

LA REGRESIVA «SENTENCIA LISBOA» COMO «MAASTRICHT-II» ANQUILOSADA *

PETER HÄBERLE **

Traducido del alemán por FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

SUMARIO:

1. LAS PRIMERAS REACCIONES EN LOS PERIÓDICOS.
2. UN INTENTO DE VALORACIÓN: ALGO DE LUZ Y MUCHAS SOMBRAS
 - 2.1. Nota Preliminar
 - 2.2. Aspectos positivos
 - 2.3. Aspectos negativos

La estatalista sentencia Lisboa del TCFA ¹ como «Maastricht-II»-La Ley fundamental «por encima de todo» («über alles») el TCFA como exclusivo guardián de la soberanía blindada del Estado Nacional.

* Texto cerrado a 13 de agosto de 2009. Publicaciones posteriores: E. PACHE, «Das Ende der europäischen Integration?», *EuGRZ* 2009, pp. 285 y ss.; A. FISCHER-LESCANO, «Bundesverfassungsgericht: Zurück zum Nationalstaat», *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2009, pp. 15 y ss..

** Catedrático emérito de Derecho Público. Universidades de Bayreuth (Alemania) y St.Gallen (Suiza).

¹ Sentencia de 30-6-2009, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/-es200906302bve000208.html>. La sentencia ha sido publicada también en: *NJW* 2009, pp. 2267 y ss. Como preludeo de la sentencia Lisboa se podía leer en la prensa: «Karlsruhe pone a prueba la hidra de Bruselas», *FAZ* de 29 de junio 2009, p. 11; también se planteó la cuestión de si el Bundestag que había dado su visto bueno al Tratado «tenía que ser protegido de sí mismo» *Rheinischer Merkur* 26/2009, p. 4. Digna de atención era la

1. LAS PRIMERAS REACCIONES EN LOS PERIÓDICOS

Ante todo, algunos ejemplos de los primeros ecos en la prensa². El tenor literal de los titulares³ es claramente expresivo: «Karlsruhe le otorga poder al Bundestag por encima de Europa»⁴ o «no al Tratado de Lisboa sin un Bundestag fuerte»⁵. H. Prantl habló incluso de «un momento estelar europeo» («SZ» de 1 de julio 2009, p. 1). R. Müller tituló: «toque de diana desde Karlsruhe» («FAZ» de 1 de julio de 2009, p. 1; «y»: «sí, pero»,

propuesta de R. VAUBEL/P. BERNHOLZ, por la que el Parlamento Europeo debería repartir en el futuro su poder legislativo con una segunda cámara integrada por diputados de los parlamentos nacionales. Esos diputados no dejarían de formar parte de sus parlamentos de origen para no perder la relación con los parlamentos nacionales (Cfr. la referencia en *FAZ* de 3 de junio de 2009, p. 11).

² Sobre las posibilidades y los límites de los criterios que se publican en los periódicos aportando un primer enfoque sobre las decisiones judiciales: P. HÄBERLE, «Recht aus Rezensionen», en, del mismo autor: *Kommentierte Verfassungsrechtssprechung*, 1979, pp. 7 y ss.

³ La sentencia Lisboa fue comentada también en Francia. Cfr. *Le Monde* de 2 de julio de 2009, p. 9. A. GROSSER expresó una crítica severa al «Sonderweg alemán» (SZ de 11 de julio). Una visión general instructiva sobre la argumentación en el debate se puede encontrar en el foro del SZ www.sueddeutsche.de/service/310/481778/text/ (última visita el 13-8-2009). Otras referencias de prensa de fuera de Alemania (cit. por el *FAZ* de 2 de julio de 2009, p. 2): «la sentencia [...] genera sobre todo algo: claridad [...] La UE no es un Estado federal sino que sigue siendo una asociación de Estados soberanos [...] la sentencia ha situado al Parlamento europeo en su correcta medida desde el punto de vista democrático» (*Züricher Tagesanzeiger*). «Los alemanes como guardafrenos de la EU» (*Warschauer Tageszeitung*). «Más de un clamor» (*Elsässische Tageszeitung*). Notable también T. OPPERMANN: «Los pedantes en la caseta del guardabarreras! - el TCF y la sentencia de Lisboa», *EuZW* 2009, p. 473. OPPERMANN habla de una «visión de Europa de Karlsruhe», que quisiera obstaculizar el compromiso de integración alemán con la «absolutización insigne de la Ley Fundamental». Plantea también la cuestión: ¿recogerá el Tribunal de Justicia el «guante» que el TCFA le ha arrojado, cuando «Luxemburgo desde el alto coturno le niega la competencia para el control de los límites de la integración?». También de manera plástica: «La EU estará en el Gueto, rodeada por el muro de la Ley Fundamental».

⁴ *SZ* de 1 de julio de 2009, p. 1.

⁵ *Die Welt* de 1 julio 2009, p. 1.

Ibidem. p. 3). T. Jungholt enfatizó: «El TCF fija, en una decisión histórica, las nuevas fronteras de Europa, indicando hasta donde puede llegar la integración europea. La línea roja es la identidad constitucional alemana»⁶. G. Nonnenmacher escribió, bajo el título «interpretaciones de Karlsruhe» («FAZ» de 10 de julio de 2009, p. 1): «la alabanza de los afectados por la sentencia Lisboa es hipócrita». La CSU bávara fortaleció sus posiciones políticas sobre Europa bajo la indicación: «más control por medio de los parlamentos nacionales». Siguiendo el ejemplo austriaco pidieron que una desviación de la toma de posición del Parlamento nacional o de los parlamentos de los Länder sólo se considere aceptable por motivos imperativos de política internacional o europea⁷.

El recurrente miembro del Bundestag, inesperadamente tomado en serio, P. Gauweiler (CSU), advertía lo que sigue en el «Münchner Abendzeitung»: «O se está por la decisión del pueblo o no se está. No se puede estar por la votación popular en el tema de la entrada de Turquía y contra la votación popular en relación con la Constitución Europea. Si la voluntad de la mayoría sólo vale cuando se corresponde con la opinión preconcebida entonces se está tergiversando la verdad».

El autor de este comentario puede recordar en este punto que en su *Europäischen Verfassungslehre* teniendo en cuenta los diversos proyectos constitucionales para la UE se pronunció ya en el año 2004 en favor de elementos de democracia directa en la UE⁸.

Estimulante resulta la aportación vivaz de A. Grosser: «Alemania en su Sonderweg» («SZ» de 11 de julio de 2009). Grosser escribió: No hay motivo para el júbilo: la sentencia de Karlsruhe es más bien una expresión del miedo de los jueces a tener que someterse al Tribunal de Justicia de la

⁶ *Die Welt* de 1 julio 2009, p. 3.

⁷ *FAZ* de 16 de julio 2009, p. 1. Debe mencionarse adicionalmente que la CSU quiere jugar incluso «una carta más alta» que la de Karlsruhe: El gobierno federal debería contar con el consentimiento previo del Parlamento y de los Länder para todos los proyectos europeos. Cito por *SZ* de 4/5 de julio de 2009, p. 1. Anteriormente, la CSU había pretendido incluso que Alemania planteara una reserva al Tratado de Lisboa, cito por *FAZ* de 3 de julio de 2009, p. 1.

⁸ *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, pp. 612, 615, 639 y pássim.

UE. Y se plantea entonces la cuestión: ¿se han tomado los alemanes alguna vez en serio a Europa? Grosser habla de «un día negro» y califica a la UE con razón como «un ente jurídico de naturaleza peculiar» planteando con pesar la cuestión de «Alemania como freno». Una editorial del «FAZ» se expresa en términos positivos⁹.

El primer profesor de Derecho público alemán que se pronunció acerca de la sentencia, C. Möllers¹⁰, se expresó de manera muy crítica con las palabras «los jueces deciden que es un Parlamento, con innmerecidas alabanzas: La sentencia Lisboa del TCF no puede alegrar a los amigos de la democracia». F. Schorkopf (Bonn) tituló: «El ser humano en el centro» («FAZ» de 16 de julio de 2009, p. 6). El coeditor del «Rheinischen Merkur» y, en su momento, ponente de la Sentencia Maastricht, P. Kirchhof escribió en su artículo «la senda democrática de Europa»¹¹ que la Sentencia Lisboa en ningún modo pretende hacer depender toda decisión importante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo del acuerdo del Parlamento alemán. Por el contrario, lo que hace es promover la previa colaboración del Parlamento alemán, si un órgano de la Unión se atribuye una competencia que el Parlamento alemán no le ha otorgado previamente en el Tratado de la Unión. De manera precisa lo formula con las siguientes palabras: «En definitiva sólo el Parlamento alemán puede construir los puentes sobre el Derecho europeo que fluye hacia Alemania y que se convierte allí en vinculante».

Con gran agudeza se pronuncia el profesor alemán de Derecho Público, actualmente en Suiza, R. Bieber (Lausanne): «autista y farisaica» (*SZ* de 20 de julio de 2009, p. 2). M. Herdegen (Bonn) en contraste, escribió en su prestigioso comentario del «FAZ» «La actualidad» el 24 de julio de

⁹ *FAZ* de 15 de julio de 2009, p. 1: «La sentencia del TCF no ha sido un traspie de un molesto tribunal aprisionado por el Estado nacional, sino una renovación jurídica del debate público en los grandes Estados miembros. La idea de que la UE ha asumido poco a poco bastantes competencias y de que la estatalidad alemana finalmente deba tener una condición preferente, es hoy cualquier cosa menos una posición minoritaria en la tierra de Adenauer y Kohl. Ese pensamiento va más allá de la CSU (y del Linkspartei) porque la clase política no puede sobreponerse a la pérdida parcial de poder en favor de la UE».

¹⁰ *FAZ* de 16 de julio de 2009, p. 27.

¹¹ *Rheinischer Merkur* 30/2009, p. 26.

