

DEMOCRACIA E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA «LISSABON URTEIL». LA INTEGRACIÓN «PROTEGIDA» *

ANTONIO CANTARO **

SUMARIO:

1. LA «DISPUTA» SOBRE LA SENTENCIA «LISSABON»
2. ¿UN «CASO» DE DERECHO INTERNO?
3. LA RESPONSABILIDAD PARLAMENTARIA EN LA INTEGRACIÓN
4. LA «DEMOCRACIA EN UN SOLO PAÍS»
5. LA «RENACIONALIZACIÓN» DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL
6. LA RESPONSABILIDAD JURISDICCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN
7. ¿SOBERANÍA VERSUS COOPERACIÓN?
8. LAS (POTENCIALES) IMPLICACIONES ASIMÉTRICAS DE LA «LISSABON URTEIL»

1. LA «DISPUTA» SOBRE LA SENTENCIA «LISSABON»

1.1. ¿Cuál es el alcance propiamente jurídico y constitucional de la sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa («Lissabon Urteil»)?

Para algunos comentaristas —«los minimalistas»— la sentencia es simplemente un «caso» de Derecho «interno» que no afectará al Derecho de la Unión y cuyos efectos se limitan al ordenamiento alemán ¹.

* Traducido del italiano por VALENTINA FAGGIANI.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Urbino (Italia).

¹ Entre los primeros comentaristas, véase: G. L. TOSATO, «L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A propósito de la reciente «Lissabon Urteil»», en *www.astrid-online.it*.

En cambio, según otros —los «maximalistas»— la sentencia ha sido la ocasión que ha permitido al Tribunal de «Karlsruhe» replantearse la trama de las relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento europeo² y, consecuentemente, entre el ordenamiento europeo y los distintos ordenamientos de los Estados miembros³.

La disputa en torno a cuál de las dos lecturas sea la más acertada y realista acaba de empezar⁴. Hay que esperarse que será tan intensa como aquella suscitada por los más significativos e ilustres precedentes de la «Lissabon Urteil»: la sentencia «Maastricht», anticipada y seguida por las sentencias sobre los asuntos «Solange» y «Bananen».

1.2. Tanto las lecturas «minimalistas» como las «maximalistas» coinciden, en realidad, en un punto de no poco significado. Que la sentencia, al margen de cualquier lectura, refleja en el plano estrictamente jurídico un profundo cambio de clima respecto a principios de los años noventa del siglo pasado, cuando la perspectiva de un ordenamiento constitucional europeo de tipo federal parecía algo alejado de una perspectiva metapolítica⁵.

² M. P. CHITI, «Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania» en *www.astrid-online.it*.

³ «No es suficiente decir con *aplomb* diplomático que la sentencia ha resuelto una cuestión interna del Estado alemán, puesto que también el dispositivo reenvía, con la formula «en el sentido de que en la motivación», a una interpretación del Tratado de Lisboa conforme a la Constitución alemana, que propiamente por el hecho de ser vinculante para las autoridades alemanas (§ 31 co. 1 BverfGG), también en sus acciones exteriores, es destinada a producir efectos para Europa en su conjunto y para cualquier otro Estado que participa en la Unión», en J. LUTHER, *Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, en *www.astrid-online.it*.

⁴ Un «comentario a los comentarios» de la sentencia ha sido anunciado en E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, «Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil», en *Dir. Unione europea*, 2010, pendiente de publicación.

⁵ C. PINELLI, «Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona», en *www.astrid-online.it*.

Desde este punto de vista, el Tribunal constitucional alemán habría registrado, como un sismógrafo, esta atmósfera cultural y política⁶.

Este punto de vista, más propiamente político, ayuda solo en parte a orientarse sobre los interrogantes en torno al alcance jurídico de la sentencia. Dicha dimensión de la sentencia tiene su relativa autonomía, que es necesario considerar debidamente.

1.3. La hipótesis desde la que nos movemos es que estas dos lecturas contrapuestas recogen cada una sólo una parte de la verdad.

La sentencia «Lissabon» es, ante todo, un «caso» de Derecho interno. Eso no significa que la sentencia no tenga, por lo menos potencialmente, implicaciones relevantes también en las relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento de la Unión: lo cual pone de relieve, aunque solo de forma mediata, el papel de los ordenamientos de los demás países miembros⁷.

En fin, estamos, ante un «caso» también de Derecho europeo. Y ello porque el horizonte de la sentencia es nada menos que el «valor» de la

⁶ N. VEROLA, «Volk, patriottismo parlamentare e sovranità. Osservazioni sulla «Lissabon-Entscheidung» della Corte Costituzionale tedesca», en www.astrid-online.it.

⁷ En este sentido cabe destacar que los primeros comentaristas alemanes han resaltado el alcance de «Derecho europeo» de la *Lissabon Urteil*. Véase, en particular, las aportaciones contenidas en la revista *German Law Journal*, núm. 10, del 1 de agosto de 2009: A. GROSSER, «The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's «Sonderweg». An Outsider's Perspective» p. 1263 ss.; D. HALLBERSTAM y C. MÖLLERS, «The German Constitutional Court says «Ja zu Deutschland!» p. 1241 ss.; P. KIIVER, «German Participation in EU Decision. Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures», p. 1287 ss.; M. NIEDOBITEK, «The Lisbon Case of 30 June 2009 - A Comment from the European Law Perspective», p. 1267 ss.; C. SCHÖMBERGER, «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», p. 1201 ss.; F. SCHORKOPF, «The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon», p. 1219 ss.; C. TOMUSCHAT, «The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», p. 1259 ss.; C. WOHLFAHRT, «The Lisbon Case: A Critical Summary», p. 1277 ss.

integración supranacional, su primacía respecto a otros «valores» que el Tribunal constitucional alemán califica, no desde hoy, como igualmente primarios: el derecho al voto y el principio democrático, la identidad constitucional (el conjunto de principios fundamentales que, junto al principio democrático, constituyen su núcleo intangible), la soberanía.

1.4. ¿En esta ocasión, el Tribunal ha ido más allá de su jurisprudencia anterior? Y si es así ¿cuál es, entonces, el nuevo punto de equilibrio que la sentencia nos propone después del principio de apertura a Europa y del núcleo intangible de la Ley Fundamental? La tesis que sostengo en mi aportación es que la sentencia «Lissabon» es expresión de una filosofía relativamente inédita de la integración: «la integración protegida». Una integración puesta bajo la tutela permanente de los órganos constitucionales nacionales y, consecuentemente, bajo la tutela del Tribunal alemán: el nuevo «señor del Derecho constitucional europeo», para usar la maliciosa expresión de Peter Häberle ⁸.

La expresión «integración protegida» podrá parecer fuerte, a raíz de la analogía con la celeberrima fórmula «democracia protegida», quizás demasiado fuerte.

Sin embargo, un análisis sistemático de la sentencia justifica el uso de esta expresión.

La palabra clave de la sentencia es «responsabilidad para la integración». Postulados indiscutidos son los de «responsabilidad parlamentaria» y «responsabilidad jurisdiccional» de los órganos constitucionales alemanes.

