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (*Bonner Grundgesetz*, en adelante GG); también se ha celebrado recientemente la caída del muro de Berlín que daría lugar a la reunificación alemana. En las discusiones sobre la elaboración y aprobación de la GG quedó patente la existencia de corrientes contrapuestas respecto de la prioridad que, en la nueva Constitución, debía darse a la apertura a Europa. El hecho de que la integración europea fuera considerada como el único medio para conseguir el reconocimiento de una Alemania soberana facilitó el acercamiento de ambas posturas y explica que tal objetivo quedara plasmado, entre otras disposiciones, ya en el mismo Preámbulo de la Norma Fundamental. Puede consultarse el conciso y clarificador trabajo de SOMMERMANN, «Offene Staatlichkeit», en la obra colectiva dirigida por VON BOGDANDY, A., CRUZ VILLALÓN, P., y HUBER, P. M., *Handbuch. Ius Publicum Europaeum*, Vol. II., C. F., Müller, Heidelberg, 2008, págs. 3 y ss, en concreto, 6 a 9.

<sup>2</sup> Tras el resultado favorable del referéndum irlandés celebrado el 2 de octubre, fueron Polonia y la República Checa quienes ratificaron el Tratado de Lisboa, ésta última una vez que su Tribunal Constitucional inadmitió un segundo recurso interpuesto contra aquel, de modo que, depositados todos los instrumentos de ratificación, el Tratado entró en vigor el 1 de Diciembre de 2009.

<sup>3</sup> Y de hecho así fue. Una coalición se reunió en sesión extraordinaria en el mes de agosto; tras el acuerdo del Bundestag (8.9.2009) y del Bundesrat (18.9.2009), la nueva «Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheit der Europäischen Union», fue publicada el 22 de septiembre, BGBl. I 3022, no sin ser criticada por la falta de transparencia democrática en la elaboración de una ley cuyo desencadenante había sido la sentencia del Tribunal Constitucional, caracterizada aparentemente por su defensa de la democracia. Junto a ella también fueron modificadas las leyes que habían sido aprobadas en 1993, sobre la cooperación del Gobierno Federal con el Bundestag y la cooperación del Bund con los Länder para los asuntos de la Unión Europea: *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union*, BGBl. I 3026, y *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*, BGBl. I 3031, respectivamente.

la mencionada ley residía además en que la participación del legislador alemán en los asuntos europeos no satisfacía las exigencias de la *Grundgesetz*; el reproche iba dirigido pues al Parlamento nacional<sup>4</sup>. Una vez aprobada la nueva ley, el Presidente Federal estampó su firma y el instrumento de ratificación fue depositado en Roma el 25 de septiembre de 2009<sup>5</sup>.

A estas alturas es sabido que el fallo, inicialmente saludado por todos, no resultó tan inocuo como aparentaba y no sólo por la mencionada inconstitucionalidad de una de las leyes de acompañamiento: la ley para la ratificación del Tratado era constitucional, sí, pero gracias a una (a veces estridente) interpretación conforme que, por diversos motivos, ocupará largamente a la doctrina<sup>6</sup>.

Para enjuiciar la adecuación del Tratado de Lisboa a la *Grundgesetz*, el *Bundesverfassungsgericht* (en adelante, *BVerfG*) ha seguido los carriles trazados, fundamentalmente, por su anterior sentencia sobre el Tratado de Maastricht<sup>7</sup>. Es decir, en el centro de sus reflexiones vuelve a situar la posible

<sup>4</sup> Así se hizo notar en el título mismo de uno de los primeros artículos aparecidos en las revistas jurídicas, tras la publicación de la decisión: GÄRDITZ, K. F., y HILLGRÜBER, CH., «Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG», *JZ*, núm. 18, 2009, en el que los autores señalan que el *BVerfG* se sirve de un truco original del TJUE consistente en que, al igual que este último habría movilizado a los ciudadanos para asegurar la ejecución del derecho comunitario por la desconfianza hacia las Administraciones nacionales, había sido ahora el *BVerfG* quien movilizaba a sus ciudadanos, si bien, para garantizar su autodeterminación democrática ante la pasividad del *Bundestag*, págs. 872 y 874.

<sup>5</sup> En el proceso final de la ratificación alemana aún se interpuso un segundo recurso de amparo, esta vez, frente a la nueva ley aprobada, que el *BVerfG* inadmitió por decisión de 22 de septiembre de 2009 (2 BvR 2136/09). Tras la lectura de la sentencia, tanto la interposición de un nuevo recurso como su inadmisión, eran fácilmente previsibles. La ley se limita a recoger las indicaciones del Tribunal, según anuncia ya su nueva denominación: *Integrationsverantwortungsgesetz*. Crítico con este aspecto, entre otros, LECHER, H., «Die Mitwirkungsgesetzgebung an der europäischen Integration vor und nach dem Urteil des BVerfG zum Lissabon-Vertrag», *JZ*, núm. 23, 2009, págs. 1156 y ss, en concreto, 1160.

<sup>6</sup> La polémica suscitada en Alemania por la decisión del Alto Tribunal ha sido formidable como muestra el hecho de que, desde el día siguiente a la publicación de la sentencia (de 146 páginas) y durante todo el verano de 2009, se hayan recogido en los principales periódicos nacionales las airadas reacciones de la doctrina dividida entre una defensa a ultranza y un rechazo absoluto del pronunciamiento del Tribunal. Entre las primeras cabe mencionar la de Paul KIRCHHOF, que recibió con evidente satisfacción una sentencia continuista de la sentencia sobre Maastricht de la que había sido ponente, y que le anima incluso a declarar: «Den Europäischen Bundesstaat wird es nicht geben». Otro artículo suyo más matizado, «Faszination Europa», *Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ)*, 19.09.09. La mayoría, sin embargo, han sido críticas con la decisión. LENZ, O., «Ausbrechender Akt», *FAZ*, 8.08.09. GROSSER, A., «Deutschland auf dem Sonderweg», *Süddeutsche Zeitung*, 11./12.7.2009. MÖLLERS, CH., «Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter», *FAZ*, 16.07.09. CALLIESS, CH., «Unter Karlsruher Totalaufsicht», *FAZ* 27.08.09; NETTESHEIM, M., «Entmündigung der Politik», *FAZ*, 27.08.09. HILLGRUBER, CH., «Die Besseren Europäer», *FAZ*, 9.09.09.

<sup>7</sup> De la sentencia sobre el Tratado de Maastricht se ha publicado una traducción en la *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1993, págs. 975 y ss. También puede consultarse en, ALÁEZ CORRAL, B., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional*

violación del principio democrático (que forma parte del núcleo indisponible de la GG<sup>8</sup>) por la cesión de competencias, y, por tanto, de decisión a la Unión Europea, en grado tal que despojaría al Parlamento alemán de funciones sustantivas y a Alemania de su *estatalidad*; la suficiencia del nivel democrático alcanzado por la Unión Europea forma parte del examen de constitucionalidad y el Derecho Fundamental que permite todo este proceso vuelve a ser el art. 38 GG, según el Tribunal lo había entendido en aquella decisión, en cuanto derecho subjetivo a participar en las elecciones al Parlamento Federal alemán y a colaborar en la legitimación del poder estatal e influir en su ejercicio<sup>9</sup>.

La sentencia de 30 de junio va, sin embargo, mucho más allá y desarrolla líneas ya entonces apuntadas que habían sido neutralizadas por el sentido final de la decisión. Y es que el juicio positivo a favor de la integración europea con el que se saldó aquel conflicto se transforma en un juicio preventivo *frente* a su futuro, pese al hallazgo de la denominada *Europa-rechtsfreundlichkeit* que el Alto Tribunal proclama en más de una ocasión aunque sin gran entusiasmo y menor capacidad de convencimiento, pues

*Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, BOE/CEC, 2007, págs. 222 y ss. Véanse igualmente los comentarios a dicha sentencia de LÓPEZ CASTILLO, A., «De Integración y Soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF)», *REDC*, núm. 40, 1994, págs. 207 y ss. ALÁEZ CORRAL, B., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de Octubre de 1993», *REDC*, núm. 45, 1994, págs. 271 y ss. VON BOGDANDY, A., «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: Una reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 195 y ss.

<sup>8</sup> Las experiencias históricas inmediatas a la elaboración de la GG (no sólo las derivadas del período nacionalsocialista sino también de la República de Weimar) han marcado el sentido de su orientación y propiciado la inclusión de determinados mecanismos de sobreprotección de la Constitución, entre los que figura el art. 79.3 GG, que contiene la conocida como cláusula de intangibilidad, también llamada de eternidad o perpetuidad (*Ewigkeitsgarantie*), o garantía de identidad (*Identitätsgarantie*). Esta cláusula impide, incluso al legislador de reforma constitucional, modificar los principios contenidos en los apartados 1 y 2 del art. 20 GG y en el art. 1 GG. En el primero se consagra el Estado federal, democrático y social de la República Federal de Alemania y se establece que el poder emana del pueblo que lo ejerce por medio de elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; en el segundo, la protección de la dignidad humana. En concreto el art. 79.3 GG prescribe lo siguiente: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación o a los principios de los arts. 1 y 20». Se emplea la traducción de la Ley Federal de la República Federal de Alemania editada por el Bundestag y realizada por Karl-Peter Sommermann y Ricardo García Macho. Sobre los mecanismos de protección de la GG, DREIER, H., en la obra colectiva dirigida por VON BOGDANDY, A., CRUZ VILLALÓN, P., y HUBER, P. M., *Handbuch. Ius Publicum Europaeum*, Vol. I., C. F., Müller, Heidelberg, 2008, págs. 6 y ss. Con más detalle, el comentario del mismo autor al art. «79.3 GG», en *GG-Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2<sup>a</sup>. ed., 2006, 1759 y ss.

<sup>9</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 175 con remisión a la BVerfGE 89, 155 (172).

no deja de ser una cordialidad o apertura curiosa hacia Europa la que implica someter dicho proceso al control del propio *BVerfG*<sup>10</sup>.

La sentencia sobre el Tratado de Lisboa ha elegido ser larga y también docta según ha sido apuntado ya<sup>11</sup>. A primera vista, tanto la articulación de un «derecho fundamental a la democracia» como la interpretación conforme para salvar la constitucionalidad de la ratificación, consistente en que, para cumplir con la denominada *Integrationsverantwortung*, el *Bundestag* (y, en su caso, también el *Bundesrat*) deba autorizar al representante alemán en el Consejo en todos los supuestos en que la denominada cláusula de intangibilidad<sup>12</sup> pueda verse amenazada<sup>13</sup>, podría ser una razón para ello. La extensión, sin embargo, se debe a una tortuosa exposición de prolijos pronunciamientos –que a la luz del fallo son de todo punto prescindibles, especialmente los dedicados a la integración europea–, y no a una esmerada argumentación, obligada para sustentar algunos de sus desarrollos, lo que permite dudar legítimamente de que la *Grundgesetz* soporte una tal sentencia.