2009, p. 9, sobre el tema «soberanía en nuestro tiempo». Expone abiertamente su conformidad con la idea de que el TCF ha dado de nuevo impulso en la sentencia Lisboa a la noción de soberanía como fundamento de la democracia. El intento de la sentencia Lisboa de mantener determinados ámbitos como irrenunciables por constituir el núcleo de la soberanía estatal, desde el derecho penal hasta la regulación de los medios de comunicación, lo considera «ciertamente sensato». Con razón indica que en la UE cada pérdida de soberanía se compensa con la participación en el nivel de decisión europeo¹².

En la sección de cartas al Director de los periódicos nacionales se encuentran también aportaciones dignas de mención. Así, se habla de la «sobrevalorada jurisprudencia de Karlsruhe»¹³. Con buen fundamento se recuerda que en la formulación de las leyes complementarias en Berlín se trataba de eludir un mandato imperativo¹⁴ del Parlamento¹⁵.

Con razón se ha criticado la minusvaloración consciente del significado del Parlamento Europeo cuando Karlsruhe no representa a la ciudadanía

¹² Cfr. mi *Europäische Verfassungslehre* desde la primera edición de 2001/2002, pp. 220 y ss., 228 y pássim.

¹³ FAZ de 25 de julio de 2009, p. 15. Cfr. también la sección de Cartas de los Lectores en *Welt am Sonntag* de 19 de julio de 2009, p. 6: «Déjanos discutir sobre Europa» así como otra aportación «Karlsruhe o: nada es tan malo como parece...», FAZ de 4 de agosto de 2009, p. 6. Ver también la misma sección de 12 de agosto de 2009, p. 6: «Europa - ni gracia ni pretensión». Muy crítico: M. STEINBEIS: «Karlsruhe no es el Vaticano», *Handelsblatt* de 8 de agosto de 2009.

¹⁴ Con razón crítico: J.-C. JUNCKER, «Los mandatos imperativos son dañinos», *Rheinischer Merkur*, núm. 31/2009, p. 26. Con otro planteamiento, sin embargo, la CSU: que «quiere vincular a los ministros en Bruselas con mandato imperativo» (FAZ de 13 de julio de 2009, p. 1). Con razón demandaba incluso el propio ministro de asuntos exteriores austriaco M. SPINDELEGGER (ÖVP): «En la práctica, el ministro necesita en Bruselas algo de flexibilidad» (FAZ de 13 de julio de 2009, p. 2). SPINDELEGGER subraya la alta participación del *Nationalrat* y el *Bundesrat* y valora la praxis en Austria como positiva, de todos modos.

¹⁵ Positiva, sin embargo, la posición de M. BERGIUS, *FR* de 1 de julio de 2009, p. 11: «el Bundestag y el Bundesrat tendrán muchas más competencias en las cuestiones europeas. Gracias a Karlsruhe. Quizás también terminen con esto las eternas lamentaciones sobre Bruselas».

y solo puede aportar una legitimidad democrática complementaria. En un cuestionario urgente del «FAZ» (30 de julio de 2009, p. 6) algunos profesores alemanes fueron invitados a aportar unas respuestas rápidas. Resultó llamativo el titular de «la Ley Fundamental por encima de todo» («über alles»), una cita de T. Oppermann. C. Callies expresó la siguiente posición: «Europa se recuperará ciertamente de las concepciones alemanas de la democracia». Aventura incluso la cuestión de hasta que punto Alemania sea «todavía europeísta». M. Nettesheim califica a la sentencia (con razón) como «un retroceso».

Una aportación especialmente crítica procede del que fuera prestigioso Abogado General del Tribunal de Justicia C.O. Lenz («FAZ» de 8 de agosto de 2009, p. 7). Bajo el título: «Ausbrechender Rechtsakt» («acto jurídico infractor») aplica al TCFA un concepto que el tribunal había utilizado previamente. Lo esencial se refleja en el subtítulo de una aportación que es bastante convincente: «la sentencia del TFCA sobre el Tratado de Lisboa interpreta a la abierta Ley Fundamental de un modo unilateral y restrictivo. El Tribunal asume un papel político e impide la creación de una Europa unida». El artículo convence también en sus pormenores, aunque es preciso recordar que el TCFA «per se» desarrolla siempre un papel político limitado¹⁶.

A principios de agosto de 2009 aumentaron repentinamente las «voces críticas» contra la sentencia Lisboa del TCFA, especialmente desde el plano político¹⁷. El prestigioso dirigente parlamentario N. Röttgen (CDU) expresó su temor de que una vinculación del Gobierno al Parlamento siguiendo el modelo austriaco pudiera marginar el papel de Alemania en la UE. Pidió la máxima flexibilidad para el Gobierno alemán. Con razón rechazó la propuesta de la CSU de que la aprobación de Alemania al Tratado de Lisboa se produjera bajo la reserva del Derecho Internacional, para ajustarse a la sentencia Lisboa. Los 27 Estados miembros de la UE no podrían concluir ningún Tratado si cada uno de ellos consignara una interpretación particular. N. Röttgen opinó también que Karlsruhe se había aventurado de-

¹⁶ Ya clásico: K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, pp. 241, 278: «participación limitada en la dirección superior del Estado».

¹⁷ FAZ de 10 de agosto de 2009, pp. 1 y 2.

masiado lejos en relación con el Parlamento. Criticó como problemático que los jueces de Karlsruhe percibieran la soberanía nacional y el ejercicio de autoridad europea como competencias exclusivas. De manera acertada escribió: «debe considerarse anacrónico un concepto de soberanía que se oriente sólo al Estado Nacional». En su entrevista mencionó, con valentía, los aspectos problemáticos de la sentencia. Así, señaló que la LF no acoge, en realidad, el concepto de «identidad constitucional». Manifestó igualmente que algunas conclusiones del tribunal tienen un carácter básicamente político. También indicó que se trasluce la ya conocida competencia entre el TCF y el Tribunal de Justicia (N. Röttgen lideró por la CDU el proceso legislativo de la nueva Ley complementaria). El Ministro-Presidente J. Rüttgers (CDU) pidió un Derecho de iniciativa legislativa serio para las leyes del Parlamento Europeo. Formuló su crítica de manera aguda: «la sentencia sobre el Tratado de Lisboa ha generado más oscuridad que claridad»¹⁸. En el «FAZ» de 13 de agosto de 2009, p. 1, se incluyeron también voces críticas anónimas que hablaban de una «germanización de Europa» o de un «abuso de poder por parte del TCFA». También son de mencionar, igualmente sin referencia a nombres, planteamientos de científicos, entre ellos los que consideraban que en el proceso ante el TFCA el Gobierno federal y el Parlamento no habían sido representados con completo éxito: según ellos los jueces estarán obligados en el futuro por el legislador a plantear las dudas que tengan en relación con la UE y el Tribunal de Justicia ¿Sería eso justo? ¿No parece una revancha?

2. UN INTENTO DE VALORACIÓN: ALGO DE LUZ Y MUCHAS SOMBRAS

2.1. Nota Preliminar

De antemano, algunas referencias clave. La sentencia se parece ya «prima facie» a un trabajo de habilitación, es demasiado extensa y muy doctri-

¹⁸ FAZ de 10 de agosto de 2009, p. 2. También hay que mencionar el llamamiento de 30 juristas que han atacado la sentencia de Karlsruhe por entender que el tribunal ha generado un conflicto con el Tribunal de Justicia. *Ibidem*

nal. Es digna de elogio la intensa labor de comparación jurídica en el terreno de los textos, las sentencias y algunas opiniones científicas, ciertamente muy selectivas. Resulta llamativa la profusión de citas propias. Desgraciadamente, los conceptos de Estado y Soberanía aparecen docenas de veces¹⁹, igualmente es (demasiado) frecuente la metáfora de «señores de los Tratados» (cfr., por ejemplo, número marginal (en adelante: n.m.) 271, 334). La sentencia Maastricht (E 89, 155) se cita a menudo (cfr., por ejemplo, n.m. 175, 180, 216, 217, 233, 236, 240, 251, 271, 312); también por eso la sentencia Lisboa se puede considerar como «Maastricht II».

La expresión «dimensión cooperativa» (n.m. 277) es una acertada reminiscencia del concepto de «Estado constitucional cooperativo» (1978). Pero, ya a primera vista llaman la atención las contradicciones. Así, se encuentra el concepto de «vinculación federal» («föderaler Verbund») de la UE (n.m. 368) ¿elementos «prefederales»²⁰, en suma? Se reconoce demasiado a la sentencia Maastricht. La cuestión es, de todos modos, la del «espacio público europeo». En su conjunto permanece, sin embargo, en una «teoría general del Estado» de carácter retrospectivo, para siete de los magistrados, sin que se haga presente la «teoría constitucional europea» mas que, a lo sumo, en su fase inicial («espacio público europeo», «europeísmo», «constitución política de Europa»).

Como aspectos «positivos» a destacar hay que mencionar: el excelente concepto de «responsabilidad sobre la integración» (n.m. 240, 243, 245, 320, 330) y la elaboración de una teoría constitucional de las tareas estatales sobre la que la ciencia había anticipado hace años su contribución²¹. Se evidencia aquí como el TCF ha recuperado materialmente, de manera creativa, lo que la LF de 1949 no había formulado de manera escrita y pre-

¹⁹ Cfr. la crítica de R. Bieber, SZ de 20 de julio de 2009, p. 2.

²⁰ «Elementos prefederales» se pueden encontrar, por ejemplo, en la cláusula de homogeneidad (art. 7 en relación con el art. 2 TUE), en la ciudadanía de la Unión, en el principio de lealtad y en la nueva ordenación que se realiza del reparto de competencias, con categorías específicas (arts. 2-6 TFUE), cfr., n.m. 58. Sobre las competencias, cfr. M. NETTESHEIM, en: A. VON BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, pp. 289 y ss.

²¹ Vid. *Infra* nota 54.

cisa. Digna de atención es acaso la referencia a las tareas educativas y culturales así como a la posición especial del Derecho Penal (n.m. 249, 253).