Éstos son los principales ejes de la sentencia «Lissabon» para medir su alcance sistémico y los efectos concretos que producirá en las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento supranacional.

La tesis a la que, en conclusión, pretendemos llegar es que la sentencia «Lissabon» profundiza y radicaliza la asimetría que caracteriza el ordenamiento que constituye, en nuestra opinión, el mensaje «constitucio-

⁸ P. HÄBERLE, «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht II” anquilosada», en *ReDCE*, núm. 12 julio-diciembre, 2009.

nal» más incisivo —poco importa si querido o involuntario— del Tratado de Lisboa.

2. ¿UN «CASO» DE DERECHO INTERNO?

2.1. Uno de los elementos fuertes a favor del alcance prevalentemente «interno» de la «Lissabon Urteil» es el sólido hilo de continuidad que, según los partidarios de la lectura «minimalista», vincula la sentencia a las demás «de sistema» que la han precedido⁹ y de las que recalca, en su estructura esencial, los argumentos principales y las conclusiones más relevantes.

Se ha observado que en este caso el Tribunal constitucional alemán tampoco ha puesto formalmente en discusión el proceso de ratificación (sentencia «Maastricht»), ha reiterado el valor constitucional permanente de la integración europea y no ha bloqueado el proceso de integración.

La sentencia «Lissabon» se limita, en sustancia, según los partidarios de su alcance «interno», a reiterar las principales afirmaciones de la jurisprudencia anterior en orden a las condiciones que tanto las instituciones de la Unión como las nacionales tienen que respetar a fin de que la integración supranacional sea considerada conforme a las normas imperativas del Derecho constitucional de la República Federal de Alemania¹⁰. Pero no interfiere, como había sucedido con la sentencia «Maastricht», en el proceso de integración, puesto que no se pone en discusión la legitimidad constitucional del Derecho europeo, codificado en el nuevo Tratado de Lisboa.

2.2. Juega a favor de la lectura prevalentemente «interna» de la sentencia «Lissabon», ante todo, su interpretación «sistemática»:

- a) El rechazo de los recursos inherentes a la Ley sobre la ratificación del Tratado de Lisboa y la Ley que modifica los artículos 23, 45 y

⁹ Véase, en particular, L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen», en *www.astrid-online.it*.

¹⁰ *BVerfGE*, 37, 271, *Solange I*.

93 de la Ley Fundamental, ambas consideradas conforme a la Constitución alemana;

- b) La contextual admisión del recurso sobre la «Ley de extensión y refuerzo del papel del Bundestag y del Bundesrat en las cuestiones relativas a la Unión Europea», esta última considerada incompatible con los artículos 23.1¹¹ y 38.1¹², puesto que no se habría asumido suficientemente las responsabilidades y las prerrogativas constitucionales del «Bundestag» y del «Bundesrat» con respecto a los procedimientos de revisión del Derecho primario y de algunos procedimientos legislativos ordinarios de la Unión europea.

La Ley que aprueba el Tratado de Lisboa y la ley que recoge las modificaciones constitucionales propedéuticas a la ratificación son salvaguardadas por la primera parte de la sentencia. El Tribunal no se opone a la ampliación de las competencias, a la introducción de procedimientos de revisión simplificada, a la ampliación de las votaciones por mayoría cualificada previstas por el nuevo Tratado¹³: no censura el ordenamiento europeo, no quiere poner formalmente en discusión, con su decisión, los desarrollos jurídicos e institucionales.

¹¹ Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada al respeto de los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantizará una protección de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente 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 (este artículo en su segundo apartado prevé la necesidad de la aprobación por una mayoría de dos tercios de los votos en ambas ramas del Parlamento para las modificaciones de la Constitución y establece en su tercer apartado la denominada «clausula de eternidad», es decir los límites absolutos a la revisión constitucional) 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 posible tales reformas o integraciones.

¹² «Los diputados del Bundestag serán elegidos por sufragio universal, directo, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no están vinculados a mandatos ni instrucciones y están sometidos únicamente a su conciencia».

¹³ G. L. TOSATO, «L'integrazione europea», *op. cit.*

2.3. Las censuras del Tribunal se dirigen, en realidad, al proceso de decisión interno, a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno alemanes en la gestión de los asuntos europeos.

Ésta es una materia ajena —se subraya con fuerza— al Derecho de la Unión. Una materia de competencia exclusiva de los Estados miembros, que cada uno regula de forma autónoma de conformidad a los respectivos textos y prácticas constitucionales; las cuales, algunas veces, prevén un control muy blando de los órganos parlamentarios sobre los Ejecutivos; en cambio, otras establecen regímenes muy rigurosos que condicionan la acción del Gobierno en sede europea, en la toma de decisiones preventivas (mandato vinculante) o sucesivas (reserva de aprobación) del Parlamento ¹⁴.

En este marco muy articulado y diferenciado, el Tribunal alemán considera necesario que en los casos del denominado «desarrollo dinámico» de los Tratados (procedimientos de revisión simplificada, cláusulas pasarelas generales y especiales, cláusulas de flexibilidad, los llamados frenos de emergencia) el Parlamento se pronuncie en vía preventiva (en la mayoría de los supuestos a través de una específica autorización legislativa) y el Gobierno no pueda alejarse de las indicaciones parlamentarias ¹⁵.

De otra forma se habría vulnerado el principio democrático, principio fundamental y no modificable por la Constitución alemana. Y, puesto que en opinión del Tribunal, la ley sobre el papel del «Bundestag» y del «Bundesrat»

¹⁴ G. L. TOSATO, «L'integrazione europea», *op. cit.*

¹⁵ En particular, el Tribunal ha afirmado que cuando se recurra a los procedimientos simplificados de revisión de los tratados, al procedimiento puente general y a la cláusula de flexibilidad ex art 351 TFUE, el representante del gobierno alemán en el Consejo debe obtener una específica autorización administrativa por el *Bundestag* y el *Bundesrat* (párr. 412, 414, 417). Cuando, en cambio, se apliquen las cláusulas-puentes especiales que no prevén un derecho de oposición parlamentaria, los órganos legislativos deberán, de todas formas, poder aprobar el acto en cuestión dentro de un plazo de tiempo de establecer (párr. 416). A lo largo del procedimiento legislativo, el sub-procedimiento de los «frenos de emergencia» puede ser activado solo después de una específica indicación en tal sentido de los mismos órganos legislativos (párr. 418). Derechos de participación del *Bundestag* y del *Bundesrat*, así configurados se deben prever también en el ámbito penal (párr. 419).

no se ha hecho cargo de las responsabilidades y de las prerrogativas constitucionales de los órganos (segunda parte del dispositivo), dicha ley deberá ser modificada a fin de que sea conforme al principio democrático; lo que el Parlamento alemán ha hecho de forma efectiva y pronta en septiembre de 2009 ¹⁶.

2.4. El alcance de Derecho «interno» de la sentencia «Lissabon» no sería contradicho, en opinión de las lecturas «minimalistas», ni siquiera por el contenido de la motivación.

Los argumentos de tenor «estatal-soberanista» se pueden estimar, desde un punto de vista político, moderados y atrasados. Sin embargo, estos no han impedido en el pasado, ni la ratificación de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, ni el «desarrollo dinámico» de la integración supranacional ¹⁷.