Siendo reconocida la autoridad del *BVerfG* en el espacio común europeo<sup>14</sup>, es quizá también de lamentar el estilo tremendista elegido por la Sala Segunda que ha venido a añadir innecesaria polémica a lo que ya de por sí constituye una de las más complicadas cuestiones que el Derecho Público de nuestro tiempo tiene abiertas: la conciliación entre la integración europea y los ordenamientos constitucionales de los respectivos Estados miembros, lo

<sup>10</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 225 y 240.

<sup>11</sup> Así la ha calificado recientemente, CHITTI, M., «Am Deutschen Volke», *El Cronista*, núm. 7, 2009, pág. 6. Es frecuente la cita de doctrina y jurisprudencia por el *BVerfG* en sus decisiones pero no desde luego en la medida en la que en esta ocasión se observa, como también sorprende el largo excurso sobre el devenir histórico de la Unión Europea desde sus orígenes. Todo ello no dejan de ser apoyos buscados por el Alto Tribunal para soportar el contenido de su decisión. Entre los catedráticos que han intervenido en el proceso puede mencionarse al Prof. Dr. Dietrich MURSWIEK, Director del instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg, que representaba a uno de los recurrentes y que publicó parte de sus alegaciones bajo el expresivo título «Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung», *NVwZ*, núm. 8, 2009 págs. 481 y ss, lo que puede dar una idea de las presiones «científicas» a las que se vio sometido el Tribunal.

<sup>12</sup> Vid., nota 8.

<sup>13</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 239.

<sup>14</sup> En español, puede consultarse, HÄBERLE, P., ¿Existe un espacio público Europeo? *REDC*, núm. 3, 1998, págs. 113 y ss. Las referencias a los Tribunales Constitucionales, en pág. 126. Del mismo autor, sobre la influencia del *BVerfG* en otros Tribunales Constitucionales, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster eine selbstnädigen Verfassungsgerichtsbarkeit», en BADURA, P., DREIER, H., *FS 50 Jahre BVerfG*, I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, págs. 311; También AHL, R., «Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld», *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. 37-38, 2001, págs. 45-46. En este año de conmemoración de la GG, no han dejado de publicarse numerosos artículos que subrayan el prestigio alcanzado por la GG y por el propio *BVerfG*, por ejemplo, KIRCHHOF, P., «Das Grundgesetz –ein oft verkannter Glücksfall», *DVBL*, núm. 9, 2009, págs., 541 y ss. Que dicho prestigio puede verse dañado por la sentencia sobre el Tratado de Lisboa lo advierte, CALLIESS, Ch., «Unter Karlsruher Totalaufsicht», *F.A.Z.*, 27.08.09.

que incluye la conciliación entre sus respectivas jurisdicciones «constitucionales»<sup>15</sup>.

El estudio de su doctrina está, en todo caso, sobradamente justificado y, en particular, porque ante la nula conflictividad suscitada por los Tratados de Amsterdam o Niza y habiendo quedado sin objeto los recursos presentados frente al fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, es la primera vez, desde Maastricht, en la que el *BVerfG* se pronuncia sobre el proceso de integración europea<sup>16</sup>. Lo hace, además, estableciendo claros límites materiales para la participación alemana en dicho proceso y pronunciándose sobre la naturaleza jurídica de la Unión o la imposibilidad de configurar un Estado federal europeo<sup>17</sup>.

En este trabajo se comentarán los puntos esenciales del razonamiento del Tribunal, lo que permitirá evaluar la continuidad de su doctrina al respecto<sup>18</sup>, y se ofrecerán unas conclusiones, comenzando, no obstante, como parece conveniente, por referir someramente sus antecedentes.

<sup>15</sup> Sobre el TJUE en cuanto tribunal constitucional de la UE, vid., WEGENER, B. W., «Art. 220 EGV», en CALLIES, Ch., y RUFFERT, M., *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 3<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007.

<sup>16</sup> El propio Tribunal equipara el Tratado de Lisboa al de Maastricht por la modificación fundamental del sistema hasta el momento diseñado por los tratados, lo que ejemplifica en la disolución de los tres pilares y en la atribución a la UE de personalidad jurídica. Vid., *BVerfGE* de 30 de junio de 2009, marginal 2.

<sup>17</sup> *BVerfGE* de 30 de junio de 2009, marginal 219 y ss.

<sup>18</sup> La presente sentencia sobre el Tratado de Lisboa ha sido defendida no sólo por subrayar el principio democrático a través del refuerzo de la intervención del parlamento, sino también por ser una manifestación de la continuidad de la doctrina del *BVerfG*, lo que no deja de responder a la exigencia de la defensa de la constitución y del Estado mismo (véase el oportuno y reciente artículo de VOSSKUHL, vicepresidente del *BVerfG* y presidente de la Sala Segunda, «Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung– Die Pflege des verfassungsrechtlichen “Quellcodes” durch das *BVerfG*», *JZ*, núm. 19, 2009, págs. 917 y ss.). Con independencia de otras sentencias y decisiones menores, el «activismo» del *BVerfG* respecto del Derecho comunitario tenía hasta ahora su máxima expresión en su sentencia Solange I, de 29 de Mayo de 1974, conocida fundamentalmente por materializar la querrela alemana sobre la cuestión del nivel de protección de los Derechos fundamentales: al carecer el Derecho comunitario de un catálogo de Derechos fundamentales que ofreciera la misma protección que la proporcionada por la GG, el *BVerfG* decidiría sobre la aplicabilidad de los actos jurídicos comunitarios en Alemania. Ante la propia división del Tribunal, las críticas recibidas y la actividad a favor de la protección de los Derechos fundamentales desplegada por el TJUE, el *BVerfG* se retractó de su anterior doctrina en Solange II, de 22 de octubre de 1986. A partir de entonces, con mayor o menor continuidad, inadmite todos los recursos que se presentan ante el Tribunal que tuviesen como motivo la posible infracción de un Derecho Fundamental por parte de un acto comunitario, siempre que no se argumente suficientemente que el desarrollo jurídico de la UE hubiese caído por debajo del nivel de protección requerido. La Sentencia Maastricht produjo un «malentendido», que el propio Tribunal corrigió en su posterior decisión sobre «el mercado de plátanos» de 7 de junio de 2000, al afirmar que su doctrina seguía ateniéndose a la jurisprudencia Solange II. Véase el comentario a esta sentencia de LÓPEZ CASTILLO, A., «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 y ss, en especial, 357 y ss. Sobre la aún discutida homogeneidad

## II. ANTECEDENTES: OBJETO DEL RECURSO Y ADMISIÓN

El objeto del recurso son las tres leyes elaboradas para proceder a la ratificación alemana del Tratado de Lisboa: la ley de ratificación y dos leyes de acompañamiento, una de modificación de la *Grundgesetz*<sup>19</sup> y otra para la «ampliación y consolidación de los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* en los asuntos de la Unión Europea», siendo esta última, según se ha adelantado ya, la única que ha merecido el reproche de inconstitucionalidad<sup>20</sup>. Mediante las dos últimas leyes, la de modificación y la de ampliación, se trataba de habilitar al Parlamento para ejercer las nuevas competencias que le atribuye el propio Tratado de Lisboa que son, básicamente, la interposición de un recurso ante el TJUE contra actos comunitarios que no respeten el principio de subsidiariedad y la posibilidad de rechazar un proyecto de acto legislativo<sup>21</sup>.

A lo largo de 2008 se interpusieron varios procedimientos ante el *BVerfG*, seis de los cuales, cuatro recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) y dos coincidentes, en su concepción, con nuestros conflictos entre órganos constitucionales (*Organstreitverfahren*)<sup>22</sup>, fueron acumulados y resueltos

entre la protección de los Derechos Fundamentales ofrecida por el TJUE y el *BVerfG*, por ejemplo, CALLIES, Ch., «Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte– Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?», *JZ*, núm. 3, 2009, págs. 113 y ss.

En realidad, para este comentario interesan otros pronunciamientos del Tribunal que guardan estrecha relación con las alegaciones de los recurrentes y que, si bien, según hemos dicho con anterioridad, están presentes en Maastricht figuran ya en la Sentencia Solange I. El entonces art. 24 GG no permitía que se afectase la identidad de la GG por el legislador de una institución interestatal, sin que aquella fuese modificada, *BVerfGE* 37, 271 (279). Y si bien centraba su razonamiento en la inexistencia de un catálogo de Derechos fundamentales que ofreciera una protección comparable a la ofrecida por la GG, la primera parte de la premisa era precisamente la falta de existencia de un parlamento legitimado democráticamente ante el que los órganos de la Unión fuesen responsables; argumento que ha ido desarrollando posteriormente, *BVerfGE* 37, 271, (280). Estas afirmaciones que carecieron de trascendencia en Solange II, ocupada en zanjar el asunto de los Derechos Fundamentales, vuelven a recuperar su vigencia en la sentencia de Maastricht, están presentes en su decisión sobre «el mercado de plátanos» y son especialmente desarrolladas ahora.

<sup>19</sup> En concreto, se modifican los arts. 23, 45 y 93 GG.

<sup>20</sup> Las dos primeras leyes, ambas de 8 de octubre, *Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007* y *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, fueron publicadas en el diario oficial el 14 y el 16 de octubre de 2008, respectivamente, mientras que la tercera, *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*, no había sido aún publicada en el momento de dictarse la sentencia (BT-Drucksache 16/8489).

<sup>21</sup> Vid., art.8 del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, art. 48.7.3 TUE, sobre el procedimiento de modificación de los Tratados y art. 81.3 TFUE, sobre cooperación judicial en materia de Derecho de Familia.

<sup>22</sup> Sobre los procedimientos tramitados por el *BVerfG*, que no tienen idéntica configuración a los conocidos en el ordenamiento español, puede consultarse con carácter general, MAURER., H., *Staatsrecht*, 5ª ed., Beck, München, 2007, págs. 642 y ss. DEGENHART, Ch., *Staatsrecht*, I, 25.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2009, págs. 301 y ss. Con mayor detalle,

mediante la sentencia objeto de este comentario<sup>23</sup>. Ante la petición de medidas cautelares por parte de los recurrentes con el fin de evitar la vinculación internacional de Alemania, el Presidente Federal manifestó su intención de no firmar la ratificación hasta que el Alto Tribunal se hubiese pronunciado<sup>24</sup>.