Las «tesis fundamentales» de lo que sigue se pueden expresar con las siguientes palabras clave:

La estatalista sentencia Lisboa del TCFA como petrificadora y fosilizada «Maastricht-II»²²; el TCFA como exclusivo «señor» del Derecho constitucional europeo y guardián de su «soberanía blindada» nacional; la LF interpretada en clave nacional estatal se mantiene «por encima de todo»²³; falta la perspectiva de la genuina «res publica» europea²⁴.

2.2. Aspectos positivos

Estas Tesis básicas pueden provocar, quizás incluso molestar. La europeización de las constituciones nacionales y de los tribunales constitucionales advertida en 1991 (P. Häberle) y la correspondiente «Ley Fundamental europeizada» (P.M. Huber) no son conocidas en Karlsruhe, o en todo caso, no se consideran específicamente relevantes. El autor de este trabajo había formulado ya, sin embargo, en la sexta edición de su *Europäischen Verfassungslehre* (2009) ocho semanas antes del pronunciamiento del TCF sobre Lisboa, la cuestión de si el TCF no iba a emitir una «segunda» sentencia Maastricht, manifestando su esperanza de que se confirmara «también» como un «tribunal constitucional europeo» (ob. cit., p. 714). Una esperanza defraudada. Sin embargo, ante todo, sobre las cuestiones «positivas»:

(1) De ningún modo puede entenderse sobrevalorado el hecho de que el TCF por primera vez se aventure a derivar el principio democrático de la «dignidad de la persona» (n.m. 211). Ya en 1987 en la literatura alemana se hablaba de un «Derecho Fundamental a la democracia» como desa-

²² Sobre el peligro de «petrificación» se pronuncia también T. OPPERMANN, cit. por *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6.

²³ Siguiendo la aguda crítica de J.H. WEILER: «Der Staat über alles», *JöR* 44 (1996), pp. 91 y ss.

²⁴ A. V. BOGDANDY, «Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik», *JZ* 2005, pp. 529 y ss.

rrollo del artículo 1.1 LF²⁵. Con ello se establecía hace ya 22 años una nueva visión conjunta del artículo 1 y del artículo 20 LF. En la literatura y en la jurisprudencia dominó durante mucho tiempo la imagen de la «cadena de legitimación» del pueblo a los órganos del Estado. El TCF aventura ahora finalmente que la dignidad de la persona es el punto de partida de la participación democrática, acogiéndola incluso en el ámbito de protección del artículo 79.3 LF (n.m. 211). Con esto se termina la apolítica percepción alemana de la dignidad de la persona que se había mantenido durante muchos años. La «prolongación» de la dignidad de la persona al derecho al sufragio activo y pasivo con arreglo al art. 38 LF nunca será lo bastante encomiada. Ese paso del tribunal debería hacer también escuela en la Europa «foránea». La frase «El Estado está para servir a la voluntad de los seres humanos, no a la inversa» (Art. 1.1 del Proyecto de Herrenchiessee, 1948) sirve de antecedente a la hermosa frase del TCF (n.m. 224): «El Estado no es ni un mito ni un fin en sí mismo, sino la organización históricamente desarrollada y globalmente reconocida de una comunidad política».

(2) También debe considerarse «positivamente» el uso de la expresión «común europea» («tradición constitucional común europea» n.m. 271), que tiene una larga trayectoria histórica en la literatura alemana²⁶. El TCF lo ha utilizado ya en 1987 de la pluma de H. Steinberger (BVerfG E 75, 223 (243): «tradición jurídica común europea»). Afortunadamente se habla también de «espacio público europeo». Al respecto menciona el TCF (erróneamente) una referencia de la sentencia Maastricht (E 89, 155 (185), por otra parte inexacta (n.m. 251, v. también n.m. 290). No toma nota, sin embargo, del amplio debate doctrinal sobre el tema «¿Hay un espacio público europeo?»²⁷. Resulta satisfactorio, en todo caso, que el TCF utilice la idea

²⁵ P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», *HStR* I, 1. Aufl. 1987, § 20, n.m. 67-69 (pp. 815 y ss., 848 y ss.).

²⁶ Cfr. P. HÄBERLE, «Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive», *JöR* 32 (1983), p. 9 (16 y s., 24 y s.); del mismo autor, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ* 1991, pp. 261 y ss.

²⁷ Así, la cuestión (contestada afirmativamente pronto) por P. HÄBERLE, «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», *FS Hangartner*, 1998, pp. 1007 y ss. Posterior-

de «un sentido abierto a la integración» (n.m. 248). También salen de su pluma palabras sobre las estructuras cooperativas («dimensión cooperativa supraestatal», «vinculación federal de la UE» (n.m. 277 y 368, *vid.* También n.m. 278: «Asociación con personalidad jurídica propia»). Pero nunca se llama a las cosas por su nombre.

Afortunadamente, se encuentra también una referencia a la «constitucionalidad política de Europa» (n.m. 227)²⁸. En sentido contrario, el TCF habla en otro lugar de la UE como «Derecho convencional» (n.m. 242, 339, 348, 409), así como de «asociación de Estados» [línea directriz (en adelante: LD) 1]²⁹ y de «asociación para la integración europea» (n.m. 332). En cambio, en otro lugar se dice que: «la «Constitución de Europa», el Derecho de los Tratados Internacionales o Derecho primario, sigue siendo un ordenamiento derivado» (n.m. 231). También se hace referencia a la «unión convencional de Estados soberanos» (n.m. 249 así como LD 3), a la «asociación de Estados soberanos» (n.m. 262). En la LD 1 frase 2 aventura como «definición legal» de los jueces constitucionales: «el concepto de asociación comprende una unión estrecha y permanente entre Estados que siguen siendo soberanos y que ejercita poder público sobre una base convencional». Ni el concepto de «unión» ni el recurso abundante al atributo «soberano» van acompañados de referencia específica al texto de la Ley Fundamental.

mente, en la doctrina: C. FRANZIUS, y otros (Hrsg.), *Europäische Öffentlichkeit*, 2004. El tribunal cita E 89, 155 (185) aunque no se refiere aquí al concepto de espacio público europeo (*europäische Öffentlichkeit*) sino al de opinión pública (*öffentlicher Meinung*) en Europa (n.m. 250). De manera correcta se menciona, sin embargo, en la n.m. 290, la Declaración de Laeken (2001): la reclamada formación de un espacio público europeo.

²⁸ La constitucionalidad política de Europa en sentido estricto y amplio es también perceptible desde el punto de vista de los derechos humanos, cfr. J. ABR. FROWEIN, «The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights», en: *Dialogue between judges*, 2007, pp. 73 y ss.

²⁹ En la doctrina: P. KIRCHHOF, «Der europäische Staatenverbund», en: A. V. BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *ob. cit.*, pp. 1009 y ss.

El reforzamiento del principio de «atribución competencial limitada» convence, pese a que aparece con especial frecuencia (LD 2a, n.m. 234, 262, 265, 275, 298, 301, 332, 409)³⁰.

Finalmente una palabra sobre el entendimiento del tribunal del «Art. 146 LF» introducido de modo algo sorprendente. Hace tiempo que la doctrina se plantea la cuestión de como se constitucionaliza en el modelo de Estado Constitucional el poder constituyente³¹. Suiza tiene, al respecto, una larga y acreditada tradición en la que se han precisado y desarrollado los contenidos mínimos y los procedimientos de revisión total³². Para Alemania es preciso recordar que el artículo 115 de la Constitución de Brandenburgo estableció un procedimiento «ordinario» con una asamblea constituyente. Es demasiado sencillo hablar, como hace el TCF de un «derecho preconstitucional» de la ciudadanía a dotarse de una Constitución (n.m. 179). La cuestión de si la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LF «es aplicable también al poder constituyente» la deja el tribunal abierta de manera inteligente (n.m. 217). Es necesario reconocer que aquí se manifiesta algo de «judicial restraint» que en la sentencia es infrecuente. Resulta cuestionable, sin embargo, la tesis (n.m. 180), por la que no se excluye que se pueda invocar una lesión del artículo 146 LF en relación con los derechos fundamentales y derechos equivalentes a los derechos fundamentales mencionados en el 93.1 núm. 4a LF en este caso del artículo 38.1, frase 1 LF. Este (obiter?) dictum va realmente demasiado lejos.

Las primeras reseñas de prensa en relación con las reacciones de los medios de comunicación a la sentencia se pueden resumir con la expresión: «sí, pero»³³ y también se mostraron satisfechas las instancias políti-

³⁰ Cfr., con carácter general: A. V. BOGDANDY, «Europäische Prinzipienlehre», en A. V. BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 149 y ss. Cfr. también nota 106.

³¹ Cfr. P. HÄBERLE, «Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat - eine vergleichende Textstufenanalyse», *AöR* 112 (1987), pp. 54 y ss.

³² Cfr. en la doctrina: P. HÄBERLE, «Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung», *JöR* 47 (1999), p. 149 (154 y ss.). En la literatura científica suiza: U. HÄFELIN/W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl. 2005, pp. 511 y ss.

³³ Cfr., *Rheinischer Merkur* 27/2009, p. 3.

cas, en particular en Alemania, pero también, por de pronto, en Bruselas (!) de tal manera que todos los participantes se vieron básicamente como «vencedores», para los juristas sin embargo, tras un estudio detallado y desde la distancia temporal de la ciencia, la sentencia ofrece poca luz y muchas sombras. También los políticos reaccionaron desde principios de agosto de 2009 de una manera cada vez más crítica.