Por el otro lado, la sentencia «Lissabon», ha reiterado la perdurable centralidad del valor de la integración en el sistema constitucional alemán: «el mandato constitucional para la realización de una Europa unida —así se escribe en la sentencia (párr. 225)— deducible del art. 23, 1 de la Ley fundamental y del Preámbulo, significa, sobre todo, para los órganos constitucionales alemanes que la decisión de participar en la Unión Europea no se ha remitido a la libre discrecionalidad: la Ley Fundamental quiere una integración europea y un ordenamiento de paz internacional. Por lo tanto, es válido el principio «favorable» no solo hacia el Derecho internacional, sino también hacia el Derecho europeo» («Europarechtsfreundlichkeit»).

Para los partidarios del alcance prevalentemente «interno» de la sentencia «Lissabon», este paso de la sentencia señala de forma inequívoca el

¹⁶ L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo», *op. cit.*

¹⁷ Incluso un observador crítico de la sentencia *Lissabon* debe reconocer que no solo «es correcto observar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, los vínculos impuestos por el Tribunal de *Karlsruhe* afectan solo al ordenamiento alemán», sino «que también las motivaciones de la decisión sobre el Tratado de *Maastricht* parecían poner un freno fuerte a la integración, que sin embargo no ha sufrido mínimamente las consecuencias». Al respecto: C. PINELLI, «Perché Karlsruhe non convince», *op. cit.*

hecho de que, para el Tribunal constitucional alemán, el Preámbulo y el art. 23 de la Ley fundamental no establecen una mera declaración de voluntad política, un principio genérico de apertura a Europa, una norma de mera autorización a la integración.

La participación en la integración europea es una finalidad constitucional obligatoria, inderogable¹⁸. Un deber en sentido jurídico (no meramente ético) de favorecer el desarrollo de la integración: «favorable» al Derecho europeo del que deriva un verdadero y propio mandato constitucional de integración¹⁹.

2.5. Una parte significativa de los primeros comentaristas de la sentencia «Lissabon» rebate su alcance meramente «interno» con una pluralidad de argumentaciones que merecen una seria y atenta consideración.

Se ha observado, en primer lugar, que el referido «sentido favorable» a la integración supranacional convive, en diversos y repetidos puntos de la motivación, con «valores» que, en esta ocasión, el Tribunal constitucional alemán considera, igualmente, si no más, «primarios».

Uno de los puntos más significativos de la sentencia, altamente revelador de esta orientación, se advierte en el párrafo inmediatamente posterior a aquel en el que se ha afirmado el «sentido favorable» al Derecho europeo:

«La Ley fundamental autoriza al legislador a una atribución amplia de derechos soberanos a la Unión europea. Sin embargo, dicha autorización está subordinada a la condición de que se mantengan las características del Estado constitucional soberano, sobre la base de un programa de integración, en el respeto del principio de atribución, salvaguardando la identidad constitucional de los Estados miembros y no menoscabando la capacidad de los Estados para la transformación política y social de las condiciones de vida organizadas bajo su propia responsabilidad» (párr. 226).

¹⁸ G. L. TOSATO, «L'integrazione europea», *op. cit.*

¹⁹ J. LUTHER, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*. Según el autor es difícil establecer si esta sea efectivamente «la intención del juez constitucional». De todas formas, para Luther, «no hay duda de que el concepto de *Europarechtsfreundlichkeit* pueda ser más constructivo que la conservación terminológica del concepto de *Staatenverbund*, puesto en primera vista en la vetrina de las máximas.

En este punto fundamental de la sentencia se ha sometido claramente el valor «primario» de la integración, se ha relativizado o «atenuado»²⁰ con otros «valores» que el Tribunal constitucional considera igualmente «primarios», si no más «primarios», que la integración: el «valor» de la soberanía, de la identidad constitucional alemana, el «valor» de la responsabilidad estatal en relación con las esenciales «condiciones de vida» de los ciudadanos alemanes²¹.

2.6. Las lecturas que subrayan la discontinuidad de este punto crucial de la sentencia «Lissabon» respecto a la jurisprudencia anterior —también a la anterior sentencia «Maastricht»— no se refieren tanto al estilo, a la forma, al léxico sino a otros puntos más «políticos» de la motivación²² que son más bruscos, radicalmente liquidadores de las «filosofías» de la integración supranacional de los últimos cincuenta años, incluso de las «funcionalistas» no menos que de las «federalistas»²³.

En el párrafo 226 el estilo es, además, inusualmente sobrio y el léxico equilibrado, medido. Pero, quizás, por esta razón es capaz de ofrecer nítidamente al lector los ejes fundamentales de la «filosofía» de la integración, acogida por el Tribunal.

Ya se ha señalado que el Tribunal pone explícitamente bajo «reserva», no tanto el Tratado de Lisboa o éste o aquél aspecto del Derecho europeo (atendiendo a lo que la dogmática de los contralímites «prescribe») como

²⁰ B. GUASTAFERRO, «Note sulla sentenza del Tribunale tedesco in ordine alla ratifica del Trattato di Lisbona. La triplice «riserva» apposta al Trattato», en *www.europeanrights.eu*.

²¹ Véase al respecto: A. ANZON, «Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella sentenza «Lissabon» del Tribunale costituzionale federale tedesco», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2009.

²² J. LUTHER, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*

²³ Para una visión actualizada de las diversas «filosofías» a la luz del Tratado de Lisboa véase A. CANTARO, F. LOSURDO, «L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona», en A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (Coord.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, núm. 5, ESI, Nápoles, 2010, p. 53 ss.

la integración supranacional, «tout court». Más precisamente se resalta la capacidad hasta aquí reconocida a la integración supranacional, no sólo —como es obvio— por el «paradigma monista» del Tribunal de Justicia sino, de hecho, también por el «paradigma dualista» de la jurisprudencia constitucional europea prevalente, de ser fuente de decisiones jurídicas autónomas respecto de los Estados miembros²⁴.

2.7. Sin embargo, todo ello no significa —como algunos comentaristas acreditados han temido— que la integración europea haya llegado para el Tribunal a su epílogo; ni que el llamamiento contenido en la sentencia en relación con la «no irreversibilidad del proceso de integración europea» (párr. 329) y la posibilidad de que Alemania cuente con el derecho a abandonar la Unión (párr. 264 y 329) sea realista. Y, sobre todo, no significa que todo ello esté realmente en la voluntad del Tribunal.

La triple «reserva» del respeto al «valor» de la soberanía del Estado alemán, al «valor» de la identidad constitucional alemana y al «valor» de la responsabilidad estatal para las esenciales «condiciones de vida» de los ciudadanos alemanes indica, más bien, la búsqueda por parte del Tribunal constitucional federal de un modelo de integración lejos de aquellos del pasado, distinto del modelo «federalista», pero también del «funcionalista».

Una integración que, desde el punto de vista constitucional, no es arriesgado definir como «integración protegida». Las observaciones contenidas en los próximos párrafos justifican, en nuestra opinión, el uso de tal denominación para calificar la «inérita» filosofía del orden europeo, acogida por el Tribunal constitucional federal alemán en la «Lissabon Urteil».