De los dos conflictos constitucionales, sólo el interpuesto por la fracción *Die*

SCHLAICH, K. y KORIOETH, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007. BENDA, E., y KLEIN, E., *Verfassungsprozessrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 2001.

<sup>23</sup> Las alegaciones de los recurrentes, mucho más perfiladas que en 1993, no pueden ser explicitadas aquí en detalle. Se basan, fundamentalmente, en la violación del art. 38 GG que, según se ha mencionado en el texto, les reconoce un derecho subjetivo a participar en las elecciones del parlamento federal y de este modo en la legitimación del poder público y a influir en su ejercicio. La cesión de competencias a la UE habría superado los límites establecidos en el art. 23 GG. Este artículo incluido con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht, puesto que no se consideraba suficiente la anterior habilitación del art. 24 GG, recuerda para la UE la cláusula de intangibilidad contenida en la GG, en concreto en su art. 79.3 GG, que proclama intangible, entre otros, el principio democrático. Este se vería afectado por el Tratado de Lisboa de dos maneras: En primer lugar por la disminución de competencias del *Bundestag*, ya que sería ahora la UE la que tendría competencias en todos los ámbitos políticos relevantes e incluso podría ella misma colmar lagunas de atribución competencial y, en segundo lugar, porque la falta de legitimación democrática de la UE se vería agravada con el mayor uso en el Consejo del principio de mayoría en detrimento de la unanimidad, pues la cadena de legitimación democrática hasta los Parlamentos Nacionales se habría roto. Las alegaciones de los recurrentes en BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 9 a 135.

<sup>24</sup> En este punto hay una contradicción entre lo afirmado por el *BVerfG* en su sentencia y las notas emitidas por el servicio de prensa del Presidente Federal lo que nos lleva a la interesante cuestión del ejercicio por parte del Presidente Federal de su *Prüfungsrecht*. El Bundesrat votó la ley de ratificación del Tratado de Lisboa el 24 de abril, mientras que el Bundestag lo hizo el 23 de mayo, día en el que se presentó ya el primero de los recursos, tal como permite, la jurisprudencia constitucional. Por nota de prensa de la presidencia federal de 30 de junio de 2008 se declaró que, ante la petición formal del *BVerfG*, el Presidente Federal no firmaría la ratificación del Tratado hasta el pronunciamiento del Alto Tribunal, con independencia del resultado de su *Prüfungsrecht* amparado en el art. 82.1 GG que indica lo siguiente: «Las leyes adoptadas de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley Fundamental, después de ser refrendadas, serán expedidas por el Presidente Federal y publicadas en el Boletín Oficial Federal». Es muy discutido en la doctrina si el Presidente puede o no negar su firma y qué tipo de control, si formal o material, le corresponde por la colisión con las funciones del *BVerfG* pero también del Parlamento. Parece haber cierto consenso en torno a su facultad de no firmar las leyes aquejadas de una evidente inconstitucionalidad, habiendo hecho uso de tal poder en unas ocho ocasiones. En el caso concreto de la ratificación del Tratado de Lisboa, las leyes para la ratificación y la de modificación de la GG fueron publicadas en el Diario Oficial el 14 y el 16 de octubre respectivamente, tras haberlas firmado el Presidente el 8 de octubre indicando que no veía ninguna objeción constitucional y que, en todo caso, no incumplía su palabra dada pues todavía debía firmar y depositar el instrumento de ratificación, algo que no haría hasta obtenerse la sentencia. Con relación a las leyes, que es la situación que ha dado lugar a controversia, vid., MAURER, H., *Staatsrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Beck, München, págs. 553 y ss. No obstante, hay quien ve en la decisión sobre el Tratado de Lisboa un nuevo argumento para que el *Bundespräsident* en este ámbito su *Prüfungsrecht*, vid., SCHORKOPF, F., «Die Europäische Union im Lot», *EuZW*, núm. 20, 2009, págs. 718 y ss, en concreto, pág. 723.

*Linke* fue admitido por cuanto podría infringirse la reserva de ley consagrada en la *Grundgesetz* respecto a la intervención de las fuerzas armadas alemanas, ya que, a partir del Tratado de Lisboa, sería el Consejo quien decidirá por unanimidad<sup>25</sup>. El otro conflicto constitucional, interpuesto por un diputado de la CSU, fue inadmitido porque junto a la posibilidad de interponer un recurso de amparo en su condición de ciudadano, como efectivamente había hecho, no se le reconoce ningún derecho específico relativo a su *status* como Diputado que le legitime para ello<sup>26</sup>.

Los recursos de amparo fueron admitidos en la medida en que sus alegaciones se sustentaban en el art. 38 GG<sup>27</sup> e inadmitidos en lo demás<sup>28</sup>. Según se dispuso ya en la sentencia del Tratado de Maastricht, la invocación del art. 38 GG permite al Alto Tribunal un examen de constitucionalidad sobre la posible violación del principio democrático. Con novedad respecto a aquella sentencia, también se admite la invocación de la infracción del principio social, en tanto que las posibilidades de configuración democrática que le corresponden al Parlamento alemán en el ámbito de la política social podrían verse limitadas por las nuevas competencias cedidas a la Unión Europea y, en segundo lugar, también se admite la queja sobre la posible pérdida de la soberanía estatal de Alemania<sup>29</sup>.

Ni la Ley Fundamental ni la Ley del Tribunal Constitucional Federal Ale-

<sup>25</sup> Vid., Art. 42.4 TUE.

<sup>26</sup> Puede tener interés detallar la identidad de los recurrentes. Los recursos de amparo fueron interpuestos por un diputado de la CSU, que también interpuso un conflicto constitucional; por el presidente del partido democrático-ecológico (ÖDP); por 53 diputados de la fracción *Die Linke* a título individual, que interpusieron en cuanto fracción el otro conflicto constitucional, y, por último, por un eurodiputado alemán junto a tres catedráticos de universidad.

<sup>27</sup> El Derecho al sufragio (art. 38 GG) es de los denominados equiparables a los Derechos fundamentales (*Grundgleichrechts*) porque pese a no recogerse en el Título I dedicado a los Derechos Fundamentales, su historia y estructura se equipara a la de estos y es también objeto de recurso de amparo. Vid., art. 93.1.4ª GG. Sobre los derechos equivalentes a los fundamentales, por ejemplo, PIEROTH, B., y SCHLINK, B., *Grundrechte. Staatsrecht II*, 25ª. ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2009, pág. 19, sobre el art. 38 GG, págs. 283 y ss.

<sup>28</sup> Respecto del resto de alegaciones inadmitidas merece la pena señalar la que se refiere al Derecho de resistencia contemplado en el apartado 4 del art. 20 GG sobre los fundamentos del orden estatal, que dice lo siguiente: «Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso». Como el propio Tribunal señala, se trata de un derecho *de ultima ratio*, sólo invocable ante el supuesto de la ineficacia del resto de instrumentos jurídicos posibles lo que no parece ser el caso en un proceso, como el planteado, tendente precisamente a determinar la conformidad a la GG de lo controvertido. Vid., BVerfGE de 30. 6. 2009, marginal 186. Sobre el Derecho de resistencia puede consultarse, PIEROTH, B., y SCHLINK, Ch., *Grundrechte...*, cit., págs. 279 y ss. Por no estar debidamente sustentada, también desestima el Alto Tribunal la queja sobre la infracción del art. 1.1 GG (protección de la dignidad humana) que sugería que tras el carácter vinculante de la Carta de derechos fundamentales prevista en el art. 6.1 del Tratado, los órganos públicos alemanes quedarían desvinculados de la observancia de los Derechos Fundamentales de la GG, marginal 191.

<sup>29</sup> BVerfGE 30 de junio de 2009, marginales 168 y 182.

mán, prevén una cuestión previa al estilo de nuestros arts. 95.2 CE y 75.5 LOTC que permitan someter a la consideración del *BVerfG* la conformidad constitucional de los nuevos Tratados, por lo que para pronunciarse, en realidad, sobre las modificaciones y nuevas competencias cedidas a la UE, el Tribunal admite, según jurisprudencia constante, si bien de modo excepcional, la interposición de recursos de amparo (o de inconstitucionalidad) ante leyes que aún no han entrado en vigor<sup>30</sup>. La sentencia sobre Maastricht ya es producto de la interposición de un recurso de amparo, si bien finalmente desestimado, por lo que era de esperar la admisión en este caso en la medida en que se fundamentara en la posible violación del art. 38 GG, como así ha sido.

No deja de ser importante detenerse en esta cuestión (sobre la que se volverá con posterioridad). Baste por ahora subrayar que la generosidad procesal con la que el Tribunal interpreta una vez más el contenido del art. 38 GG<sup>31</sup> es lo que le va a permitir, en realidad, sus también generosos pronunciamientos. Según establece en su sentencia de 30 de junio (C. I, 208), el *BVerfG* dispone como medida del examen de constitucionalidad que «El Derecho de sufragio instaura un derecho a la autodeterminación democrática, a la participación libre e igual en el poder público ejercido en Alemania y al mantenimiento del mandato democrático lo que incluye la observancia del poder constituyente del pueblo. El examen sobre la violación del derecho de sufragio comprende en la constelación procesal aquí producida una intervención en los principios fundamentales los cuales se establecen en el art. 79.3 GG como identidad de la Constitución»<sup>32</sup>.

### III. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

La base procesal es, pues, el derecho al voto que soporta, a su vez, la queja sobre la infracción del principio democrático. La identidad de la Constitución, protegida por la llamada «cláusula de eternidad» o «garantía de identidad» del art. 79.3 GG, que para Europa recuerda el art. 23.1 GG<sup>33</sup>, es el

<sup>30</sup> Vid., por ejemplo, BVerfGE 108, 370. En concreto, la ley de ratificación del Tratado de Lisboa se publicó en el Diario Oficial el 14 de octubre y entró en vigor al día siguiente, si bien su vinculación internacional estaba pendiente del depósito del instrumento de ratificación y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La ley de modificación de la GG se publicó en el Diario Oficial el 16 de Octubre y entraría en vigor, según su art. 2, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por último, la ley de ampliación e intensificación de los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* para los asuntos europeos, requería la entrada en vigor de la modificación de la GG.

<sup>31</sup> Cuyo tenor literal es el siguiente: «Los diputados del Bundestag alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia».

<sup>32</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginal 208.

<sup>33</sup> El art. 23. 1 GG señala: «Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales

apoyo del Tribunal en su razonamiento sobre la constitucionalidad de las leyes de ratificación. La conexión de la identidad constitucional, cuyo garante es el Tribunal Constitucional Federal, con el principio democrático y con la soberanía estatal, es el hilo conductor de la sentencia.