(3) «Sobre las primeras consecuencias y efectos de la sentencia»: ante todo, se debe reconocer abiertamente un efecto de «pacificación», que la sentencia conlleva y que se origina en gran medida gracias a una alta disposición del tribunal al compromiso, digna de todo elogio, como se evidencia por la ausencia de votos particulares (lo que ciertamente, tiene su precio) y sólo un voto no favorable a la fundamentación de la sentencia (presumiblemente el de la Magistrada G. Lübbe-Wolff)³⁴. Sin embargo, al Parlamento alemán se le impusieron deberes en relación con la exigida «Ley complementaria»³⁵. El Presidente francés N. Sarkozy estuvo algunas semanas molesto, sobre todo porque también la CSU de Baviera quería poner algunas dificultades (visita de Estado del Ministropresidente H. Seehofer a París a final de julio de 2009). Una mirada a las leyes complementarias o de acompañamiento ya existentes en los Estados miembros, desde una perspectiva constitucional y comparativa nos muestra una gran diversidad³⁶: Así, Austria «vincula» a su gobierno nacional de manera intensa a las directrices del Parlamento (cfr. art. 23d, e y f de la Constitución Federal austriaca); otros países no han optado por la formulación de un mandato imperativo sino que dan a sus gobiernos el necesario margen de maniobra en materia de política europea. Completamente diferente es Dinamarca donde, como en pocos otros países de la UE, la influencia del Parlamento en

³⁴ Cfr. G. LÜBBE-WOLFF, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL* 60 (2001), pp. 246 y ss. El (desconocido) voto negativo debería haberse articulado como voto particular. Esto habría podido ser enriquecedor, como ha ocurrido a menudo en la historia del TCF a corto y a medio plazo, para todos los participantes.

³⁵ Como ya ocurrió en la sentencia sobre la Euroorden: BVerfG E 113, 273 (pp. 299 y ss.).

³⁶ Cfr. la regulación constitucional, por ejemplo, en el art. 29.4 números 3 a 11 de la Constitución de Irlanda; capítulo 10 § 6 de la Constitución de Suecia.

la política europea es muy grande. El «Folketing» vigila con celo la defensa de su soberanía. Todas las actividades europeas tienen que contar con el acuerdo de la comisión europea del Parlamento, que «mantiene una actitud vigilante meticulosa sobre el gobierno»³⁷. Para Alemania es muy aconsejable que la ley complementaria intente conseguir un «equilibrio»³⁸ entre el irrenunciable margen de maniobra en política europea del gobierno, que «también» tiene, por su parte, una «responsabilidad sobre la integración», y el parlamentario del Bundestag, así como el del Bundesrat. Se podría pensar en la afortunada idea de una responsabilidad «mancomunada» sobre la integración³⁹. Ante todo, ¡también el TCF tiene su «propia» «responsabilidad sobre la integración»!

La Ley complementaria o de acompañamiento se aproxima en su contenido y su función jurídica a lo que en otras constituciones de Estados miembros se conoce como «ley orgánica»⁴⁰ o «ley marco». Este tipo de legislación (n.m. 420) requiere todavía de profundización teórica⁴¹. El pro-

³⁷ Así, S. THIELBEER, «Die Einflussreichen», *FAZ* de 3 de julio de 2009, p. 10.

³⁸ Esto es tanto más necesario si, como sugiere el *FAZ* de 1 de agosto de 2009, p. 2 P. Gauweiler (CSU) tiene ya preparado su próximo recurso en un cajón. Cfr. W. SCHMIESE, *ibidem: en Karlsruhe se puede ver de nuevo como no se permite ni una sola vez la chapuza en la aplicación del Tratado de Lisboa*.

³⁹ Cfr. E. FRIESENHAHN, «Parlament und Regierung», *VVDStRL* 16 (1958), p. 9 (38): «en cierta medida, la dirección del Estado corresponde, sin embargo, al Gobierno y al Parlamento conjuntamente».

⁴⁰ Cfr. P. HÄBERLE, *VVDStRL* 61 (2002), p. 185 (186).

⁴¹ En Berlín comenzaron a principios de agosto las arduas discusiones sobre la Ley complementaria (*FAZ* de 6 de agosto de 2009, p. 4: «el miedo a la metedura de pata»). Todas las partes quieren salvar la cara. Después de que el TCF haya declarado inconstitucional el proyecto existente de Ley de acompañamiento en sus elementos esenciales, no se puede incurrir otra vez en inconstitucionalidad. De algunos Länder como Hesse se han aportado propuestas concretas de formulación. Las opiniones están bastante encontradas. El Ministro de Justicia y de asuntos europeos de Hesse quiere una exhaustiva ordenación de los derechos de participación del Bundesrat y del Bundesag con una considerable equiparación de ambos. Otro miembro del Bundesrat quiere establecer incluso una exclusiva competencia del Bundesrat (*FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 4), Hesse promueve incluso una comisión propia sobre Europa de los Länder (*FAZ* de 10 de julio de 2009, p. 4).

yecto de ley de responsabilidad sobre la integración realiza un buen trabajo de diferenciación en el parágrafo § 10 relativo a los diversos tipos de facultades legislativas o en materia de información (§ 12). El gobierno federal sigue teniendo capacidad de maniobra.

(4) Unas últimas palabras sobre el método y la forma de citar. Es conocida la clásica frase del gran Magistrado del TCF K. Hesse: No podemos dedicarnos a discusiones abstractas de carácter metodológico, debemos concentrarnos, tan pronto como sea posible en el asunto [Cfr. su voto particular en VVDStRL 33 (1981), p. 208]⁴². En la sentencia Lisboa se puede aventurar ciertamente que el Tribunal ha reflexionado de manera intensa sobre el método. En todo caso, resulta digno de elogio que haya atendido tanto al Derecho comparado (n.m. 268-270)⁴³. Teniendo en cuenta los planteamientos del autor de este trabajo sobre la «Tríada» de la comparación en materia de textos, jurisprudencia y teorías científicas, es de resaltar que el TCF ha hecho referencia en reiteradas ocasiones a sentencias de otros tribunales tales como el TEDH, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al Consejo Constitucional francés y al Tribunal Constitucional de la República Checa así como a la doctrina extranjera, por ejemplo autores ingleses, españoles y franceses, además de a la Constitución Francesa vigente (n.m. 403). Este «diálogo jurídico común europeo» nunca será suficientemente valorado, especialmente en el ámbito científico atendiendo a la necesidad de cooperación y también de concurrencia entre los tribunales constitucionales europeos⁴⁴ [En la sentencia Lisboa falta, sin embargo, algo de la llamada, en E 89, 155

⁴² De manera aun más clara, K. HESSE en la entrevista realizada por C. LANDA (cit. en *JöR* 57 (2009), p. 548): «en mi Sala, en los 12 años en los que fui magistrado constitucional, no se habló ni una sola vez de la cuestión del método».

⁴³ En la n.m. 286 se encuentra también una perspectiva comparada en relación con los «Estados federales»; en la n.m. 269 igualmente en relación con el «sistema presidencialista».

⁴⁴ Cfr. en la última doctrina: FERDINAND KIRCHHOF, «Die Kooperation zwischen BVerfG und EuGH – Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes?», *FS Herzog*, 2009, pp. 155 y ss.; U. STEINER, «Zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EGMR», *FS Bethge*, 2009, pp. 653 y ss. –Como preludeo titulaba casi agorero el *FAZ* de 21 de febrero de 2009, p. 8: «Ningún remedio contra Karlsruhe».

(LD 7, al final) relación de cooperación «con el Tribunal de Justicia de la UE]. Ciertamente, el tribunal ha rechazado, lamentablemente, una «comparación histórica» en materia de ciudadanía europea, en relación con el desarrollo de los Estados Federales (n.m. 347).

La práctica de citas del TCFA ha sido criticada con frecuencia desde hace años⁴⁵. Resulta llamativo que el TCFA no cite a una serie de autores de Derecho europeo que desde hace años investigan de manera pionera en materia de Derecho Constitucional Europeo y que se sitúan en vanguardia. Se mencionan sólo los nombres de J. Schwarze⁴⁶, M. Zuleeg⁴⁷, J.A. Frowein⁴⁸, A. von Bogdandy⁴⁹ (al menos se le concede a T. Oppermann el honor de ser citado reiteradamente). Esto se produce en el contexto del alto rango concedido a la vieja ideología de la soberanía que el tribunal utiliza por doquier (v. sobre esto, más adelante, el apartado 2). Inusual es también la casi degradante referencia a un artículo del representante del Parlamento Alemán en el proceso constitucional I. Pernice, (n.m. 33) «uno de los principales especialistas en Derecho europeo» de su generación (H.-

⁴⁵ Cfr. en la doctrina: P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 28 y ss.; del mismo autor: «Verantwortung und Wahrheitsliebe im verfassungsjuristischen Zitierwesen», *FS Schmitt Glaeser*, 2003, pp. 395 y ss. Recientemente, M. JESTAEDT: «Autorität und Zitat, Anmerkungen zur Zitierpraxis des BverfG», *FS Bethge*, 2009, pp. 513 y ss.

⁴⁶ Cfr. J. SCHWARZE (Hrsg.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000.

⁴⁷ Cfr. M. ZULEEG, «The European constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario» (1997) 22 *ELRev.*, pp. 11 y ss.; del mismo autor, «Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte», *EuGRZ* 2000, p. 511 y ss. Cfr. también el trabajo conjunto de M. ZULEEG Y R. SCHULZE, 2005 (hrsg.) *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*. Últimamente M. ZULEEG en: A. VON BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *ob. cit.*: «Die Vorzüge der Europäischen Verfassung», pp. 1045 y ss.

⁴⁸ Cfr., recientemente J. ABR. FROWEIN, «50 Jahre Römische Verträge». en: C. WALTER/R. SCHULZE (Hrsg.), *50 Jahre Römische Verträge*, 2008, pp. 43 y ss.

⁴⁹ Cfr. A. V. BOGDANDY, «Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik», *JZ* 2005, pp. 529 y ss.; últimamente, del mismo autor, «Grundprinzipien», en: A. V. BOGDANDY /J. BAST (Hrsg.), *ob. cit.* pp. 13 y ss.

U. Everling). Resulta incluso cuestionable si un tribunal debe citar como tal la previa obra científica de los representantes procesales en el curso del proceso. Por otra parte, una larga cadena de citas propias podría reforzar, de manera convincente, el concepto de «internacionalismo» o apertura al derecho internacional de la Ley Fundamental (n.m. 219, también n.m. 225: «internacionalismo» y «europeísmo» o apertura al derecho internacional y europeo, v. también n.m. 340) sobre el que cabe plantearse si se lo han tomado realmente en serio.