3. LA RESPONSABILIDAD PARLAMENTARIA EN LA INTEGRACIÓN

3.1. En nuestra opinión, la forma más acertada para comprender la «filosofía» de la integración contenida en la sentencia «Lissabon» —y, tam-

²⁴ M. P. CHITI, «Am Deutschen Volk», *op. cit.*

bién, su alcance más propiamente jurídico— es someter a una auténtica radiografía aquella noción de «responsabilidad en la integración» que el Tribunal, desde sus máximas oficiales²⁵, asume como un postulado indiscutido tanto de la parte dispositiva (véase párr. 2) como de la motivación.

La «responsabilidad en la integración» comporta para el Tribunal, ante todo, un «deber» (así literalmente en el párr. 411) del «Bundestag» y del «Bundesrat» de «participar» en la formación del Derecho convencional que los Estados elaboran a fin de consentir una revisión de los Tratados «sin procedimiento de ratificación» pero «a través de la intervención exclusiva o prevalente de los órganos de la Unión». Es decir, en los casos del denominado desarrollo dinámico de los Tratados (los ya mencionados procedimientos de revisión simplificada, las cláusulas pasarelas generales y especiales, las cláusulas de flexibilidad, los llamados «frenos de emergencia»), el Tribunal requiere que el Parlamento se pronuncie en vía preventiva y que el Gobierno no pueda alejarse de las indicaciones parlamentarias.

3.2. Como es sabido, las lecturas «minimalistas» de la sentencia «Lissabon» interpretan la perentoria invitación dirigida por el Tribunal al «Bundestag» y al «Bundesrat» como si fuera una cuestión que incide exclusivamente en las relaciones internas entre el Parlamento y el Gobierno en la gestión de los asuntos europeos, sin ningún reflejo en las relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento europeo.

En realidad, la forma jurídica (la forma de ley) a través de la que el Tribunal exige generalmente que el Parlamento alemán se haga cargo de las prerrogativas y de las responsabilidades constitucionales de las que se trata en el art. 23 de la Ley fundamental debe inducir, cuanto menos, a hacer más evidente los problemas que el carácter perentorio de la lectura «minimalista» determina.

²⁵ El concepto de «responsabilidad para la integración» (*Integrationsverantwortung*) es un concepto «inédito», derivado directamente de la interpretación constitucional del art. 23 GG (véase, en particular, el párrafo 236), concepto este que la sentencia vuelve a reconsiderar sucesivamente. Resalta este aspecto: M. NIEDOBITEK, «The Lisbon Case of 30 June 2009 - A Comment from the European Law Perspective», *op. cit.*, p. 1272.

Como se ha observado, «por lo menos, en diez puntos, la genérica aprobación parlamentaria, requerida por el Tratado Lisboa y la misma Constitución alemana, reenvía a una verdadera y propia ley de ratificación». Si el «efecto interno» de tal reenvío de los procedimientos de juicio parlamentario a la forma de ley —ya por sí mismo de gran significado constitucional— es «sustituir un poder de control parlamentario con un poder de control jurisdiccional del Tribunal de «Karlsruhe»», avocando, de hecho, al Tribunal el «control sobre cada nueva fase integracionista de la Unión»²⁶, no menos relevantes e igualmente significativos son, por lo menos potencialmente, los «efectos externos».

3.3. El primer «efecto externo», de orden político-institucional, es el de «rigidificar» aún más los procedimientos de decisión de la Unión²⁷, o cuanto menos complicarlos o sobrecargarlos. De sobrecargarlos mucho más allá del camino recorrido en estos años por los partidarios de un refuerzo del papel de los Parlamentos nacionales, considerados un estratégico recurso institucional para obviar el déficit democrático de la Unión.

El camino recorrido por los partidarios de tal enfoque —del que hay ciertamente una traza amplia en los protocolos adjuntos al Tratado de Lisboa sobre el papel de los Parlamentos nacionales y en aquellos sobre la aplicación de los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiaridad²⁸— va, por ello, hacia la atribución a los Parlamentos nacionales de un papel directo en los procesos decisorios europeos²⁹, con el objetivo de convertirlos en órganos de la Unión con sus derechos, pero también con sus responsabilidades³⁰.

El Tribunal constitucional alemán «recupera, en cambio, un enfoque estrictamente dualista, conforme al cual los Parlamentos tienen sobre todo el papel de controlar al Gobierno y autorizarlo, en su caso, a asumir com-

²⁶ A. MANZELLA, «80 giorni dopo», *op. cit.*

²⁷ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

²⁸ A. MANZELLA, «80 giorni dopo», *op. cit.*

²⁹ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

³⁰ M. NIEDOBITEK, «The Lisbon Case of 30 June 2009 — A Comment from the European Law Perspective», *op. cit.*, p. 1268.

promisos internacionales»³¹, devaluando, de tal forma, el principio de cooperación e integración entre Parlamentos nacionales y entre el Parlamento europeo y el «sistema de los Parlamentos nacionales»³². Por todo ello, el Tribunal piensa que se debe poner el proceso de integración europea bajo la tutela permanente de los órganos constitucionales nacionales: hay que controlarlo y «protegerlo» institucionalmente.

3.4. El segundo efecto «externo» es de naturaleza aún más jurídica, abarcando directamente la cuestión de la eficacia del Derecho europeo en Alemania y, de ahí, la cuestión general de la certeza y uniformidad del Derecho comunitario en el territorio de la Unión.

¿Qué ocurre, en esta situación, al Derecho europeo en las diversas hipótesis en las que el Tribunal exija una autorización legislativa o algunas otras formas de aprobación parlamentaria y ni la una ni la otra se adopten concretamente?³³

El interrogante no es nada retórico puesto que el Tribunal, en algunos puntos de la fundamentación, ha evocado expresamente —como se verá— la posibilidad de que el Derecho europeo, formado sin respetar los procedimientos que sustentan la «responsabilidad parlamentaria», sea declarado inaplicable en Alemania.

El Tribunal, además, no aclara con suficiente nitidez la amplitud de las finalidades perseguidas a través de la autorización parlamentaria previa a la formación «del Derecho convencional (...) sin procedimientos de ratificación».

En la sentencia se recoge, por ejemplo, la afirmación de que la «responsabilidad nacional en la integración» exige que «la ley de aprobación y la legislación relacionada se deben configurar de tal forma que la integración europea siga desarrollándose atendiendo al principio de atribución

³¹ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

³² A. MANZELLA, «80 giorni dopo», *op. cit.*

³³ Para una recopilación de las diversas hipótesis, véase: V. CERULLI IRELLI, «Verso un certo rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea», en *www.astrid-online.it*.

especifica limitada»; pero también la afirmación de que, asimismo, no se debe perjudicar «la identidad de la Constitución de los Estados miembros (...), la identidad de la Ley fundamental que resiste a la integración (párr. 239).

Esta última afirmación, aunque críptica, parece aludir a una segunda finalidad de la autorización parlamentaria, autónoma y distinta a aquella que se refiere al respeto del principio de atribución específica limitada. Todo ello, parece sugerir la necesidad de que la autorización que el «Bundestag» y el «Bundesrat» dan a su propio ejecutivo en el seno del Consejo deba recoger también el mandato constitucionalmente vinculante de respetar el «valor» de la identidad constitucional alemana en el proceso de formación del Derecho europeo.