### 1. La aplicación del principio democrático a la Unión Europea

En la sentencia de Maastricht quedó establecido que la progresión democrática de la Unión Europea debía correr paralela a las futuras cesiones de competencia en su favor por parte de los Estados Miembros. Para llegar a tal pronunciamiento, el Tribunal entonces, como reitera ahora, sostuvo que la conexión del Derecho al sufragio con los principios estructurales que conforman la identidad de la GG (art. 79.3 GG), entre ellos el principio democrático, prescribe que Alemania únicamente puede participar en organizaciones internacionales cuyo funcionamiento sea democrático pero también (lo que no deja de ser discutible) que, como consecuencia del traspaso de tareas a la UE que antes correspondían al *Bundestag*, el estándar democrático aplicable inicialmente sólo en el interior de Alemania ha de extenderse a los órganos de la Unión, resultando entonces invocable por los recurrentes<sup>34</sup>.

En este punto, y tras haber afirmado entonces, con rotundidad, la particular naturaleza de la UE, cabría haber esperado una valoración positiva de las novedades incorporadas en este sentido por el Tratado de Lisboa, entre cuyos objetivos se consagra por primera vez, el de elevar la legitimidad democrática de la Unión<sup>35</sup>, o quizá una apertura del concepto de democracia, que le permitiera simplemente declarar la conformidad del Tratado a las exigencias de la Ley Fundamental<sup>36</sup>. El Alto Tribunal se embarca, sin em-

comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posibles tales reformas o complementaciones».

<sup>34</sup> Vid., BVerfGE 89, 155 (172): «El Derecho de sufragio perdería su sentido si los órganos estatales elegidos no dispusieran en medida suficiente de tareas y competencias con las que poder realizar su poder de acción (...) La GG ha declarado esta conexión entre los electores y el poder estatal a través del art. 23.1 en conexión con el art. 79.3 y 20. 1 y 2 como intangible. De hecho en el caso de que se aplique el 23 GG se excluye la posibilidad de que el 38 GG quede vaciado, en concreto por la cesión de las tareas y competencias del Bundestag a la Unión Europea, de modo que finalmente el principio democrático resultara infringido». Ahora en, BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 175. Por lo que se refiere a la posibilidad de invocar el art. 38 GG para examinar la legitimidad democrática del ejercicio del poder público europeo, marginales 177 y 245.

<sup>35</sup> Vid., arts. 9 a 11 TUE.

<sup>36</sup> Vid., BENZ, en BAUER, H., HUBER, P., SOMMERMAN, K-P., Dir., *Demokratie in Europa*, Möhr Siebeck, Tübingen, 2005, págs. 253 y ss. Sobre las reflexiones dogmáticas en relación con la estructura constitucional de la Unión Europea, véanse las contribuciones en la obra colectiva de VON BOGDANDY, A., y BAST, J., *Europäisches Verfassungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Springer, Heidelberg, 2009.

bargo, en una fatigosa argumentación con idas y venidas a la cuestión del déficit democrático de la Unión, entreverada por una descripción ideal de la democracia representativa del Derecho alemán<sup>37</sup>.

A) *La traducción del valor del voto en un sistema democrático*

Según el *BVerfG*, la democracia parlamentaria derivada de la *Grundgesetz* tiene en el principio mayoritario su principio constitutivo que asegura que las decisiones adoptadas por mayoría en el Parlamento alemán representan a la mayoría del pueblo<sup>38</sup>. Del principio mayoritario se deriva igualmente la formación de un gobierno responsable ante el parlamento y la existencia de un debate gobierno-oposición, teniendo esta última la posibilidad de acceder al Gobierno en la siguiente renovación del Parlamento. Todo ello es posible gracias a la celebración de elecciones como consecuencia del voto que corresponde por igual a todos los ciudadanos con derecho de sufragio<sup>39</sup>. Así es como se asegura que la formación de la voluntad política se corresponda con la voluntad mayoritaria del pueblo y se garantiza su influencia en los asuntos públicos<sup>40</sup>.

En diversas ocasiones señala el *BVerfG*, no obstante, que a la UE no le son aplicables estos parámetros por su peculiar configuración política. También que la Ley Fundamental no exige una «congruencia estructural» sino funcional entre el estándar estatal de democracia y el exigible a la Unión Europea<sup>41</sup>, lo que inmediatamente sugiere que podría haberse ahorrado su detallada descripción. Sin embargo, según precisa a continuación, la apertura a Europa, la integración que la propia *Grundgesetz* quiere y permite y, por tanto, las alteraciones tienen, en todo caso, un límite absoluto, el de la identidad constitucional del art. 79.3 GG que permanece inalterado a pesar del principio de cordialidad o apertura internacional y que, a la postre, le lleva a aplicar el estándar democrático alemán<sup>42</sup>.

El *BVerfG* presenta entonces su otro (y parece que único) «camino»: el de medir la legitimación democrática de la UE por la única que reconoce, que es democracia representativa de un Estado.

Así tras recordar que la regla democrática fundamental expresada en el aserto «one man, one vote» se da sólo en el interior de los Estados, confirma que el Parlamento Europeo no es el órgano representativo de un pueblo

<sup>37</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginales 209 a 218 y 268 a 270.

<sup>38</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginales 213 y 214.

<sup>39</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginal 215: «Die Richtungsentscheidung der Mehrheit der Wähler soll sich im Parlament und in der Regierung wiederfinden; der unterlegte Teil bleibt als politische Alternative sichtbar und im Raum freier Meinungsbildung wie auch in förmlichen Entscheidungsverfahren als Opposition wirksam, die bei späteren Wahlen die Chance hat zur Mehrheit zu werden».

<sup>40</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 213 y 250.

<sup>41</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginales, 219, 227, 237, 266, 267, 271.

<sup>42</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 219.

européico soberano sino de los pueblos de los Estados miembros<sup>43</sup>. Tampoco elige un Gobierno, ni en él existe oposición ni garantía alguna de que la mayoría de votos represente a la mayoría de los ciudadanos de la Unión dada la sobrerrepresentación que a los Estados pequeños concede el sistema proporcional degresivo, según reitera en varias ocasiones<sup>44</sup>.

El Alto Tribunal parece resolver el dilema acudiendo a su ya famosa fórmula «solange» (mientras que), esta vez para afirmar que mientras el principio de atribución rija como fundamento del ordenamiento europeo la legitimación democrática de la Unión no tiene por qué configurarse de modo análogo a la de un Estado puesto que su poder es derivado. En este sentido, la UE es libre de intentar y buscar nuevas fórmulas democráticas participativas y transparentes que tendrán un carácter complementario pues en ningún caso sustituyen a la legitimación primaria, que es la que deriva de la democracia representativa de los Estados y de la que gozan los Parlamentos Nacionales y sus Gobiernos<sup>45</sup>.

Todo esto no tiene como resultado admitir que la UE es democrática en grado suficiente por ser otro tipo de entidad política. Más bien esta cuestión deja de ser relevante para el Tribunal que abandona el dualismo que pareció admitir en el caso Maastricht y relega, en definitiva, el debate sobre el déficit democrático europeo, y el modo de subsanarlo, a un claro segundo plano<sup>46</sup>.

Ha de observarse, no obstante, que el estándar democrático descrito por el *BVerfG* sólo podría cumplirse en estados fuertemente centralizados pero no en los federales, como tampoco en Alemania donde el sistema electoral y el sistema de partidos operan correcciones a ese pretendido automatismo entre el igual valor del voto (one man, one vote), la voluntad mayoritaria del pueblo y las decisiones de los poderes públicos. La afirmación de que la alteración de tal regla sólo se exceptiona en las segundas Cámaras no permitiría considerar al Bundesrat como colegislador. Por último, las coaliciones existentes (la última inmediatamente anterior a las elecciones de 2009) tampoco han asegurado ese debate entre gobierno y oposición necesario para el ejercicio de una democracia viva<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 229, 279, 284, 349. Sólo en el primero explicita que su mención a los pueblos se refiere a los nacionales.

<sup>44</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginal 281 y ss.

<sup>45</sup> BVerfGE de 30 de junio 2009, marginales 271 y 272. El BVerfG vuelve a subrayar el carácter complementario del Parlamento Europeo, tal como había hecho en Maastricht, frente a otras decisiones posteriores en que parecía haberlo abandonado. Vid, BVerfGE 113, 273 (301).

<sup>46</sup> Otra opinión en CLASSEN, «Legitime Stärkung des Bundestages...», cit., págs. 882. En el sentido aquí defendido, SCHORKOPF, F., «Die Europäische Union im Lot», *EuZW*, núm. 20, 2009, págs. 718 y ss, en concreto, 720.

<sup>47</sup> Tampoco puede olvidarse que la composición del *Bundesrat* no se corresponde con la regla establecida por el Tribunal siendo en todo caso un cuerpo legislador y contribuyendo, por tanto, a formar las decisiones que corresponden a los órganos representativos del pueblo alemán. Sobre este punto, en particular, CLASSEN, C. D., «Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustesbett?», *JZ*, núm. 18, 2009, págs. 881

B) *La reserva de materias para preservar la libertad de configuración del Parlamento*

Hay otra novedad reseñable que aporta la sentencia sobre el Tratado de Lisboa y que consiste en la lista nominativa de materias que deben reservarse al Parlamento Nacional<sup>48</sup>.

Según se había ya afirmado en el caso Maastricht, sólo se cumple con el principio democrático en cuanto el Parlamento se puede responsabilizar de sus decisiones lo que supone limitar el traspaso de competencias a la UE o, lo que es lo mismo, reservar a los Parlamentos Nacionales las decisiones políticas fundamentales que están normalmente ligadas a modelos de identidad nacionales, lingüísticos, históricos y culturales.

Señala como especialmente sensibles, desde siempre, para la autoconfiguración de un Estado constitucional, las materias relativas al Derecho penal formal y material, el monopolio del poder policial en el interior y militar en el exterior, las decisiones sobre gastos e ingresos, la configuración social y cultural de las relaciones humanas, como en concreto las relativas al Derecho de Familia, sistema de educación y las relaciones con las confesiones religiosas<sup>49</sup>.

Es discutible, desde luego, que le corresponda a un Tribunal Constitucional decidir las materias que en el futuro podrán ser cedidas a la Unión Europea, ahora bien, con todo ello lo que el Tribunal finalmente se asegura es algo más que la garantía del principio democrático que orienta su decisión y la queja de los recurrentes mediante el sustento en el derecho de sufragio. Aunque la UE alcanzara el estándar definido por el Tribunal (igualdad de voto y suficientes competencias), esto significaría que se habría transfigurado en un Estado federal y que le serían exigibles todos los requisitos democráticos que cumple un Estado, algo que la Ley Fundamental no permite y obligaría Alemania a abandonar la UE<sup>50</sup>. La alternativa no deja de ser complicada puesto que parece requerir la aprobación de una nueva constitución, lo que se describe, a continuación.