Una palabra sobre el estilo lingüístico de la sentencia: es en cierto modo doctrinal, apodíctico, casi dogmático, en su mayor parte negativo y defensivo. Pensemos en los pasajes: «El Tratado de Lisboa no conduce a un nuevo nivel de desarrollo de la democracia» (n.m. 295) o (en relación con el Parlamento Europeo): (no es) «ningún órgano representativo de un pueblo europeo soberano» o «el principio democrático no es susceptible de ponderación» (n.m. 216) así como: ninguna renuncia «a la soberanía que reside en última instancia en la Constitución alemana» (n.m. 340). Sin embargo, lo cierto es que «no todo el poder del Estado procede del pueblo» (D. Sternberger). También el artículo 1 LF está por encima del principio democrático. La dignidad de la persona es la «premisa» antropológica y cultural del Estado constitucional y la democracia una «consecuencia» organizativa. Por lo demás, en una «sociedad abierta» no hay una «última instancia»⁵⁰.

Un importante aspecto positivo se encuentra en la formulación del concepto de «responsabilidad sobre la integración» (LD 2a y b, n.m. 240, 243, 245, 320). Este concepto supone un afortunado enriquecimiento doctrinal para el Derecho europeo precedente. De manera acertada, la sentencia habla también de «europeísmo» o apertura al derecho europeo (LD 4 frase 3, n.m. 340), de la manera en que la Literatura científica ha demandado des-

⁵⁰ Es conmovedora la carta de un discípulo de G. Leibholz: G. J. SIEGER, *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 32. Cita el Informe de G. LEIBHOLZ (1963) sobre el TCF: «El TCF no está dotado de *suprema potestas*» («Der Status des Bundesverfassungsgericht», en: *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, pp. 8 y ss.);cfr. también *JöR* 6 (1957), pp. 110 y ss.

de hace tiempo⁵¹ también en otros Estados europeos se manifiesta la apertura al derecho europeo por medio de su «derecho constitucional europeo nacional»⁵². También nos podemos alegrar de que aparezca en algún momento la idea de «vinculación federal» (n.m. 368). No se encuentra precisamente en la conclusión del juicio, que se distancia de la idea federal en relación con la UE y remite como límite absoluto al artículo 79.3 y al correspondiente artículo 146 LF. La cuestión es si detrás de estas ocasionales referencias a un espíritu completamente diferente no se esconde una amplia controversia en el seno del tribunal orientada al compromiso para obtener una posible unanimidad ¿no pudo ser que alguno de los jueces tocara aquí y allá la marmórea y estática imagen estatalista del ponente?

Tan llamativa y ocasionalmente cuestionable es la inusual extensión de las dos sentencias relativas a los Tratados UE que se puede hablar una vez más, en relación a algunos pasajes, de una formulación similar a un trabajo de habilitación⁵³ (la «primera» sentencia Maastricht fue un poco más breve) al tiempo que es preciso reconocer que el TCF por primera vez ha perfilado de una manera detallada las «tareas estatales». Esto se produce, sin embargo, en relación con el concepto de soberanía y no desde la profundidad de la Constitución como modelo y con el ejemplo específico de la Ley Fundamental. Una teoría constitucional de los cometidos del Estado ha sido propuesta hace décadas, ante todo, desde una perspectiva comparada⁵⁴. No fue concebida entonces, sin embargo, desde la antigua dogmática de la soberanía sino propuesta desde el plano constitucional. En verdad, se enumeran ahora importantes tareas como la ciudadanía, la defensa,

⁵¹ Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl. 2009, p. 5; 1. Aufl. 2000/01, p. 4.

⁵² Ejemplos: art. 7.6 de la Constitución de Portugal de 1976/2004; art. 7.2 de la Constitución de Eslovenia de 1992/2002; art. 28.2 y 3 de la Constitución de Grecia de 1975; Capítulo 10 § 5 de la Constitución de Suecia de 1975/2003.

⁵³ Cfr. mi crítica en: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 33 y s., 44 (párrafos «épicos», «barrocos» y similares a trabajos monográficos).

⁵⁴ Cfr. P. HÄBERLE, «Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre», *AöR* 111 (1986), pp. 595 y ss.; cfr. también, desde un planteamiento diferente: J. ISENSEE, *HStR* III (1988), § 57: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat».

la justicia penal, la ordenación lingüística⁵⁵, la configuración de las relaciones familiares y educativas, la regulación de las libertades de reunión, de prensa y de opinión o el tratamiento de las confesiones religiosas o de las posiciones ideológicas (n.m. 249); pero esto no se hace desde el nivel constitucional sino de manera más bien retrospectiva desde la vieja teoría de la soberanía y la correspondiente «teoría general del Estado» ya obsoleta⁵⁶. Habría sido fácil apelar al texto de la Ley Fundamental: acaso a los derechos fundamentales como los artículos 6 y 4 o, de acuerdo con un entendimiento positivo de las competencias (H. Ehmke), a los arts. 74.1.1 o 95.1 LF en materia de derecho penal (sobre esto, en detalle: v. sobre el derecho penal: n.m. 366 - 367). En todo caso, el TCF apela al principio de Estado social (n.m. 257) y deriva de él un afortunado puente con el artículo 1.1 LF (n.m. 259: tarea estatal de la procura existencial del individuo). También fortalece su reconocimiento ya existente de antiguo de que, en correspondencia última con el art. 1.1 LF, la pena presupone la culpabilidad (n.m. 364). Además se puede leer con los ojos de una «teoría de la constitución como ciencia de la cultura» (1982) el pasaje (n.m. 260) de «espacio cultural propio» y de «raíces culturales» así como del espacio para la configuración de «condiciones de vida culturales y sociales» y de determinaciones «que están orientadas de manera especial a precomprensiones culturales, históricas y lingüísticas» (n.m. 249). Éstos son nuevos tonos en Karlsruhe aunque sean ya antiguos en la ciencia jurídica⁵⁷. Ciertamente

⁵⁵ El Estado Constitucional no «dispone» sobre el lenguaje de sus ciudadanos. Corresponde conformarlo al pueblo en su conjunto y en particular a los poetas y escritores, también a los autores científicos y, no en último lugar, a los ciudadanos en su vida cotidiana.

⁵⁶ Unos apuntes estructurados de un modo algo heterogéno, que abordan desde el monopolio de la fuerza en el derecho penal y las decisiones fundamentales de carácter fiscal, hasta la formación de las condiciones de vida propias del Estado social así como decisiones especialmente significativas desde el punto de vista cultural acaso en el Derecho de familia o el sistema educativo o sobre la relación con las comunidades religiosas, se pueden encontrar en las n.m. 252 a 260.

⁵⁷ Sobre la «cultura de la libertad»: P. HÄBERLE, «Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus», *Die Verwaltung* 24 (1991), p. 169 (184); del mismo autor, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 630 y ss.: «libertad por la cultura».

habría sido aquí de ayuda una referencia a los textos del Derecho constitucional de la Unión Europea (por ejemplo, a los arts. 165 y 167 TFUE y los correspondientes textos precedentes, también al derecho constitucional cultural común europeo). La ciencia del derecho constitucional es una ciencia de textos jurídicos y culturales.

Resulta «positivo», que el TCF haya puesto una señal de «Stop» contra las a menudo criticada ínfulas de Bruselas⁵⁸; también podría haber puesto de manifiesto que el Tribunal de Justicia de la UE ha sobrepasado sus competencias en la sentencia Mangold [es de saludar el buen concepto de «acto jurídico infractor» («ausbrechenden Rechtsaktes» LD 4, frase 1, cfr. ya E 89, 155 (188) que podría ser aquí pertinente]⁵⁹. También es de saludar que se haya dado el «alto» contra la furtiva ampliación de competencias de la UE a través de las «cláusulas pasarela» (esto es, por medio de las distintas formas de revisión) (al respecto, en detalle, n.m. 315-321, n.m. 413-416). Lo mismo cabe decir respecto de los excelentes pasajes sobre el «ejército parlamentario» alemán (n.m. 254).

2.3. Aspectos negativos

Abrimos ahora la parte relativa a las no pocas sombras de la muy prolija sentencia.

(1) La concepción del «Estado» y de la «soberanía» (cfr. n.m. 223)⁶⁰ es una actualización y una petrificación de la muy criticada sentencia

⁵⁸ Cfr. N. NETTESHEIM, cit. por *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6.

⁵⁹ Hay además un Dictamen jurídico que requiere al TCF la fijación de límites: *FAZ* de 8 de julio de 2009, p. 11: «Karlsruhe puede detener al Tribunal de Justicia». En la misma dirección apunta J.-H. BAUER, «Europäischer Gerichtshof auf Abwegen», *FAZ* de 18 de febrero de 2009, p. 10.

⁶⁰ De hecho, el tribunal utiliza el concepto «soberano» 33 veces (así lo expone de manera crítica C.O. LENZ, *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7). No se encuentra una argumentación intensiva que se enfrente al debate sobre la soberanía desarrollado en el ámbito del Derecho internacional, tan innovador como intenso. La transformación del concepto tradicional de soberanía apenas si se tiene en cuenta: M. KOTZUR,

Maastricht (BVerfG E 89, 155). El tribunal simplemente no ha tomado en consideración el debate doctrinal de décadas sobre la transformación del concepto de soberanía⁶¹. El TCF habla de una asociación de «Estados soberanos» («salvaguardia de la soberanía», n.m. 248). Se olvida aquí el postulado europeísmo y la apertura a la integración (por ejemplo, n.m. 221, 225, 248, 340). El tribunal se refiere expresamente de manera reiterada a los Estados nacionales como «señores de los Tratados» (por ejemplo, n.m.