4. «LA DEMOCRACIA EN UN SOLO PAÍS»

4.1. El tema de la identidad constitucional no es, sin duda, una novedad absoluta en la ciencia jurídica alemana³⁴.

En realidad, las lecturas «minimalistas» de la sentencia «Lissabon» subrayan que el sometimiento de los actos de la Unión al control del BVG y la posibilidad de excluir la aplicabilidad en Alemania se habían invocado de forma reiterada en la jurisprudencia anterior, no solo en relación con los actos adoptados que vulnerasen el principio de atribución de las competencias («ultra vires review»), sino también en relación con los actos no conformes al núcleo del principio de identidad, esencial e inderogable, recogido en la Constitución alemana³⁵.

En la misma sentencia «Maastricht», por ejemplo, el Tribunal constitucional alemán se había reservado el poder de juzgar los actos de la Unión, no solo desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales y

³⁴ Para amplias y documentadas referencias véase el volumen de E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Turín, Giappichelli, 2008.

³⁵ G. L. TOSATO, «L'integrazione europea», *op. cit.*

de las competencias, sino también desde la perspectiva de la actuación del principio democrático, precisando que dicho principio se respeta sólo en la medida en que el Parlamento alemán mantenga el rol de decisor político último.

Se trata, como ya se ha anticipado en parte, del mismo parámetro constitucional y del mismo soporte argumentativo que se desarrolla en la sentencia «Lissabon», también fundamentada en la violación del derecho al voto (art. 38 GG) como elemento central del respeto de aquel principio democrático calificado de inmodificable por el art. 79 de la Ley fundamental. Un soporte que la sentencia «Lissabon» habría, según las lecturas «minimalistas», reiterado simplemente con más fuerza, sin afectar, en algún modo, al proceso de integración. Una vez más, por tanto, no se había comprometido el proceso de ratificación —como había ocurrido con la sentencia «Maastricht»— y el pronunciamiento no ha tenido ningún efecto en el Derecho europeo ³⁶.

Por otro lado, la continuidad de la sentencia «Lissabon» con la jurisprudencia anterior no se refiere simplemente a los «específicos» parámetros constitucionales utilizados (derecho al voto y principio democrático), sino que pretende representar un punto de continuidad sistemática y más duradera con los diversos pronunciamientos del Tribunal que, a lo largo del tiempo, han ido elaborando progresivamente el catálogo de los derechos, principios y valores, que constituyen el núcleo esencial e indefectible de la «identidad constitucional nacional».

La misma sentencia «Lissabon» recuerda que el Tribunal constitucional federal ha reiterado que los principios y los valores que integran la identidad constitucional nacional son aquellos principios fundamentales que la Constitución alemana declara inviolables e inmodificables y el mismo Tribunal constitucional ha definido reiteradas veces como «contralímites» a la primacía del Derecho comunitario.

La acción de las instituciones europeas no puede, de ninguna forma, lesionar —se subraya— los principios contenidos en el art. 1 de la Ley fundamental, relativo a la dignidad humana, y en el art. 20 de la Ley fundamental, relativo a los caracteres distintivos del ordenamiento alemán (fe-

³⁶ L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo», *op. cit.*

deral, democrático, social). Ambos artículos han sido declarados intangibles e inviolables por el art. 79 apartado 3 de la Ley fundamental³⁷.

«De esta forma se ha asegurado expresamente —según la sentencia «Lissabon»— que la primacía en la aplicación del Derecho de la Unión rige solo con la fuerza y en los límites de la atribución constitucional» (párr. 240).

4.2. Las evidentes analogías con la jurisprudencia anterior relativa a los principios fundamentales no deben poner un velo sobre los elementos novedosos de la sentencia «Lissabon».

A tal propósito, es cierto que la jurisprudencia constitucional alemana ha desarrollado desde hace tiempo, de forma más incisiva que, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional italiana, una dogmática sobre el contenido esencial de los derechos y una doctrina de los límites que se contraponen a la primacía del Derecho comunitario, muy densa y estructurada. Sin embargo, dicha doctrina nunca había llegado a concebir y configurar los principios y los derechos que integran la identidad constitucional como si se pudieran alcanzar plenamente y «eternamente» solo a través de las garantías aportadas por el ordenamiento constitucional alemán.

En la jurisprudencia anterior a la sentencia «Lissabon» se auspiciaba, o cuanto menos se admitía, la posibilidad de que en determinadas condiciones el ordenamiento europeo fuese el espacio en el que se podían tutelar los derechos fundamentales y el principio democrático al igual que en el ordenamiento alemán. Por lo tanto, la activación de límites a la primacía del Derecho comunitario debía considerarse una excepcional e improbable

³⁷ La llamada «cláusula de eternidad» —*Ewigkeitsklausel*— con arreglo a la cual «no se permite modificación de la presente Ley fundamental que afecte a la articulación de la Federación en *Länder*, al principio de la participación de los *Länder*, a la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20». A. ANZON, «Principio democrático e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella sentenza «Lissabon» del Tribunale costituzionale federale tedesco», *op. cit.*, subraya que la «cláusula de eternidad es, entonces, la cláusula de identidad de la Constitución alemana, con la que la Ley fundamental no solo presupone, sino garantiza la soberanía del Estado alemán. La cláusula de identidad se mantiene intangible también en el proceso de integración europeo».

eventualidad, debiéndose, más bien, auspiciar que tales condiciones se hubiesen realizado «fisiológicamente» en el espacio europeo³⁸.

Este prudente y, al mismo tiempo, articulado sustento argumentativo es todavía el enfoque dominante en la «Maastricht Urteil».

Aquí el Tribunal subraya con fuerza, en primer lugar, que el principio democrático, componente esencial del núcleo indefectible de la identidad constitucional alemana, no impide la adhesión a una comunidad supranacional. La condición que el Tribunal pone para la adhesión de Alemania a la «Unión de Estados» es que en la misma Unión se aseguren una legitimación popular y una capacidad de influencia del pueblo, a través de las elecciones nacionales, y del Parlamento alemán sobre las decisiones políticas.

Sin embargo, la «severa» admonición dirigida a la Comunidad supranacional de buscar su propia base de legitimación en los Parlamentos nacionales, en cuanto expresión de los pueblos de los Estados, se acompañaba con la referencia a que la Comunidad y la Unión encontrasen un ulterior respaldo legitimador en el incremento de los poderes del Parlamento europeo. En suma, buscando antídotos institucionales al déficit democrático también en el «espacio público y constitucional europeo».