## **2. La soberanía de los Estados Miembros y la naturaleza jurídica de la Unión Europea**

De la comprensión de la soberanía que se desprende del Preámbulo de la *Grundgesetz* deriva la disposición de la República Federal de Alemania de contribuir a la paz mundial en cuanto miembro de igual derecho en una Europa unida, decisión (la de participar o no en Europa) que le está vedada

y ss, en concreto, págs. 883 y 884. También, SCHÖNBERGER, Ch., «Lisbon-Maastricht's Epigones At Sea», *GLJ*, num. 8, 2009, págs. 1201 y ss, en concreto, 1210 y ss.

<sup>48</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 247.

<sup>49</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal, 252. No hay una correspondencia exacta entre las que figuran en las distintas partes de la sentencia; cfr. marginales 249 a 260 y, por otro lado, 351 a 400.

<sup>50</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 263 y 264.

a los poderes constituidos puesto que es un mandato directo de la Norma Fundamental. Ahora bien, según el Alto Tribunal interpreta, tal habilitación lo es para una forma concreta de integración<sup>51</sup>.

El art. 23 GG autoriza, siempre según la interpretación del Alto Tribunal, la participación de Alemania en un «ordenamiento de cooperación supranacional»<sup>52</sup> de modo que las cesiones de soberanía se pueden efectuar a favor de una Unión Europea concebida como asociación o liga de Estados (Staatenverbund). Este concepto (Verbund) traduce «una conexión estrecha y duradera de Estados que permanecen soberanos, que ejerce poder público gracias al Tratado pactado y cuyo ordenamiento sólo está sometido a la disposición de los Estados miembros y en la que los pueblos –es decir, los ciudadanos nacionales– permanecen como los sujetos de la legitimación democrática de los Estados Miembros».

Los Estados Miembros siguen siendo los «Señores de los Tratados», de modo que el Derecho primario es un ordenamiento derivado que dispone de autonomía pero limitada<sup>53</sup>. Las cesiones de soberanía han de ser concretas y limitadas conforme al principio de atribución, que sustenta el ordenamiento europeo<sup>54</sup>, y según un claro programa de integración en el se respete la identidad de los Estados y se asegure su capacidad de configuración política. En este sentido, la Ley Fundamental tampoco autoriza a ceder la competencia de la competencia (Kompetenz-Kompetenz) de modo que la Unión Europea derivara competencias propias al modo de un Estado Federal Europeo.

En resumen, el mandato de integración derivado del art. 23.1GG en conexión con el Preámbulo, el art. 20, el art. 79.3 y el art. 146 GG (sobre la vigencia de la *Grundgesetz*<sup>55</sup>) no permiten que se reconozca a la Unión Europea como un sujeto legitimado dotado de un Derecho propio<sup>56</sup> y tampoco permite a los órganos constituidos alemanes abandonar la soberanía alemana para su incorporación en un tal Estado Federal (Bundesstaat)<sup>57</sup>. La cláusula de intangibilidad no permite disponer de la identidad del ordenamiento constitucional, cuya defensa garantiza el *BVerfG*<sup>58</sup>, ni siquiera al legislador de modificación constitucional «pues la *Grundgesetz* no sólo presupone la soberanía estatal de Alemania sino que la garantiza»<sup>59</sup>. Para ello se

<sup>51</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 222.

<sup>52</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 227.

<sup>53</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 229 y 231.

<sup>54</sup> BVerfGE de 30 de junio 2009, marginal 234, 348.

<sup>55</sup> El Art. 146 GG prescribe: «La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán».

<sup>56</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 232.

<sup>57</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 228.

<sup>58</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 336.

<sup>59</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 216: «Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst

exige el pronunciamiento expreso del poder constituyente con lo que al exigir la aprobación de una nueva Constitución, el Tribunal se adentra en una cuestión muy controvertida entre la doctrina pública alemana, que podría ver en este pronunciamiento del Tribunal un importante apoyo, aun cuando de la sentencia no puede obtenerse una conclusión indubitada ni que finalmente sea un argumento determinante para el fallo<sup>60</sup>.

Por otro lado, en este contexto, se hace evidente que, la reserva de determinadas tareas al legislador nacional, fundada inicialmente en la garantía del principio democrático, guarda relación con el criterio esgrimido ya por los recurrentes en el caso Maastricht sobre la necesidad de que la soberanía se asegure mediante un determinado número de competencias<sup>61</sup>. Quizá por ello el *BVerfG* insiste en que no se trata de reservar un determinado número de materias sino aquellas de una especial cualidad<sup>62</sup>. Es una afirmación que carece de la solidez necesaria para contrarrestar la confirmación de que más del 80% de la legislación estatal deriva del Derecho europeo<sup>63</sup>, si además por toda argumentación se esgrime que son materias que «desde siempre»

dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch».

<sup>60</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 228 y 347. No parece quedar clara la supuesta ruptura constitucional («...in einer Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes», marginal 217) y la cuestión de si la cláusula de identidad ha de vincular también al poder constituyente queda abierta según explícitamente afirma. Con motivo de la sentencia, GÄRDITZ, K., F., y HILLGRUBER, CH., «Volksouveränität...» cit., pág. 876, concluyen que la exigencia de una nueva constitución obliga a los poderes constituidos a defender la actual, les impide adoptar iniciativas en sentido contrario y supone finalmente una justificación para admitir recursos de amparo. Idéntica argumentación fue ya expresada con el motivo del caso Maastricht. En concreto, coincide con la argumentación de MURSWIEK, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», *Der Staat*, núm. 32, 1993, págs. 161 y ss, defensor del diputado Gauweiler en el presente recurso contra el Tratado de Lisboa. En contra ya entonces, LENZ, C. O., «Vertrag von Maastricht – Ende demokratischer Staatlichkeit?», *NJW*, núm. 31, 1993, pág. 1963. Más reciente, vid., MÖLLERS, Ch, *Staat als Argument*, Beck, München, 2000, págs. 409 a 412.

<sup>61</sup> Sobre las críticas que motivó la respuesta del Tribunal a la queja sobre la «desestatalización» en el caso Maastricht vid., VON BOGDANDY, A., «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: Una reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 195 y ss, en concreto, pág. 196 y bibliografía allí citada. Quizá como prevención ante un juicio semejante le lleva a afirmar que «El Estado no es un mito ni un fin en sí mismo sino la forma de organización producto de la historia y globalmente reconocida de una comunidad política con capacidad de obrar». Vid., BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 224: «Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft».

<sup>62</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 248 y ss.

<sup>63</sup> Poco antes de la sentencia se publicó el artículo de HOPPE, T., «Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt», *EuZW*, núm. 6, 2009, págs. 168 y ss, citado expresamente por el Tribunal, en el que constata que la profecía de Delors, hecha a finales de los años 90, es una cifra realista y que la legislación cuyo origen está en el Derecho Europeo no se circunscribe al Derecho económico.

han estado reservadas al Estado pero con olvido de la política monetaria. Por último, poco puede contribuir al sostén de la afirmación de la soberanía la enumeración de unas materias que se definen según la modulación que sobre las mismas ha operado un Tratado, en este caso, el de Lisboa<sup>64</sup>.

Por lo que se refiere a la queja de la pérdida de la soberanía estatal, el Alto Tribunal concluye que el poder público alemán, incluido el constituyente, esté garantizado, como también la pertenencia del territorio a la República Federal como único sujeto jurídico y que en la continuidad del pueblo alemán no existe ninguna duda.

#### IV. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN

El Alto Tribunal manifiesta a lo largo de toda la sentencia una prevención frente al desarrollo dinámico del Derecho Europeo<sup>65</sup>, que implica no sólo la estricta afirmación del principio de atribución sino, fundamentalmente, el establecimiento de mecanismos que lo garanticen.

El primero de ellos es la denominada *Integrationsverantwortung*, la especial responsabilidad que compete al Parlamento alemán respecto del proceso de integración, que deberá ejercer siempre que pueda producirse una «modificación» de los Tratados sin procedimiento de ratificación o sea disuelta, fundamentalmente, por los órganos europeos. Es decir, en todos aquellos casos no previstos por la ley de ratificación correspondiente, que es de donde deriva la vinculación para Alemania del Derecho Europeo, según explicita el Tribunal, en que exista un riesgo de superar el principio de atribución.

La definida *Integrationsverantwortung* le permite admitir, incluso considerar lógico y aun previsto por la *Grundgesetz*, el desarrollo de las propias competencias que traduce la defensa del *aquis communautaire*, la doctrina de los poderes implícitos o del efecto útil de que se sirve la Unión Europea. Ahora bien, la Ley Fundamental «no permite una confianza ilimitada en la fuerza constructiva de tales mecanismos» por lo que, además de la intervención de los cuerpos legisladores, exige un control externo<sup>66</sup>, el del *BVerfG*, que decide en último lugar sobre las cuestiones que afecten a la identidad constitucional.

##### 1. La competencia o responsabilidad del Parlamento para la Integración

Puesto que sólo está legitimado democráticamente aquello de lo que el par-

<sup>64</sup> En general, en los comentarios aparecidos sobre la sentencia la doctrina ha sido muy crítica con la aplicación de la doctrina de las materias reservadas al Estado a la UE, por ejemplo, HALBERSTAM, D., y MÖLLERS, Ch., «The German Constitutional Courts says “Ja zu Deutschland!”», *GLJ*, núm.8, 2009, págs. 1249 y ss.

<sup>65</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 238, 239, 411.

<sup>66</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 237, y ss.

lamento se pueda responsabilizar, la *Integrationsverantwortung* es el mecanismo empleado por el Tribunal para asegurar la constitucionalidad de la ratificación, reforzando el principio de atribución mediante la intervención del legislador conforme a las exigencias del art. 23.1 GG<sup>67</sup>. De otro modo las disposiciones «dinámicas» del Tratado no podrían declararse compatibles con la *Grundgesetz*<sup>68</sup>, lo que le lleva a formular objeciones respecto de las normas abiertas o que favorecen la dinámica del Derecho Europeo y exigir determinadas garantías para poder concluir que el nivel de legitimación de la Unión Europea se corresponde «aún»<sup>69</sup> con las exigencias constitucionales<sup>70</sup>.