«Sovereignty and the European Federal Constitution – New Perspectives on Sovereignty in a Multilevel Scheme of Constitutionalism», en: *The Federalist* Nr. 2, 2008, pp. 131 y ss.; del mismo autor, «Souveränitätsperspektiven - entwicklungsgeschichtlich, verfassungsstaatlich, staatenübergreifend», *JöR* 52 (2004), pp. 198 y ss.; U. HALTERN, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; P. W. KAHN, «The Question of Sovereignty», *Stanford Journal of International Law* 40 (2004), pp. 259 y ss.; J. KOKOTT, «Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht», *ZaöRV* 64 (2004), pp. 517 y ss.; B. FASSBENDER, «Sovereignty and Constitutionalism in International Law», en: N. WALKER (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, pp. 115 y ss.; A. SCHMITT GLAESER, «Souveränität und Vorrang», en: A. V. BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 205 y ss.; N. MACCORMICK, «On Sovereignty and Post-Sovereignty», en: del mismo autor, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, pp. 123 y ss.; S. KRASNER, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, 1999; G. AGAMBEN, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, 1998; fundamental para una comprensión instrumental, basada en los derechos humanos y limitada de la soberanía: J.P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte - dargestellt am Beispiel von Einwirkungen des internationalen Menschenrechtsschutzes auf die schweizerischen Rechtsordnung», en: *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45 y ss.; M. W. HEBEISEN, *Souveränität in Frage gestellt*, 1995; F. HINSLEY, *Sovereignty*, 1986.

⁶¹ En la doctrina: W. V. SIMSON, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, 1965; cfr. también mi comentario en *AöR* 92 (1967), pp. 259 y ss.; J.P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», *Kolloquium Wildhaber*, 1997, pp. 45 y ss. T. OPPERMAN advierte al juez constitucional, con razón (en una carta al *FAZ*: «Staatliche Souveränität und der Lissabon-Vertrag»: *FAZ* de 27 de febrero de 2009, p. 9) acerca de enfatizar con exceso la soberanía estatal, planteando si la Asamblea Nacional francesa o la cámara baja británica han renunciado a la soberanía de Inglaterra o de Francia a favor de Bruselas por haber dado su conformidad al Tratado de Lisboa.

271, 298, 334)⁶² y se atribuye a sí mismo, además, ¡la condición de señor del Derecho constitucional de la UE! Desde la perspectiva del Derecho constitucional europeo, de las otras comunidades científicas y del espacio público europeo en su conjunto, este planteamiento introvertido alemán no es admisible. Si no fuera impropio, podríamos preguntarnos por qué el TCF no ha querido «aprender» de las múltiples críticas a su sentencia Maastricht I⁶³, o para decirlo de manera amable: no ha querido «aceptar» nada. El tribunal habría podido aprovechar para hacer valer la Europa unida interiormente desde la «razón constitucional» (A. Arndt), no desde la «razón estatal» de Alemania. En la UE no se une a los Estados sino a los pueblos de Europa («unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa»: art. 1, párrafo 2 TUE). Con razón criticaba C.O. Lenz⁶⁴: «mientras que (el concepto de) soberanía no se menciona en la Ley Fundamental y podría ser sustituido en cuanto derecho dispositivo, el TCF lo convierte, sin embargo en parte integrante del concepto de democracia y lo sitúa así bajo la protección de las cláusulas de intangibilidad de la Constitución, de tal manera que ni siquiera el poder de reforma de la Constitución podría declarar la incorporación a un Estado federal europeo». En los «objetivos del Preámbulo» no se percibe, en absoluto, la concepción de la soberanía del tribunal (Cfr., sin embargo, n.m. 223). Una reflexión sobre la «estatalidad abierta» de K. Vogel (1964) habría sido de ayuda.

Otros aspectos negativos pueden ser mencionados. Por un lado, el TCF trabaja con un concepto de Estado preconstitucional⁶⁵. Esto se evidencia en el pasaje relativo a la inadmisibles «limitación de la estatalidad presu-

⁶² En la n.m. 247 al final, el poder constituyente y la soberanía estatal se yuxtaponen simplemente.

⁶³ Cfr. J.A. FROWEIN, «Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *ZaöRV* 54 (1994), p. 1 y ss.; J. SCHWARZE, «Europapolitik unter deutschen Verfassungsrichtervorbehalt», *NJ* 1994, pp. 1 y ss.; del mismo autor, «Das Kooperationsverhältnis des BVerfG mit dem EuGH», *FS BVerfG*, Bd. I, 2001, p. 224 (229 y ss.).

⁶⁴ «Ausbrechender Rechtsakt», *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7.

⁶⁵ Representativo de esa «escuela»: J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», *HStRI* I (1987), § 13, n.m. 41: «El Estado como tipo fundamental fenomenológico preconstitucional».

puesta (?) y protegida por la Ley Fundamental» (n.m. 375), «la Ley Fundamental no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania sino que también la garantiza» (n.m. 216). El Tribunal no ha tomado nota, de manera perceptible, de la controversia tanto tiempo desarrollada en la doctrina sobre esta temática. Baste recordar las tesis de R. Smend y A. Arndt en los años 50 y 60: sólo hay tanto Estado como la Constitución determine. Su exactitud será confirmada por los desarrollos textuales creativos del Preámbulo de la Constitución de Brandeburgo (1992): «Las ciudadanas y los ciudadanos del Land nos damos esta Constitución». Pensar en Estado antes de la Constitución es hoy, por referencia al Estado nacional, tan falso como incorrecto si nos referimos a la UE, en cuanto se trata de una comunidad «análoga al Estado» o «prefederal» que se puede definir en términos de «federación constitucional» o «constitución compuesta» (I. Pernice), «orden fundamental» (D. Tsatsos) o «comunidad constitucional» (el autor de este trabajo). El tribunal desecha todos esos intentos de descripción de la estructura europea como comunidad política «sui generis» que se han hecho conocidos en el resto de Europa. Quizás se ha dejado llevar demasiado por el debate sobre la «estatalidad» planteado por el recurrente (la UE como un «cuasi-Estado», «desestatalización de Alemania», «liquidación de las facultades inherentes al Estado») Lo mismo podría decirse de los representantes procesales del Gobierno federal y del Parlamento⁶⁶.

Por otra parte, el tribunal maneja reiteradamente fragmentos de una tradicional, más o menos «general» pero desde luego muy «alemana» teoría del Estado». Esto se evidencia en su recurso al gran clásico G. Jellinek en referencia al territorio estatal. El TCF no extrae, de ningún modo, consecuencias constitucionales del hecho de que desde la implantación de la zona Euro y del espacio Schengen el territorio estatal ha quedado relativizado [v. por el contrario: «un poder estatal referido a un territorio (cfr. Jellinek...) subsiste inalterado más allá de las transformaciones de las relaciones de movilidad transfronterizas» (n.m. 344)] así como «el territorio estatal ale-

⁶⁶ Así, el representante del gobierno federal C. Tomuschat utilizó en la vista oral el engañoso concepto de «Souveränitätsschonung» (consideración o trato debido a la soberanía) (cito por *FAZ* de 11 de febrero de 2009, p. 5).

mán sigue estando asignado sólo a la República Federal de Alemania como sujeto jurídico» (n.m. 298). En mi opinión, por el contrario, los Estados miembros de la UE ya no son países «extranjeros» entre ellos⁶⁷, son del interior, del mismo modo que con autores como A. Grosser debemos considerar a la política europea como «política interna» desde hace tiempo. El esquema interior/exterior está ya superado en la Europa de la UE. Los restos de la teoría tradicional del Estado no sirven ya para la comprensión de la UE. Que G. Jellinek sigue siendo grande como un «gigante» no se somete a discusión. Pero también los enanos pueden sobre sus hombros ver un poco más lejos.

(2) La «concepción de la democracia»⁶⁸ de la sentencia se concentra unilateralmente en la «democracia representativa» (como también un desafortunado pasaje de la Carta de París (1990): «representativa en su esencia»). Tenemos que recordar también la tesis discutible aunque con sustento doctrinal por la que la democracia representativa es la «auténtica»⁶⁹ (cfr. el pasaje: «ese núcleo estable puede ser complementado a través de consultas plebiscitarias en cuestiones concretas», n.m. 270). Más bien incidentalmente, en todo caso no de manera constante, se hace referencia al efecto «complementario» de elementos de democracia participativa en el tratado de Lisboa (n.m. 272, 290, 295). Se olvida al respecto que muchos proyectos constitucionales de la UE han incorporado formas de de-

⁶⁷ Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl. 2009, p. 36 y ss., 199, 221, 358. Cfr. también, para la cuestión específica del art. 19.3 GG: M. KOTZUR, «Der Begriff der inländischen juristischen Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG im Kontext der EU», *DÖV* 2001, pp. 192 y ss.

⁶⁸ Una valoración diferente en P. KIRCHHOF: «La nueva ley complementaria sobre el Tratado de Lisboa debe ser exigente. Si la UE se convirtiera en un Estado, Alemania tendría que renunciar a su ulterior colaboración», *FAZ* de 4 de julio de 2009, p. 12.

⁶⁹ Así las tesis de E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie», precisamente en los escritos en homenaje a *Eichenberger* publicados en Suiza en 1982, pp. 301 y ss., si bien Suiza practica lo más cercano al modelo ideal de la «democracia directa». Cfr. en sentido crítico P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 87, 624.

mocracia directa que suponen un nivel textual elevado⁷⁰ (también en los nuevos Länder alemanes han aumentado los mecanismos de democracia directa). Una mirada comparativa a Suiza y su democracia semidirecta practicada con orgullo en el nivel de los cantones y de la federación habría servido para una mejor comprensión de esta cuestión (palabras clave: «derechos del pueblo»). Allí el monismo parlamentario no sólo «se complementa» con fuertes elementos plebiscitarios (como se afirma de manera incorrecta en n.m. 269). En cualquier caso, la sentencia dice que la democracia de la UE se acerca realmente a un «modelo estatal federalizado» (n.m. 288). Podemos recordar también el texto clásico de W. Hallstein: «El Estado federal inacabado» (1969).