³⁸ En la sentencia denominada «Solange II» de 1986 —a la que el Tribunal alemán declara todavía de inspirarse en la sentencia del 2002 sobre el «mercado de las bananas»— se reconoce, por ejemplo, que las Comunidades europeas, y, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garantizan en vía general una defensa eficaz de los derechos fundamentales ante el poder autoritativo de la Comunidad. Y que, por lo tanto, mientras dicha defensa se pueda asimilar en lo esencial a la defensa que la Ley fundamental considera indefectible, el Tribunal constitucional federal no ejercerá más su jurisdicción sobre la aplicación del Derecho comunitario derivado, considerado como base jurídica en un procedimiento ante los jueces o las autoridades públicas alemanas. Esta clara delimitación puesta por el Tribunal constitucional a su propia jurisdicción se acompaña, de otro lado, a la significativa afirmación de querer inspirarse al principio de colaboración (*Kooperationsverhältnis*) con el Tribunal de Justicia, en el sentido en que, mientras que el Tribunal de Luxemburgo garantice la defensa de los derechos individuales en el marco del ámbito competencial atribuido a la Comunidad para cada caso concreto, el Tribunal constitucional puede limitarse a la general garantía de los estándares indefectibles de protección de los derechos fundamentales.

La sentencia «Maastricht», como se ha observado razonablemente, era susceptible también de una lectura progresista. Interpretar la denuncia de las deficiencias de la Unión europea como una invitación a hacer más: a enmendar el «déficit democrático» de la Unión para favorecer, incluso, una evolución en sentido federalista ³⁹.

4.3. La perspectiva del espacio público y constitucional europeo como espacio, aunque problemático y potencial, de la democracia se ha «abandonado» totalmente en la sentencia «Lissabon». Al contrario, la perspectiva adoptada es, «tout court», la de la «conservación» de la democracia en el espacio público y constitucional alemán.

A este propósito, para el Tribunal hemos llegado de forma evidente a un «punto de llegada» en el proceso de integración y no hay ninguna alternativa de matriz federal que permita enmendar el déficit democrático de la Unión. Ni siquiera si lo quisiesen, las autoridades alemanas podrían realizar autónomamente cesiones ulteriores de soberanía, puesto que estas cesiones se concretarían en una violación de los derechos democráticos enunciados en la Constitución alemana ⁴⁰.

Este postulado ha sido reiterado en diversos y repetidos puntos, todos convergentes hacia la denuncia del persistente, insuperable, estructural, eterno déficit de democracia, al que ha sido condenada la integración supranacional en el marco institucional de la Unión: una especie de genética y ontológica imposibilidad de reforma.

El Tribunal reitera, a través del desarrollo de una conocida afirmación de la sentencia «Maastricht», que la democracia exige un pueblo («Staatsvolk») capaz de ejercer los derechos democráticos, la presencia —parece especificar el BVG ⁴¹ de acuerdo con Habermas— de una auténtica comu-

³⁹ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

⁴⁰ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

⁴¹ M. LUCIANI, «Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea», en *www.astrid-online.it*. El autor subraya acertadamente que el «punto realmente importante y calificativo de esta sentencia (...) es la referencia al problema de la democracia. Es significativo —observa Luciani— que dicha referencia se pueda encontrar en los *Lietsätze*, en los que —como es sabido— el juez constitucional ale-

nidad discursiva con raíces culturales, históricas y lingüísticas comunes que permitan el dialogo «político», la presencia de «una opinión pública operativa que (...) se concentre sobre actos centrales de dirección política y distribuya periódicamente las posiciones en la cúspide, en un marco competitivo entre el gobierno y la oposición» y que sea capaz de hacer «visibles las alternativas en las elecciones y en las votaciones y que las plantee continuamente también en la toma de decisiones concretas sobre el fondo» (párr. 249-251).

Ahora, puesto que la Unión Europea no dispone de un «pueblo europeo», esto es, carece de la «auto comprensión ético-política, propia de los ciudadanos de cualquier comunidad democrática»⁴², sus instituciones no son, no pueden ser, completamente democráticas. Las únicas instituciones capaces de asegurar, tanto hoy como en el futuro, la completa autodeterminación de los pueblos de Europa son las nacionales, cuyo papel debe ser preservado absolutamente.

4.4. Esta afirmación abiertamente euroescéptica ha sido desarrollada cumplidamente en sus presupuestos lógicos y en sus implicaciones dogmáticas con una nitidez de argumentaciones y juicios que merecen ser, también por el fondo de maliciosa ironía que los atraviesa, recordados de forma cumplida:

«La mera participación de los ciudadanos en el poder político, que replazaría un autogobierno representativo del pueblo, en cambio, no puede sustituir el contexto de legitimación característico de un gobierno regido por y sobre la base de elecciones y votaciones: el Tratado de Lisboa no conduce a un nuevo grado de desarrollo de la democracia. Elementos de democracia participativa como la obligación de permitir a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones «representativas», a través de los oportunos canales, conocer sus opiniones, pero también los elementos de la de-

mán resalta las cuestiones que considera fundamentales tocadas en la propia decisión. Y es significativo que el tercero de los *Leitsätze* se dedique específicamente y totalmente al tema de la democracia».

⁴² J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale*, Milán, Feltrinelli, 2002, p. 95.

mocracia asociativa y directa, pueden tener solo una función integradora, no pueden, en cambio, fundamentar la legitimación del poder de supremacía europea».

Las descripciones y las reivindicaciones de una «Europa de los ciudadanos» o de un refuerzo del Parlamento europeo «pueden comunicar el nivel europeo en términos políticos y pueden contribuir a acrecer la aceptación de Europa», explicando las instituciones y los procesos. En cambio, si todo ello se traduce en enunciados normativos —como ocurre, en parte, en el Tratado de Lisboa— sin interrelacionarse con una estructura institucional que haga justicia de la igualdad, desde el punto de vista del Derecho, no son capaces de producir un paradigma («Leitbild») fundamentalmente nuevo» (párr. 295).

El mensaje «constitucional» del Tribunal Constitucional es inequívoco. La democracia europea es deficiente y el Tratado de Lisboa no lleva —no puede llevar— a colmar tales deficiencias. Los ciudadanos europeos no consiguen realmente influenciar las orientaciones europeas a través del propio voto y el refuerzo de las prerrogativas institucionales del Parlamento europeo no comporta una democratización de Europa.

Sobre estas carencias estructurales e insuperables de la democracia europea se puede transigir, en cuanto la Unión europea no sustituye —no debe sustituir— a los Estados nacionales. Y eso, porque, si lo hiciera, comportaría, más bien, un empobrecimiento de la vida democrática de los pueblos europeos.

Para el Tribunal, hoy, la democracia es nacional o no lo es. «La democracia en un país solo», parafraseando la célebre fórmula «el socialismo en un país solo», en su tiempo acuñada por Stalin en la dramática disputa político-ideológica sobre el destino de la revolución con la R mayúscula del vigésimo siglo.

5. LA «RENACIONALIZACIÓN» DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

5.1. Resumiendo sintéticamente el sentido de las últimas consideraciones, se podría decir que la sentencia «Lissabon» se compone de dos partes.

Una parte «destruens». La denuncia del persistente, insuperable, estructural, eterno déficit democrático que caracteriza el «espacio constitucional europeo» y la ontológica inadecuación de sus instituciones, incluso del Parlamento europeo, para colmar este déficit.