A) *Procedimientos de modificación de los tratados, «cláusulas pasarela» y «frenos de emergencia»*

Aquellos procedimientos que siguen el ordinario de revisión, que son los que pueden aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados<sup>71</sup>, no suponen ningún problema de constitucionalidad pues siguen las reglas clásicas de Derecho Internacional y entran en vigor tras la ratificación de todos los Estados, efectuada «de conformidad con sus respectivas normas constitucionales». Sin embargo, los procedimientos de modificación simplificados de los arts. 48.6 y 7 TUE, las denominadas «cláusulas pasarela» y el sistema de «frenos de emergencia», sí requieren la adecuación a la Ley Fundamental.

En el primer caso, el Consejo Europeo, puede adoptar una decisión por unanimidad para modificar total o parcialmente la tercera parte del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea relativa a las políticas y acciones internas de la Unión<sup>72</sup>, que entrará en vigor, sin necesidad de ratificación, tras la aprobación de los Estados Miembros realizada, nuevamente, «de conformidad con sus disposiciones constitucionales». El *BVerfG* tampoco ve aquí problemas pero en cuanto equipara la *modificación* de los tratados con la *cesión* de competencias contemplada en el art. 23.1 GG en su segunda frase, a pesar de que el art. 48.6 TUE *in fine* indica, expresamente, que tales modificaciones no pueden aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados. De este modo, siguiendo lo dispuesto en el caso Maastricht donde estableció que la reserva de ley del art. 23.1 GG afectaba a toda

<sup>67</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 275.

<sup>68</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 239: «Es ist deshalb von Verfassungs wegen gefordert, entweder dynamische Vertragsvorschriften mit Blankettcharakter nicht zu vereinbaren oder, wenn sie noch in einer Weise ausgelet werden können, die die nationale Integrationsverantwortung wahrt, jedenfalls geeignete innerstaatliche Sicherung zur effektiven Wahrnehmung dieser Verantwortung zu treffen...».

<sup>69</sup> BVerfGE de 30 de junio, marginal 275.

<sup>70</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 236, 242, 243 y 412, en este último se afirma que la «Ley de ampliación y consolidación de los derechos del Bundestag» no cumple con dicha exigencia y es, por ello, inconstitucional.

<sup>71</sup> Vid., art. 48.2 TUE.

<sup>72</sup> Vid., art. 48.6 TUE.

modificación del Derecho primario<sup>73</sup>, el Alto Tribunal exige la aprobación de una ley por mayoría de 2/3 tanto del *Bundestag* como del *Bundesrat* (art. 23.1 GG, en su tercera frase en conexión con el art. 79.2 GG)<sup>74</sup>, pues sólo así se asegura que los cuerpos legisladores ejerzan una responsabilidad política semejante a la que realizan mediante el proceso de ratificación<sup>75</sup>.

En segundo lugar, las denominadas «cláusulas pasarela» permiten al Consejo Europeo, mediante resolución adoptada por unanimidad, que autorice al Consejo en un ámbito o caso determinado, adoptar una decisión por mayoría y no por unanimidad, o bien seguir el procedimiento ordinario en lugar del procedimiento especial prescrito –que también altera la regla de la unanimidad a favor de la mayoría–, siempre que en el plazo de 6 meses ningún Parlamento Nacional se oponga<sup>76</sup>. Las cláusulas pasarela «especiales» permiten igual mecanismo sin que se prevea el posible rechazo de los Parlamentos Nacionales, salvo en el supuesto del art. 81 TFUE relativo al Derecho de Familia.

Como consecuencia de que, debido a la generalización del procedimiento de codecisión producida con el Tratado de Lisboa, la regla será la adopción de decisiones por mayoría, la influencia del representante alemán en el Consejo decae no siendo posible prever, en el momento de la ratificación, cuándo se hará uso de las mencionadas cláusulas y se despojará a Alemania de su derecho de veto<sup>77</sup>. A pesar de que en determinados casos está previsto un derecho de rechazo de los Parlamentos Nacionales no puede considerarse equivalente a una reserva de ratificación. Por todo ello, exige nuevamente una ley, que ha de aprobarse por mayoría cualificada dentro del plazo permitido por el 48.7 TUE, para que el representante alemán en el Consejo pueda aceptar tal modificación. Sólo así se puede cumplir con la «responsabilidad para la integración» y determinar si el grado de autonomía alcanzado por el procedimiento europeo gracias a las cláusulas pasarela, se

<sup>73</sup> BVerfGE, 89, 155, (199).

<sup>74</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 312. Esta misma exigencia se aplica a otras disposiciones de los Tratados; las previstas en el Art. 42.2 TUE sobre política común de defensa; Art. 25.2 TFUE sobre los derechos de los ciudadanos de la Unión, Art. 218.8 TFUE sobre la adhesión al CEDH, Art. 223.1 sobre procedimiento uniforme de las elecciones al PE, Art. 262 TFUE sobre propiedad intelectual, y art. 311 TFUE, sobre los medios de la UE. Crítico con esta interpretación, CLASSEN, C. D., «Legitime Stärkung...», cit., págs. 884 y 885.

<sup>75</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 243.

<sup>76</sup> Vid., art. 48. 7 TUE. En el caso del art. 333.2 TFUE es el propio Consejo quien puede adoptar tal decisión.

<sup>77</sup> La regulación de la mayoría en el Tratado de Lisboa, cuya complejidad ha sido destacada por ALONSO GARCÍA, R. «Estudio Preliminar», en *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2008, pág. 54, ha sido estudiado, en profundidad, por GONZÁLEZ SAQUERO, P., «La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa», *REDE*, núm. 31, 2009, págs. 309 y ss, quien subraya la relación entre el tránsito a la adopción de decisiones por mayoría y los mecanismos que ofrecen a los Estados algún grado de oposición. En concreto, sobre los «frenos de emergencia», págs. 335 y ss.

corresponde aún con el nivel de legitimación exigible, aceptándose en tal caso la adopción de decisiones por mayoría<sup>78</sup>.

En el caso de las cláusulas de pasarela especiales no rige la exigencia de ley, en cuanto los ámbitos en los que se aplican están suficientemente delimitados, viniendo a coincidir con aquellos supuestos en los que el Tratado de Lisboa no reconoce la posibilidad de rechazo de los Parlamentos Nacionales. No obstante, ha de emitirse igualmente un consentimiento expreso dentro del plazo establecido, lo que ya no parece contar con apoyo alguno en el art. 23.1 GG<sup>79</sup>.

Por último, respecto del llamado sistema de «frenos de emergencia», previsto en el art. 48 TFUE (relativo a las prestaciones sociales en el ámbito de la libre circulación de trabajadores para los casos en que pueda verse afectado el sistema de seguridad social de un Estado Miembro), y en los arts. 82 y 83 TFUE, (en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal), el representante alemán en el Consejo sólo podrá actuar por mandato (nach Weisung) del Parlamento<sup>80</sup>, sin que nada diga el Tribunal de lo que podría hacer el Gobierno si el Parlamento no se pronunciara.

#### B) *Cláusula de flexibilidad*

La cláusula de flexibilidad que recoge el actual art. 352 TFUE no se limita ya al mercado común, como disponía su anterior regulación, sino que se extiende «a las políticas definidas en los Tratados, para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos sin que se haya previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto»<sup>81</sup>. Esta indeterminación del ámbito de aplicación de la cláusula debe ser compensada mediante la exigencia de una ley, nuevamente según el art. 23.1 GG, pues de lo contrario estaría autorizándose una habilitación en blanco o una cesión de la Kompetenz-Kompetenz contraria a la Ley Fundamental<sup>82</sup>.

Con independencia de lo discutible que pueda ser la interpretación que del art. 23 GG realiza el Alto Tribunal para exigir la intervención del *Bundestag* (y, en su caso, del *Bundesrat*), no debe dejar de subrayarse el efecto contrario resultante a la flexibilización y agilización en los procedimientos de adopción de decisiones por los que fueron introducidas en el Tratado de Lisboa. La efectividad de la intervención de los cuerpos legisladores alemanes o las dificultades de negociación que ello implique al Gobierno, habrán de valo-

<sup>78</sup> Las reticencias del Tribunal frente a la regla de la mayoría se comprenden bien tras la acertada observación de MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, Iustel, 2004, págs. 324 y 325: «El futuro de la Unión Europea dependerá mucho de la superación de esta fragmentación del poder constituyente y de la eliminación final de las retenciones parciales por los Estados del poder de reforma. Ocurrirá ello cuando el ejercicio de los mismos deje de estar vinculado a la regla de la unanimidad».

<sup>79</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 319 y 320.

<sup>80</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 365, 400, 418.

<sup>81</sup> El actual art. 352 TUE era el anterior 308 TCE.

<sup>82</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 325 y ss.

rarse en un futuro. Respecto de la cláusula de flexibilidad, que ha permitido un considerable desarrollo de las competencias del Derecho comunitario, cabe señalar que resulta objetable precisamente cuando el Tratado ha evolucionado en el sentido de delimitar, con más precisión, su ámbito de aplicación<sup>83</sup>. Ya por último, según la interpretación del *BVerfG*, ¿habrían entregado la Kompetenz-Kompetenz y desprotegido su soberanía o infringido el principio democrático, los Estados que no exijan una ley para consentir en el uso de los diversos mecanismos dinámicos previstos por el Tratado de Lisboa?

## 2. El principio de la *Europarechtsfreundlichkeit* y el control del *BVerfG*

La sentencia sobre el Tratado de Lisboa ha avivado grandes polémicas en torno a la posición del Tribunal Constitucional, en absoluto desconocidas en el Derecho comparado, que le han hecho acreedor de graves reproches. No sólo por violentar su posición institucional al usurpar las funciones del Parlamento y del Gobierno imponiendo su concepción de la integración<sup>84</sup> y desconociendo, de este modo, los límites entre política y Derecho<sup>85</sup>. También por distorsionar las técnicas de las que dispone para ejercer su función jurisdiccional. Sin practicar en absoluto el *self-restraint* que, sin embargo, se reclama al TJUE, parece pretender una extensión de la vinculación de sus sentencias a los poderes públicos europeos al aplicar el instrumento de la interpretación conforme al Tratado de Lisboa<sup>86</sup>. Tampoco debe olvidarse,

<sup>83</sup> Sobre el significado originario de esta cláusula, la caracterización del método funcional y la evolución posterior de la distribución de competencias, puede consultarse, OPPERMANN, T., CLASSEN, C. D., y NETTESHEIM, M., *Europarecht*, 4.ª ed., Beck, München, 2009, págs. 214 y ss.

<sup>84</sup> El Tribunal «vigila» si los poderes delegados al aprobar una reforma constitucional alteran el contenido de la cláusula de intangibilidad. Vid., *BVerfGE* de 30 de Junio, marginal 218.