(3) Debe reconocerse que el TCF, por así decirlo, le ha recordado al Parlamento alemán sus obligaciones «prescribiéndole un reforzamiento adicional»⁷¹ y formulándole también sugerencias para mejorar la ley complementaria, al tiempo que hay que lamentar que el TCF no haya apreciado el parlamentarismo al nivel de la UE y no haya reconocido el alto y meritorio valor que tiene acreditado tanto en Estrasburgo como en Bruselas⁷². Ni sobre el Parlamento europeo ni por referencia al espacio público europeo se puede transmitir ese planteamiento. Probablemente los profesores de derecho europeo piensan en términos de «extranjero» y en ese sentido la «segunda» sentencia Maastricht de 30 de junio de 2009 es «muy alemana»⁷³.

⁷⁰ Referencias en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, desde la 4.ª edición de 2006, p. 612, 615 y pássim. También es de interés la obra editada por H. BAUER/P. M. HUBER/K.-P. SOMMERMAN, *Demokratie in Europa*, 2005. Con una perspectiva de derecho internacional: A. V. BOGDANDY, «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts - eine Bestandsaufnahme», *ZaöRV* 63 (2003), pp. 853 y ss.

⁷¹ R. STREINZ, *NJW-Editorial* Heft 30/2009.

⁷² En cualquier caso, se dice en la n.m. 271: «El Parlamento Europeo es, en cuanto órgano representativo de los pueblos elegido directamente por los ciudadanos de la Unión, una fuente adicional y autónoma de legitimación democrática» [cfr. BVerfGE 89, 155 (184 y s.)].

⁷³ En sentido similar, entrevista a C. CALLIES, *NJW aktuell*, Heft 30/2009, p. XVI. C. CALLIES plantea incluso la cuestión de la aptitud europea de Alemania (*FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6).

(4) El carácter tradicional y centrado en el Estado, el concepto de democracia del TCF que le impide reconocer el desarrollo progresivo de la democracia europea y su visión del denominado «déficit» democrático en el nivel europeo (n.m. 289, 293) elude también que la democracia en el nivel de desarrollo actual de la comunidad política constitucional presta siempre atención a la protección de las minorías. Por eso hay que aceptar, incluso que saludar, que pequeñas naciones con una población reducida como Malta o Luxemburgo, en comparación con Alemania como nación más grande de la UE, ponderen su peso en el Parlamento europeo de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado de Lisboa (en el Bundesrat alemán los Länder más pequeños tienen menos votos que los grandes, pero el peso electoral de los ciudadanos en los Länder más pequeños está también sobrerrepresentado)⁷⁴. Podemos citar aquí un texto clásico de un autor nada menor como Friedrich Schiller que el autor de este trabajo ya mencionara en 1977 en su recensión de la monografía de U. Scheuner sobre el principio de la mayoría (1973)⁷⁵. Un texto que, desde las posiciones del Idealismo alemán, quizás ha influido en los clásicos de Weimar: el pasaje sobre contar y ponderar sigue siendo significativo. F. Schiller escribe en «Demetrius»:

«¿Que es la mayoría?, mayoría es un sinsentido
 El buen juicio se sitúa siempre del lado de los pocos
 ¿Se preocupa ella del bien de todos y de quien nada posee?
 ¿Tiene el mendigo elección o libertad?
 A los poderosos que le pagan
 Su voz tiene que vender por pan y calzado
 Es preciso ponderar los votos y no contarlos
 Tarde o temprano el Estado terminará hundiéndose
 Donde la mayoría triunfa y la insensatez decide»

⁷⁴ Cfr. también la referencia en C.O. LENZ, *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7.

⁷⁵ «Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung», *JZ* 1977, pp. 241 y ss.

Bien podríamos decir que el Tratado de Lisboa en el espíritu de una «Europa plural» en materia de distribución de los votos, ha «ponderado» y no «contado» a los pequeños Estados en relación con los grandes (también puede recordarse la sensata «doble mayoría» en el Tratado de Lisboa que impide el dominio de los grandes sobre los pequeños: art. 16.4 TUE, desde el 1 de noviembre de 2014)⁷⁶. Por lo demás el tribunal infravalora que el Tratado de Lisboa, como cada revisión de los Tratados desde décadas, aporta de manera gradual, «más democracia»⁷⁷. Baste recordar el fortalecimiento del Parlamento europeo en la legislación europea por medio del procedimiento de codecisión, el control del Presupuesto, la elección del Presidente de la Comisión y su intervención en el nombramiento de la Comisión, como también la iniciativa legislativa popular. A todo ello hay que añadir el fortalecimiento del papel de los parlamentos nacionales, que se convierten en guardianes del reparto competencial y, por ejemplo, gracias a la introducción del «mecanismo de alerta temprana» pueden intervenir en el control del principio de subsidiariedad (sobre este punto, n.m. 37, 305) defendiendo y fortaleciendo así su propia «soberanía parlamentaria» y la democracia en el ámbito estatal. El Tratado de Lisboa va acompañado de una parlamentarización adicional del proceso de integración europeo, de manera que el Parlamento de la UE no es un Parlamento «de segunda clase» (W. Schäuble). Con el aumento de la participación del Parlamento europeo podemos pensar también en la formación futura de partidos de dimensión europea (I. Pernice). El afortunado concepto de «responsabilidad sobre la integración» no debe concebirse sólo por lo que respecta a Alemania sino que debe aplicarse también a todos los órganos existentes en la

⁷⁶ Con otro planeamiento, de manera incorrecta, H.-W. SINN: «Die nicht gleichheitsgerechte Union», *FAZ* de 8 de julio de 2009, p. 10, que coincide con la sentencia Lisboa en tanto caracteriza al Parlamento Europeo como «no elegido de acuerdo con el principio de igualdad».

⁷⁷ Cfr. también C. CALLIES, *ob. cit.*, p. XIV. El Magistrado Mellinshoff habló en la vista oral de un avance significativo en el marco de la democracia federal gracias a «la incorporación de los parlamentos nacionales» (cito por el excelente informe sobre la vista oral del TCF elaborado por U. KARPENSTEIN/S. NEIDHARDT para el bufete jurídico Redeker, 2009, p. 7).

UE. Además, debe tenerse en cuenta que ¡el TCF tiene también responsabilidad sobre la integración! Es discutible el modo en que el tribunal niega al Parlamento Europeo su legitimidad democrática apelando al principio de igualdad⁷⁸. El TCF ha juzgado de manera distante⁷⁹ al Parlamento Europeo, cuando menos infravalorándolo mucho (cfr. n.m. 280: «El Parlamento Europeo ... no es un órgano representativo de un pueblo europeo soberano»; n.m. 281: «no existe una soberanía popular independiente de la totalidad de la ciudadanía de la Unión»).

(5) La minusvaloración de la ciudadanía de la Unión (n.m. 347 bis 350)⁸⁰ merece igualmente una crítica. En verdad el TCF cita una serie de decisiones pertinentes del Tribunal de Justicia de la UE que toman en serio la ciudadanía de la Unión (n.m. 350), pero de ellas no deduce que la ciudadanía de la Unión sea expresión de la tantas veces mencionada «Europa de los ciudadanos» y que de ningún modo debe entenderse como un concepto meramente platónico (hay que recordar también los derechos electorales para los «extranjeros» ciudadanos de la UE en las elecciones locales: por ejemplo, art. 28.1, frase 3 LF). El TCF cita la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE en materia de identidad social europea y participación de la ciudadanía de la Unión en los correspondientes sistemas sociales de los Estados miembros (n.m. 395) y habla incluso del «núcleo» de una solidaridad europea, pero todo eso sin mucha convicción⁸¹. El tribunal casi llega a borrar expresamente el «modelo ideal» de la «Eu-

⁷⁸ Crítico también contra la sentencia Lisboa, R. BIEBER, *SZ* de 20 de julio de 2009, p. 3, en tanto pone en cuestión la cualidad democrática del Parlamento Europeo. También el ex Ministropresidente E. Stoiber, *SZ* de 1-2 de agosto de 2009, p. 6.

⁷⁹ Así, con razón C. MÖLLERS, *FAZ* de 16 de julio de 2009, p. 27.

⁸⁰ En la literatura científica, cfr. C. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger*, 2005; S. KADELBACH, en: A. V. BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *ob. cit.*, «Unionsbürgerschaft», pp. 611 y ss. Con referencias detalladas sobre la discusión acerca de la ciudadanía de la Unión y su dimensión cosmopolita, recientemente: M. KOTZUR, «We, the Citizens of Europe - European Union Citizenship in a Global Context», en: American Enterprise Institute (Hrsg.), *Citizenship*, 2009.

⁸¹ En general, sobre el juego cambiante de la identidad nacional y europea: A. V. BOGDANDY, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht», *VVDStRL* 62 (2003), pp. 156 y ss.

ropa de los ciudadanos» (n.m. 295). No utiliza, lamentablemente, su hermoso concepto de «las nuevas posibilidades de participación ciudadana» (n.m. 247).

(6) Resulta cuestionable el tratamiento del nuevo concepto de «identidad constitucional» (n.m. 218, 219, 240, 241, 364)⁸². El tribunal lo anuda [con citas propias: E 37, 271 (279); 73, 339 (375), cfr. n.m. 208] —de nuevo sin citas externas— en parte a la literatura científica⁸³ y en parte al propio Tratado de Lisboa con su afirmación de la antigua garantía identitaria cuya protección como «identidad nacional» (cfr. art. 4.2 TUE reformado por el Tratado de Lisboa y el anterior art. 6.3 TUE)⁸⁴ está confiada también al Tribunal de Justicia de la UE. Sería problemático que este concepto científico cultural, que necesita de desarrollo fuera un instrumento en las manos exclusivas del TCF. El Tribunal Constitucional, incluso siendo tan digno de confianza y lleno de éxitos como lo ha sido desde 1951, debería cuidarse de elevarse a la categoría de guardián «único» de la «identidad constitucional» de la Ley Fundamental y del Derecho constitucional de la UE. El TCF ha extendido su ámbito de control más allá de la sentencia Maastricht I, en parte sin que se le haya demandado. La caracterización de la «identidad constitucional» de una estructura que se ha desarrollado de manera tan exitosa como la Ley Fundamental durante 60 años no puede ser monopolizada por un sólo órgano constitucional como el TCF⁸⁵ (de manera apodíctica, en la n.m. 218: «Sobre esto hace guardia el TCF» – ¿en el Rin?). El tribunal debería haber sido un poco más modesto desde el principio en el contexto de todos los órganos constitucionales nacionales y los demás

⁸² Cfr. también n.m. 208: «identidad constitucional»; n.m. 191: «contenidos nucleares de la Constitución».