Una parte «costruens». La «lógica» y ontológica adecuación del «espacio constitucional nacional» a colmar y compensar⁴³ el déficit democrático europeo, erigiendo sus instituciones —el «Bundestag», el «Bundesrat», el «Tribunal Karlsruhe»— como «guardianes» del principio democrático y de todos los demás principios que, en opinión del Tribunal, constituyen el núcleo indefectible e inviolable de la «identidad constitucional alemana». Identidad constitucional asumida como vínculo inderogable para los desarrollos posteriores del proceso de integración, para reconducirlo bajo la «protección» y el «control» de las instituciones constitucionales alemanas.

5.2. El Tribunal es consciente de que este punto y pieza clave de su doctrina —la identidad constitucional nacional como «valor» absolutamente indisponible para el Derecho europeo— es, hoy, más que en «Maastricht», dogmáticamente opinable y controvertido.

El Tribunal es consciente de que la identidad constitucional es una noción bien presente y radicada en el ordenamiento europeo. El Tribunal mismo recuerda, a este propósito, que el art. 4 del Tratado de Lisboa dispone en su segundo apartado que «la Unión (...) respeta la identidad nacional de los Estados miembros, que caracteriza su estructura fundamental, política y constitucional, con la inclusión del sistema de las autonomías locales y regionales» (principio de la autonomía institucional de los Estados miembros). En este sentido, las «tradiciones constitucionales» de los Estados miembros, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 crean, en cuanto «comunes»⁴⁴, una identidad constitucional europea homogénea en la que los Estados miembros se reconocen y que deben respetar.

5.3. El Tribunal, consciente del desarrollo articulado que este concepto tiene en el Derecho de la Unión, reconoce que «en el espacio europeo de

⁴³ C. PINELLI, «Perché Karlsruhe non convince», *op. cit.*

⁴⁴ A. MANZELLA, «80 giorni dopo», *op. cit.*

justicia, las garantías del Derecho constitucional y del Derecho de la Unión, favorables a la identidad constitucional nacional operan «mano a mano» («Hand in Hand»)» (párr. 240).

Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de un doble nivel de garantía, no anticipa, como había ocurrido en el pasado, una declaración de renuncia por parte del Tribunal al ejercicio de su propia jurisdicción, «mientras que» («Solange») el nivel europeo garantice de forma eficaz el contenido esencial de la identidad constitucional.

En cambio, el reconocimiento de la existencia de un doble nivel de garantía constituye, en esta ocasión, la premisa para afirmar que «si, por efecto de la acción de los órganos europeos, se violan» los principios fundamentales intangibles de la Ley fundamental, en todo caso, el Tribunal activará un propio y autónomo «control de identidad» («identity review»).

5.4. Este punto, en nada «dulcificado» por la declaración de que la garantía europea y la nacional operan «mano a mano», en realidad, señala que para el Tribunal el significado normativo de la noción de identidad constitucional, conforme a lo dispuesto en la Ley fundamental, no se puede «reconducir» al significado normativo de la noción establecido por el Derecho primario europeo. No se puede reconducir al respeto de la «autonomía institucional» de los Estados miembros. Pero tampoco se respeta con los principios formales de la democracia, del Estado de Derecho, de la separación de poderes, de la dignidad humana, que el Derecho primario de la Unión hace propios (europeíza) en su función integradora y que, por tal razón, se consideran criterios «irrenunciables» para ser parte de la Unión.

5.5. Sin recurrir a la metafísica o a concepciones ideológicas sobre la identidad⁴⁵, la identidad de la Ley fundamental, puesta en el centro del «discurso» de la sentencia «Lissabon», es —como el Tribunal constitucional dice textualmente en un punto al que los comentaristas de la sentencia generalmente no prestan atención— eso «que resiste a la integración» (párr. 239).

⁴⁵ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

Expresión elíptica y en sí oscura, pero mucho menos oscura si se presta atención a la subterránea y continua polémica que atraviesa todas las páginas de la sentencia sobre el paradigma de la integración «funcionalista» y «comunitaria». La polémica ante la pretensión, típica de tal paradigma, de representar y configurar la integración supranacional como un «proceso», como un continuo devenir por fases en las que se (auto) desarrollan competencias y poderes⁴⁶ a través de «disposiciones dinámicas con carácter de delegación en blanco».

Cuando el Tribunal dice que la identidad constitucional es lo que resiste y se opone a la «filosofía» y al método de la integración continua y progresiva (el paradigma «funcionalista» y «comunitario»), acaba por evocar la existencia de «valores exclusivos» de la Ley fundamental alemana y de las Leyes fundamentales de los Estados miembros.

Y poco importa si algunos de estos «valores», en su formulación textual, reenvían al universo de las «tradiciones constitucionales comunes» (democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales, etc.), puesto que cada uno de los Estados miembros interpreta tales «valores», e intentará hacerlo cada vez más en el futuro, en formas específicas y peculiares, de acuerdo con la propia cultura y la propia historia nacional⁴⁷.

La «responsabilidad jurisdiccional» del Tribunal de Karlsruhe sobre el respeto a la identidad constitucional es la lógica consecuencia dogmática de la «nacionalización» del significado normativo de la noción y la otra cara de aquella amplia responsabilidad parlamentaria para la integración de la que el «Bundestag» y el «Bundesrat» —en la fase de formación del Derecho europeo— están investidos.

Una pieza clave, de ningún modo secundaria, en la economía de la «Lissabon Urteil». Una pieza que señala la voluntad explícita de los jueces alemanes de proporcionar sólidas bases jurídico-constitucionales a la filosofía de la integración «protegida»⁴⁸.

⁴⁶ M. P. CHITI, «Am Deutschen», *op. cit.*

⁴⁷ S. CASSESE, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*

⁴⁸ A este propósito, se aleja de aquella aquí propuesta (a pesar de ser muy bien motivada) la reconstrucción de A. SCHILLACI, «L'art. 4.2 del Tue e la «europeizzazione

6. LA RESPONSABILIDAD JURISDICCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN

6.1. La progresiva «autonomía» del control sobre el respeto de la identidad constitucional («identity review») del control «originario» sobre el respeto del principio de atribución específica limitada («ultra vires review») se halla en diversos puntos de la motivación.

«En el marco de la jurisdicción alemana debe ser posible enjuiciar la responsabilidad en la integración en aquellos casos de evidente desbordamiento del ejercicio de las competencias de la Unión europea»; pero, asimismo, debe ser posible enjuiciar la «garantía de la intangibilidad del núcleo del contenido de la identidad constitucional de la Ley fundamental ante un control de la identidad» (párr. 240).