<sup>85</sup> Una cuestión muy debatida por la doctrina alemana. Vid., HABERLE, P., *Verfassungsgerechtheit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Athenäum, Königstein, 1980. En español, sobre esta cuestión, puede consultarse, SIMON, H., «La jurisdicción constitucional», en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H.-J., HESSE, K., HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, en la traducción de López Piña, Marcial Pons, IVAP, 1996, págs. 823 y ss.

<sup>86</sup> Únicamente menciona el instrumento de la interpretación conforme de modo explícito respecto del Derecho Penal, en marginales 361 y 362. Respecto del Tratado, en marginal 273: «Der Vertrag von Lissabon und das Zustimmungsgesetz genügen –nach Maßgabe der Gründe– den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Anforderungen» y para la ley de ratificación, en marginal 420: «Mit Rücksicht darauf, dass das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon nur nach Maßgabe der Gründe dieser Entscheidung mit dem Grundgesetz vereinbar (...) ist...». GÄRDITZ, K., F., YHILLGRUBER, CH., «Volksouveränität...», cit., págs. 877 y 878, señalan que, en efecto, la sentencia no es vinculante para los poderes europeos sino sólo para los alemanes, y que por ello, estos últimos, vendrían obligados a incluir una reserva para evitar comprometerse con una situación inconstitucional en el nivel internacional. Antes de la sentencia reclamada ya por MURSWIEK, D., «Die Heimliche Entwicklung des Unionvertrages...», cit., pág. 486.

en fin, que todo ello deriva de una débil base procesal y de una generosa interpretación del contenido de un Derecho Fundamental<sup>87</sup>.

Igualmente discutibles son las interpretaciones de las disposiciones que soportan su decisión<sup>88</sup>. Los límites que impone para la participación de Alemania en el próximo paso de la integración europea o en un Estado Federal Europeo son difícilmente deducibles de su Preámbulo (o del art. 23 GG que lo precisa)<sup>89</sup> y sorprendente la aplicación del art. 79.3 GG a Europa. La cláusula de intangibilidad o de identidad, incluida en la Ley Fundamental para impedir que una nueva dictadura o la violación de la dignidad humana tuvieran algún atisbo de legalidad, se emplea para medir el ordenamiento europeo inspirado, precisamente, en principios jurídicos que, no exclusivos de Alemania, son más bien comunes a todos los Estados Miembros y a sus identidades constitucionales (democracia, Estado de Derecho, principio Social...) <sup>90</sup>. Es dicho empleo del art. 79.3 GG, en todo caso, lo que le permite introducir las novedades de la sentencia: formular la responsabilidad o competencia para la integración que ha de ejercer el parlamento nacional mediante una pseudo-ratificación, asegurar la posición de control que le corresponde al propio *BVerfG* y sugerir que todo lo que vaya más allá de lo que interpreta como la integración querida por la *Grundgesetz* exigiría la intervención del poder constituyente.

¿Cuál sería, en fin, el resultado de la concordancia con la nueva *Europarechtsfreundlichkeit*, concreción para Europa del principio de apertura al Derecho Internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*)?<sup>91</sup> Si de este último principio

<sup>87</sup> Este aspecto ya había sido muy criticado con ocasión de la sentencia sobre el caso Maastricht, vid., TOMUSCHAT, CH., «Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», *EuGRZ*, 1993, págs. 489 y ss, en concreto, pág. 491. Insisten de nuevo, NETTESHEIM, M., «Ein Individualrecht auf Staatlichkeit...», cit., pág. 2869. PACHE, E., «Das Ende der europäischen Integration?», *EuGRZ*, núm. 12-16, 2009, págs. 285 y ss, en concreto, 285, 287 y 288. TERHECHTE, J. P., «Souveränität, Dynamik und Integration-making up the rules as we go along?», *EuZW*, núm. 20, 2009, págs., 724 y ss, en concreto, 725 y 726.

<sup>88</sup> Las interpretaciones sobre los artículos de los Tratados ya han sido mencionadas al comentar los pronunciamientos de la sentencia. Puede recordarse el papel que finalmente atribuye al Parlamento Nacional derivado de su interpretación del art. 48.7 TUE o que el Parlamento Europeo representa a los pueblos de los Estados Miembros, a pesar de los arts. 10 TUE o 14.2 TUE que se refieren a los ciudadanos de la Unión (*BVerfGE* 30 de junio de 2009, marginales 279 y 349), para negar la existencia de un pueblo europeo y, por tanto, de un sujeto legitimado en el nivel europeo.

<sup>89</sup> Ha sido especialmente subrayado el hecho de que gracias precisamente a la Integración en Europa es como Alemania ha recuperado su soberanía, en cuya defensa insiste la sentencia. Vid., CLASSEN, C. D., «Legitime Stärkung des Bundestages...», cit., pág. 889. Muy crítico con el Tribunal en este sentido, LENZ, O., «Ausbrechender Akt», *FAZ*, de 8.08.09. Recientemente, sobre este particular, KOKOTT, J., «The Basic Law at 60-From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration», *GLJ*, núm. 1, 2010, pgs. 101 a 105 y 114, recordando las palabras de Carlo Siमित respecto de la capacidad para la integración de la GG.

<sup>90</sup> Vid., Art. 6 TUE.

<sup>91</sup> *BVerfGE* de 30 de junio de 2009, marginal 225. Sobre la apertura de la *Grundgesetz* al Derecho Internacional ya VOGEL, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine*

se deriva la obligación para los tribunales alemanes de someterse a las decisiones del TEDH y, en general, a las normas internacionales vinculantes en Alemania, de aquel debería derivarse idéntica conclusión respecto del Derecho Europeo. Mas de la sentencia no se deduce ninguna intención del *BVerfG* de disminuir su control sobre el Derecho de la Unión Europea sino más bien todo lo contrario, pues es paradójicamente del propio principio de cordialidad o apertura al Derecho Europeo de donde el Alto Tribunal deriva la necesidad de su intervención<sup>92</sup>.

A) *El control de la identidad constitucional (Identitätskontrolle)*

La posición que el *BVerfG* se reserva respecto de los siguientes pasos de la integración europea había de deducirse, sin dificultad, una vez que sostiene su argumentación en la defensa de la cláusula de intangibilidad de la *Grundgesetz* de la que deriva el control sobre la identidad constitucional que viene a sumarse al control de un posible *ultra-vires* ya dispuesto por su jurisprudencia anterior<sup>93</sup>. De este modo la primacía del Derecho comunitario deriva únicamente de lo aceptado expresamente por Alemania mediante su ley de ratificación y en cuanto se ajuste al programa de integración pactado, tal como había expuesto en Maastricht<sup>94</sup>. Si bien ahora además de controlar el mantenimiento del estándar de protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito europeo (único caso en que su competencia cede ante el TJUE, después del abandono de su Jurisprudencia Solange I<sup>95</sup>), comprobará si se violenta la identidad constitucional (art. 79.3GG) en los «numerosos casos de desarrollo dinámico de los Tratados»<sup>96</sup>. En tal caso el Derecho

*internationale Zusammenarbeit*, Möhr Siebeck, Tübingen, 1964. Sobre la aplicación del principio por el *BVerfG* en recientes decisiones, de donde se deriva un relativo valor normativo del mismo, KAHL, W., «Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik», *AöR*, núm. 31, 2006, págs. 579 y ss, en concreto, 582 y ss.

<sup>92</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 240: «Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs.1 Satz 3 in Verbindung mit art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist. Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 Abs 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden». En su sentencia de 18 de julio de 2005, sobre la Euro-orden, no consideró afectada la identidad constitucional, BVerfGE 113, 273 (296).

<sup>93</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 218, 235, 240, 241, 336 y 338. En este último menciona la sentencia del Tribunal Constitucional checo, de 26 de noviembre de 2008, recordando que no sólo el Tribunal Constitucional Federal alemán se reserva el control sobre las competencias de la UE.

<sup>94</sup> BVerfGE 89, 155,190. Sobre la primacía del Derecho europeo, vid., BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginales 331 a 340.

<sup>95</sup> Vid., nota 8.

<sup>96</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 411.

Europeo será inaplicable en Alemania<sup>97</sup>, lo que contradice abiertamente la jurisprudencia del TJUE<sup>98</sup>.

Ha de subrayarse, por último, que el control de la identidad tiene una peligrosa conexión con las tareas que, según el Tribunal, deben quedar reservadas a los Parlamentos Nacionales (o a los Estados si hablamos de soberanía) para cumplir con una democracia viviente<sup>99</sup>. En una interpretación extensiva puede impedir el traspaso de nuevas competencias que afecten a dichas materias por ser necesarias para garantizar el principio democrático y defender la identidad constitucional, según ha quedado anteriormente descrito<sup>100</sup>.

La articulación procesal de estos mecanismos no está clara aunque el Alto Tribunal menciona como posibles vías aquellas de las que ya dispone, es decir, control abstracto y concreto de normas, conflictos constitucionales, conflictos de competencias entre el *Bund* y los *Länder* y recurso de amparo<sup>101</sup>. En efecto, el Derecho comunitario no es recurrible mediante los procedimientos de inconstitucionalidad dispuestos por el Derecho constitucional alemán para controlar la conformidad a la *Grundgesetz* de las normas federales o de los *Länder*. Las leyes que, en adelante, hayan de aprobarse en los casos determinados por la sentencia para cumplir con la *Integrationsverantwortung* del Parlamento y las propias leyes de ratificación no permiten, en todo caso, recurrir los actos derivados que fruto de la «dinámica» del Derecho comunitario, no queden cubiertos por el programa de integración<sup>102</sup>. Los actos comunitarios tampoco serían recurribles, en principio, en amparo<sup>103</sup>. Por ello, el *BVerfG* se atreve a sugerir la creación de un nuevo procedimiento específico para estos supuestos lo que, sin duda, sería contrario al Derecho Europeo como ya lo es la competencia que pretende arrogarse, entregada, según los Tratados, al TJUE<sup>104</sup>.

<sup>97</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 241.

<sup>98</sup> Sobre el principio de primacía cuando se ve envuelta una norma constitucional, la doctrina del TJUE y la posición de los diferentes Tribunales Constitucionales al respecto, vid., SANTAMARÍA DACAL, A., «Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia Michaniki y a la luz del Tratado de Lisboa», *REDE*, núm. 30, 2009, págs. 223 y ss.

<sup>99</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, la conexión en marginal 226 y sobre la democracia «viviente», marginal 250, donde se subraya que democracia no sólo significa garantizar un principio de organización del Estado.

<sup>100</sup> A favor de esta posibilidad, GÁRDITZ, K. F. y HILLGRUBER, CH., «Volkssouveränität...», cit., pág. 879.

<sup>101</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 241.