⁸³ Desde hace décadas: P. HÄBERLE, «Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien», *FS Haug*, 1986, p. 81 y ss.; también P. KIRCHHOF, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», *HStR* I (1987), § 19.

⁸⁴ Cfr. BVerfG E 113, 273 (298).

⁸⁵ LENZ, *op. cit.*, se expresa críticamente respecto de que el TCF establezca una «democracia conformada por los jueces en lugar de por el Parlamento, por la democracia parlamentaria». «La sentencia sólo favorece al parlamento en apariencia».

tribunales constitucionales europeos (incluyendo al TEDH y al TJUE) del mismo modo que la ciencia jurídica alemana especializada en Derecho europeo es sólo «una» comunidad científica al servicio de la ciencia jurídica común dedicada al Derecho europeo. La unidad jurídica europea en la «diversidad» no se verá fortalecida, sino puesta en peligro por la sentencia Lisboa. Todo esto se produce en el contexto de una «teoría general del Estado tradicional» en lugar de una teoría constitucional europea que, debe reconocerse, no podrá ser desarrollada desde una sola fuente, sino elaborada por representantes de las 27 comunidades científicas⁸⁶. Sólo ellas pueden comprender la específica dinámica de la integración europea en la que no hay una «última palabra» y desplazar a un lado las categorías dualistas de la Teoría general del Estado alemán (Estado federal o confederación). Confiemos en que el alto prestigio que han adquirido la Ley Fundamental en sus sesenta años⁸⁷ y el propio TCF en sus 58 años no se resienta de las sombras de la sentencia Lisboa. Es de esperar que ésta no gane ningún peso en el conjunto de Europa⁸⁸.

*En resumen*⁸⁹: La sentencia⁹⁰ contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa⁹¹. Permanece en una «Teoría del Estado

⁸⁶ Cfr. una valoración del ponente de la sentencia, *U. di Fabio* realizada por R. MÜLLER, en *FAZ* de 1 de julio de 2009, p. 10.

⁸⁷ Cfr. la serie de aportaciones al respecto en *JöR* 57 (2009), pp. 1 y ss., seguida en *JöR* 58 (2010).

⁸⁸ Con otro planteamiento el ex-Ministropresidente E. Stoiber, *SZ* de 1-2 de agosto de 2009, p. 6. También con otro planteamiento, P. KIRCHHOF: «la sentencia es un hito para el Estado constitucional democrático, da un impulso democrático a la UE y proporciona a los ciudadanos más seguridad jurídica frente al derecho europeo y alemán» (*FAZ* de 4 de julio de 2009, p. 12).

⁸⁹ Digno de crítica es el tratamiento poco amistoso de la «primacía» del Derecho de la UE (cfr. n.m. 33, 73, 331, 335 a 337). Sobre esa preferencia no debería haber ninguna duda [recientemente en la literatura científica: W. FRENZ/A. KÜHL, «Deutsche Grundrechte und Europarecht», *JURA* 2009, p. 401 (403)].

⁹⁰ El autor se esfuerza desde 1965 en el arte de los comentarios de jurisprudencia (cfr. *DÖV* 1965, pp. 369 y ss.). Entre las docenas de comentarios de jurisprudencia que ha realizado sólo hay uno en el que ha adoptado un tono tan crítico como en el presente sobre la sentencia Lisboa: en la famosa sentencia sobre las escuchas tele-

retrospectiva» atrapada entre las manos de siete magistrados alemanes que son sólo «una» «escuela» entre muchas y que deberían plantearse también de manera autocrítica acerca de su propia legitimación democrática directa (ninguna audiencia pública de los candidatos a Magistrados como las del Senado estadounidense, ninguna transparencia, cuotas de partido que se reparten en absoluto oscurantismo)⁹². El proyecto de la teoría constitucional europea y de la «Europa de los ciudadanos» se ha aplazado en Karlsruhe, esperemos que no sea así en el conjunto de Europa. Por mucho que la sentencia pueda resultar pacificadora actualmente sus «fundamentos» son poco «sólidos» y no abren horizonte alguno en la «Europa Unida» (v. también el Preámbulo de la Ley Fundamental: «miembro de una Europa unida» que también puede abrir camino, actualmente y en el futuro, a un Estado Federal europeo, así como el art. 23.1, frase 1 LF). El Tribunal, según mi opinión se ha inspirado poco, para su fundamentación en la «Alemania europea» (Thomas Mann).

fónicas (*Abhörentscheidung*, BVerfG E 30, 1 y ss.), cfr. *JZ* 1971, pp. 145 y ss. Entonces el autor se situó, sin embargo, sobre los hombros de gigantes: el representante procesal G. Dürig y un voto particular de primera clase. Los comentarios jurisprudenciales del autor se pueden encontrar —actualizados hasta 1979— en el volumen *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.

⁹¹ Unas reflexiones de alcance sobre la constitucionalización del Derecho Internacional en: J. A. FROWEIN, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», *BDGVR* 39 (1999), pp. 427 y ss.

⁹² Cfr. P. HÄBERLE, «Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung», en B. GUGGENBERGER y otros (Hrsg.), *Der Souverän auf der Neben Bühne*, 1994, pp. 131 y ss.; ahora también J. LIMBACH, «Zur Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts», *FS Herzog*, 2009, pp. 272 (277 y ss.). Por fortuna comienza en esta cuestión, de nuevo, un debate *político* (cfr. *Der Spiegel* 25/2009 de 15 de junio de 2009, p. 19, sobre una audiencia de la comisión para asuntos jurídicos del Bundestag): sería preferible a través del pleno (D. Grimm), H. Meyer habla de modelo que resulta contrario a la Constitución, el FDP desea mayor transparencia. Felizmente, el proyecto de comienzos de agosto de 2009, incluye en su artículo 4 la comisión para el nombramiento de los jueces alemanes y los abogados generales ante el Tribunal de Justicia.

Resumen:

El autor realiza un comentario crítico de la Sentencia Lisboa del TCFA. Comienza dando cuenta de la controversia que ha suscitado en Alemania tanto en el plano doctrinal como en el político. Seguidamente señala los que pueden considerarse aspectos positivos y negativos de la sentencia. Por lo que se refiere a la vertiente positiva, menciona la atención al Derecho comparado, el hecho de que se haga derivar el principio democrático de la dignidad de la persona, la apelación a las tradiciones constitucionales «comunes europeas» y el uso del concepto de «responsabilidad sobre la integración» entre otras cuestiones.

En cuanto a los aspectos negativos, que le llevan a definirla como una sentencia retrospectiva y como «Maastricht II», considera que la sentencia se construye desde una teoría general del Estado muy alemana pero ya desfasada. Para el autor, el TCFA no ha tenido en cuenta el debate doctrinal que siguió a la sentencia Maastricht. Por ese motivo, sigue anclado en una concepción obsoleta del Estado y de la soberanía y ha perdido la oportunidad de intervenir en el debate europeo desde la «razón constitucional» en lugar de hacerlo desde la «razón estatal» de Alemania. También considera cuestionable el concepto de democracia que utiliza el tribunal, centrado en la democracia representativa y poco consciente de la función de protección de las minorías que actualmente incorpora. Critica igualmente la minusvaloración que el TCFA realiza de la ciudadanía de la Unión así como el concepto de identidad constitucional que maneja el tribunal. Para el autor, en todo caso, el TCFA no puede arrogarse la condición de garante único de la identidad constitucional alemana. En última instancia, la sentencia contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa y permanece anclada en una teoría del Estado retrospectiva en lugar de recurrir a una teoría constitucional europea que, debe reconocerse, no podrá ser desarrollada unilateralmente sino elaborada por representantes de las 27 comunidades científicas. En definitiva, la unidad jurídica europea en la «diversidad» no se verá fortalecida sino puesta en peligro por la sentencia Lisboa.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia Lisboa, Soberanía estatal, integración europea, Derecho constitucional europeo.

Abstract:

The Author gives a commentary, from a critical point of view, about the Lisbon Decision of the Federal Constitutional Court (FCC). He begins by taking into account the controversy provoked by the Decision in Germany both on the doctrinal and political levels. After that he goes on to point out the positive and negative profiles of the Decision. Referring to the positive aspects he mentions the consideration of comparative Law, the inference of the democracy principle from human dignity, the invocation of the «European common» constitutional traditions and the use of the concept of «responsibility for integration» among other questions.

Referring to the negative aspects —which leads him to define the Decision as a retrospective one and as «Maastricht II»— the author considers that the decision is

constructed in relation to a general theory of the State, which is very Germanic but outdated. According to the author, the FCC does not take into account the doctrinal debate that provoked the Maastricht Decision. Because of that, the FCC remains anchored in an obsolete notion of State as well as sovereignty, and as a result, it has lost the opportunity to intervene in the European debate using German «constitutional reason» instead of German «state reason». He also considers that the concept of democracy used by the Court, based on the representative democracy, is questionable and that the Court is not conscious of the function that democracy includes today in relation to the protection of minorities. The author criticizes likewise the underassessment that the FCC produces of the citizenship of the Union as well as the concept of constitutional identity used by the Court. According to the author, nevertheless, the FCC cannot assume the position of sole incumbent for guaranteeing German constitutional identity. At last the Decision contradicts the evolutionary process of constitutionalization of Europe and remains anchored to a retrospective theory of State instead of using a European constitutional theory that cannot be unilaterally developed, but rather elaborated by the 27 scientific communities of Europe. In sum, European juridical unity in its diversity will be not strengthen but endangered by the Lisbon Decision.

Keywords: *Federal Constitutional Court of German, Lisbon Decision, State Sovereignty, European integration, European Constitutional Law.*