<sup>102</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 411.

<sup>103</sup> Vid., SCHLAICH, K., y KORIOTH, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pág. 118. GÁRDITZ, K. F., HILLGRUBER, CH., «Volkssouveränität...», cit., pág. 874, sugieren en todo caso que sí podrían serlo los del representante alemán en el consejo o la omisión de los mismos en caso de verse amenazada la identidad constitucional, pág. 874.

<sup>104</sup> Vid. art. 267 TFUE. Sobre las posibilidades de utilizar los procedimientos existentes y la sugerencia de crear un procedimiento especial para el supuesto del *Ultravires* y del *Identitätskontrolle* véanse las distintas valoraciones de CLASSEN, C. D., «Legitime Stärkung des Bundestages oder...», cit., cit., pág. 888. SCHORKOPF, F., «Die Europäische Union im

Cierto es que la afirmación de que, en caso de conflicto, la última decisión le corresponde al *BVerfG* puede considerarse matizada por el reconocimiento de que este supuesto sería subsidiario<sup>105</sup> y una declaración de inaplicación del Derecho Europeo, excepcional<sup>106</sup>. Con independencia de la fuerza de tales afirmaciones frente al detenimiento que dedica a mencionar los procedimientos que habilitan su control, ha de constatarse la resistencia del Tribunal a modificar su doctrina. Tanto en lo que se refiere a la primacía del Derecho comunitario como al recurso obligado al TJUE mediante la interponiendo una cuestión prejudicial, tal como ya han hecho otros Tribunales Constitucionales con parecidas cláusulas constitucionales<sup>107</sup> y le reclama la doctrina en cumplimiento de los Tratados, del principio de lealtad institucional, o en una aplicación correcta del nuevo principio de la *Europarechtsfreundlichkeit* respecto al art. 101.1 GG (Derecho al juez predeterminado por la ley)<sup>108</sup>.

B) *Del Derecho al sufragio al Derecho a la democracia y a la soberanía*

Un último comentario merece la posibilidad de emplear el recurso de amparo para acudir al Tribunal Constitucional Federal alemán invocando el Derecho al sufragio reconocido en el art. 38 GG a la luz de todo lo expuesto. Recordemos que admitido en el caso Maastricht para defender el principio democrático se amplía ahora a la observancia del poder constituyente, según se ha señalado al comienzo del trabajo.

Si bien en aquella sentencia el Alto Tribunal explicitó que el contenido del art. 38 GG exigía un mayor desarrollo que no consideró necesario efectuar, sí dejó establecido que se «extiende al contenido fundamental democrático de este derecho»<sup>109</sup>.

La posibilidad de legitimar al poder constituido e influir en su ejercicio, se

Lot», cit., págs. 721 y 722. NETTESHEIM, M., «Ein Individualrecht auf Staatlichkeit...», cit., pág. 2869. GÄRDITZ, K. F. y HILLGRUBER, Ch., «Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen», cit., pág. 873 y 874, para quienes el monopolio que el *BVerfG* se reserva para asegurar la aplicación favorable al Derecho Europeo (marginal 241), que sustenta en el art. 100.1 GG no tiene base y es insuficiente ante la alternativa de descentralizarlo en los tribunales ordinarios.

<sup>105</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 240: «...wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist».

<sup>106</sup> Vid., BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 340: «Es bedeutet in der Sache jedenfalls keinen Widerspruch zu dem Ziel der Europarechtsfreundlichkeit... wenn ausnahmsweise, unter besonderen un engen Voraussetzungen, das Bundesverfassungsgericht Recht der Europäischen Union für in Deutschland nicht anwendbar erklärt».

<sup>107</sup> Recientemente la Corte Constitucional italiana, C-169/08 TJUE 2009, 418.

<sup>108</sup> Con motivo de la sentencia lo reiteran, por ejemplo, CLASEN, C.D., «Legitime Stärkung des Bundestages...», cit., pág. 882. También, SCHORKOPF, F., «Die Europäische Union...»; cit., pág. 722, quien recuerda que las propuestas van desde la reforma de la ley reguladora del Tribunal Constitucional para obligar legalmente a interponer la cuestión, a la creación de una cuestión preliminar que descargue al Tribunal Constitucional Federal de tales decisiones.

<sup>109</sup> BVerfGE 89, 155 (171). Ahora en, BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 174.

extiende ahora al poder constituyente pues «los electores poseen, según la Ley Fundamental, el derecho de disponer sobre el cambio de identidad de Alemania (...) el art. 146 crea –como el art. 38– un *Teilhaberecht* derecho de participación de los ciudadanos: el art. 146 confirma el derecho preconstitucional de darse una constitución de la que el poder constituido deriva y a la que está vinculado. El art. 38.1 GG garantiza el derecho de colaborar en la legitimación del poder constituido y de influir en su ejercicio. El art. 146 GG formula junto a las exigencias materiales del art. 23.1 GG el límite último de la colaboración de la República Federal de Alemania en la Integración Europea»<sup>110</sup>.

El Tribunal se ha permitido en esta ocasión añadir el art. 146 GG al art. 38 GG salvando que no resulta invocable en amparo de modo independiente<sup>111</sup> al señalar expresamente que la queja sobre la «desestatalización» no se contradice por el hecho de que el 146 GG no sea objeto de amparo de modo que nada impide que pueda ser invocado junto a los Derechos Fundamentales o a los Derechos equivalentes a los fundamentales, como es el caso del art. 38 GG.

De tal afirmación pueden deducirse dos cosas, puesto que la disposición de la organización y de los poderes alemanes o una posible decisión sobre su decisión de integrarse en un Estado federal europeo sólo le corresponde al pueblo y no a los poderes delegados, ni tan siquiera mediante la mayoría reforzada que habilita la modificación de la Ley Fundamental, se exigiría la aprobación de una nueva Constitución, según se ha mencionado ya.

En segundo lugar, a partir de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa sería posible cuestionar la constitucionalidad de cada ley futura de ratificación de modificación de los tratados pero también la efectiva responsabilidad en la integración del *Bundestag* y *Bundesrat*, tras la exigencia de una ley o un acuerdo según la interpretación dada al art. 23 GG. Y la queja podría invocar no sólo la violación del principio democrático sino también la posible pérdida de la soberanía estatal, de modo que mediante la interposición de un recurso de amparo cualquier ciudadano alemán podría cuestionar el proceso de integración europea por infringir el principio democrático o violentar el poder constituyente<sup>112</sup>. Ese poder debería ser invocado en el caso de que la UE llegase a configurarse en un Estado Federal, lo que puede ocurrir, por el abandono de la unanimidad, de modo que la Unión Europea alcance un grado de autonomía en la adopción de decisiones no compatible con su déficit de legitimidad democrática, o con la cesión de competencias que dejen a los Parlamentos Nacionales sin la capacidad de configuración política que les corresponde.

La doctrina alemana no ha dejado de subrayar que la desnaturalización de la función de los Derechos Fundamentales, iniciada con el caso Maastricht,

<sup>110</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 179.

<sup>111</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 180.

<sup>112</sup> BVerfGE de 30 de junio de 2009, marginal 168, 208.

se habría consagrado con la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, no sólo por haber transfigurado el derecho de sufragio en un derecho a la democracia y a la estatalidad sino por haber sido la interposición de un recurso de amparo, y no la de un conflicto constitucional, el instrumento que habría permitido, finalmente, reforzar al Parlamento<sup>113</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Para no caer en un tremendismo equivalente al del *BVerfG*, manifestado en una sentencia de «fuertes *obiter dicta* y retórica soberanista»<sup>114</sup>, quizá sea conveniente recordar la conformidad final con el Tratado que resulta del fallo, como la falta de vinculación de la sentencia para el TJUE, pero también que las herramientas de tal decisión están en el propio Tratado de Lisboa. En rigor, el reforzamiento del Parlamento Nacional no habría resultado exclusivamente de la interpretación del *BVerfG* sino del papel creciente que los distintos Tratados, desde Maastricht hasta Lisboa, les vienen concediendo<sup>115</sup>. En este sentido, todo ello no sería sino un paso más en la evolución experimentada por el propio Derecho Europeo, hacia una más estricta delimitación de las competencias y hacia la prevención de los Estados por preservar una identidad, frente a la dinámica que parecía haber adquirido la UE, gracias a su método «funcional» y a la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es la expresión de la complejidad de la «europeización»<sup>116</sup> de las Constituciones nacionales y la reacción de la doctrina muestra la «Fascinación por Europa»<sup>117</sup> que siente la comunidad de Derecho que aún no ha resuelto satisfactoriamente la posibilidad de proyectar sobre la Unión Europea las estructuras jurídicas pensadas para el marco estatal. Será por todo ello difícil que la tríada de JELLINEK<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Valoran positivamente este resultado en cuanto el *BVerfG* habría movilizado a los ciudadanos como «defensores de la Democracia» (*Hüter der Demokratie*), GÁRDITZ, K. F. y HILLGRUBER, Ch., «Volkssouveränität...», cit., págs. 872 y ss. Muy críticos, sin embargo, NETTESHEIM, M., «Ein Individualrecht auf Staatlichkeit...», cit., pág. 2869. MÖLLERS, Ch., «The German Constitutional Courts says "Ja zu Deutschland!"», cit., pág. 1236, quienes irónicamente señalan que el ciudadano que quisiera emprender una revolución legal sólo tendría que solicitarla al Tribunal Constitucional.

<sup>114</sup> Se toma la gráfica expresión de SANTAMARÍA DACAL, A., «Una reflexión más sobre la primacía...», cit., pág. 235. Dicha retórica soberanista es posible encontrarla hoy en las sentencias de otros Tribunales Constitucionales, fundamentalmente, de países del Este, a algunos de los cuales se cita en la decisión sobre el Tratado de Lisboa.

<sup>115</sup> Vid., arts., 5.3 y 12 TUE.

<sup>116</sup> Vid., MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, Iustel, 2004, págs. 281 y ss. También en su *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., págs. 499 y ss.

<sup>117</sup> Así titula Paul KIRCHHOF su segundo artículo aparecido en la prensa con motivo de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Vid., nota 7. La reacción de la doctrina italiana, en POJARES, M. y GRASSO, G.: «Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisboa?» *El Diritto dell'Unione Europea*, núm. 3, 2009, pp. 503 y ss.

<sup>118</sup> G., JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlin, 1921. Citado expresamente en marginal 344.

no siga siendo utilizada especialmente en momentos de crisis, en que los Estados han vuelto a tomar posición para salvar sus intereses nacionales.

Las numerosas cuestiones que la sentencia ha dejado abiertas habrán de precisarlas los nuevos y próximos pronunciamientos del tribunal.