No se trata de una afirmación retórica de principios sobre la competencia del Tribunal constitucional para decir la última palabra, de un llamamiento con indefinidas consecuencias jurídicas. A este propósito, el Tri-

dei controlimiti»», intervención presentada en el ámbito de las *VII Jornadas sobre la Constitución europea*, Granada, de 11 y 12 de marzo de 2010 (versión provisional). Para A. Schillaci la *Lissabon Urteil* pone el acento en la centralidad permanente del perfil cooperativo en la comprensión del proceso europeo de integración. Particularmente significativo es, a este propósito, para el autor, «la forma en que el *BVerfG* afronta el tema de la protección de la identidad constitucional. Esta, todavía interpretada, por lo menos formalmente, como un límite al proceso de integración y a la *Integrationsermächtigung* (la autorización a la integración) contenida en la ley fundamental y en cada orden de ejecución de los Tratados constitutivos, se ha puesto en un contexto de relación. La misma posibilidad de un control por parte del juez constitucional alemán de los actos europeos que excedan de las competencias de la Unión se reinterpreta a la luz del art. 4.2. del TUE, en la medida en que la misma cláusula de protección de las identidades constitucionales nacionales marque un límite interno al ejercicio de las competencias comunitarias. Eso determina, en particular, que la garantía de la identidad nacional tenga una doble dimensión, de unidad e interna (*unionsrechtlich* y *verfassungsrechtlich*) y sobre todo que tales dimensiones procedan «mano en la mano» (*Hand in Hand*); con lo cual se acoge la orientación conforme a la jurisprudencia anterior, y, en particular, a la jurisprudencia contenida en el *Bananenmarkturteil*.

bunal constitucional se reserva expresamente la facultad de no aplicar en su territorio nacional tanto la normativa europea en contraste con el principio de atribución como aquella que vulnera el núcleo indefectible de la identidad constitucional alemana.

«Tanto el control «ultra vires» como el control de identidad pueden llevar al resultado de que las normas del Derecho comunitario, o, en el futuro, del Derecho de la Unión, sean declaradas inaplicables en Alemania» (párr. 241).

6.2. A pesar de todo ello, si los principios y los valores que constituyen el contenido de la identidad constitucional son aquellos «singulares», si no exclusivos, de cada Estado miembro ¿Qué queda del principio del «favor» hacia el Derecho europeo ⁴⁹ y, consecuentemente, del principio de su primacía?

Probablemente es exagerado concluir que en la perspectiva del Tribunal de «Karlsruhe» el principio de la primacía se haya convertido ahora en «un mero simulacro» ⁵⁰.

Sin embargo, se acerca bastante a la realidad el hecho de que, nunca como en esta ocasión, el Tribunal alemán haya reconstruido y releído el principio según una sistemática radicalmente incompatible con el planteamiento «monista» propugnado desde los primeros años sesenta del siglo pasado por el Tribunal de Justicia.

El Tribunal reconoce efectivamente que «el mandato de integración de la Ley fundamental y del derecho vigente en los tratados europeos pretenden, con la idea de una comunidad jurídica ampliada a la Unión en su conjunto, una limitación del ejercicio del poder jurisdiccional de los Estados miembros». Una limitación que el Tribunal reconoce como necesaria, frente al peligro de que decisiones divergentes de los jueces de los Estados miembros sobre la «aplicabilidad» del Derecho comunitario pongan «en duda la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto». Sin embargo, si para el Tribunal de Luxemburgo la limitación del poder ju-

⁴⁹ J. LUTHER, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*

⁵⁰ M. P. CHITI, «Am Deutschen Volke», *op. cit.*

risdiccional de los Estados miembros es un dato originario, constitutivo, permanente, irreversible del ordenamiento comunitario así como del ordenamiento de «nuevo tipo», para el Tribunal de «Karlsruhe» esta limitación y «carácter definitivo de las decisiones del Tribunal de Justicia», a esta relacionado, se pueden reconocer solo «en línea de principio», puesto que la posición de los órganos comunitarios deriva de los Tratados internacionales (párr. 337).

6.3. Para la sentencia «Lissabon» la jurisdicción de Luxemburgo es, en sustancia, una especie de jurisdicción «delegada» de cuyo ejercicio el Tribunal de Karlsruhe se ha «retirado» aunque sin renunciar al propio poder de control⁵¹. Y cuando, en su jurisprudencia anterior, ha afirmado posponer su propia competencia al control de la ejecución del Derecho comunitario en Alemania respecto al parámetro de los derechos fundamentales enunciados en la Constitución alemana, lo ha hecho «confiando en el ejercicio de cometidos análogos por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas».

Si el Tribunal de Justicia no ejerce más sus propios poderes atendiendo al «mandato», que le ha sido otorgado por los Tratados, los interpreta de forma extensiva, viola la identidad constitucional, eso equivale a «una autónoma e ilegítima modificación de los Tratados mismos» (párr. 338). La primacía del Derecho europeo —esta es una de las más relevantes implicaciones jurídicos-dogmáticas del razonamiento del Tribunal— es un instituto «derivado», fundado en un Tratado internacional, que puede tener fuerza legal solo a través de la orden de ejecución del Tratado (párr. 339)⁵².

⁵¹ J. LUTHER, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*

⁵² No relevaría en sentido contrario la circunstancia de que el principio no ha sido expresamente previsto en los Tratados, pero es de creación jurisprudencial (párr. 339). Ni la Declaración núm. 17 sobre la primacía, adjunta al Tratado de Lisboa comporta para la República federal el reconocimiento de una primacía incondicionada en términos de validez del Derecho de la Unión, que sería de dudosa constitucionalidad (párr. 331).

6.4. De esta forma —se ha observado— el Tribunal «relativiza»⁵³ y «nacionaliza»⁵⁴ el principio de la primacía. En realidad, el Tribunal de «Karlsruhe» hace, bajo algunos aspectos, menos y, bajo otros, más.

Hace menos, en cuanto se limita a reiterar que la primacía del Derecho europeo se debe configurar como primacía en la aplicación que no invalida el Derecho interno, sino que lo hace simplemente inaplicable⁵⁵.

Hace más, porque «nacionaliza» el principio, «constitucionalizándolo», reservando a sí mismo el acierto en la aplicación del principio de primacía y de la violación de la identidad constitucional e invitando «al legislador a cambiar la ley constitutiva y también, quizás, la Constitución» para formalizar y codificar esta nueva competencia»⁵⁶.

Aquí la tradicional dogmática de los contralímites, la noción «mite» de «europeización de los contralímites», el proyecto de una convergencia creciente y de una integración material entre los distintos ordenamientos

⁵³ S. CASSESE, «Il Trattato di Lisbona», *op. cit.*, p. 1005.

⁵⁴ M. P. CHITI, «Am Deutschen», *op. cit.*

⁵⁵ El Derecho federal — el Tribunal observa — en fuerza de cuanto dispone la Ley fundamental, prevalece sobre el Derecho del *Land* (cfr. Art. 31 de la Ley fundamental)». Al contrario, «el Derecho supranacional no produce un efecto parecido vinculante ni derogatorio», pero se limita a inhibir la aplicación cuando este viole el Derecho interno (inaplicación) «en la medida en que los Tratados lo prescriban y que la orden de aplicación, en virtud de la Ley de aprobación, lo permita (párr. 335).

⁵⁶ J. ZILLER, «Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona», en *Riv. It., dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 973 ss. El autor discute sobre una doctrina Solange III. Él subraya que la sentencia del *BVerfGG*, es «muta» respecto a la obligación del reenvío prejudicial por parte de las jurisdicciones de última instancia: «no sería conforme a los tratados si el *BVerfGG*, no estando de acuerdo sobre el fondo de la decisión del Tribunal de Justicia ante su reenvío prejudicial, decidiera unilateralmente la inaplicación a Alemania de una norma de la Unión europea. Esta es una posible lectura de la sentencia de 30 de junio de 2009». No es un caso que un grupo muy acreditado de juristas (véase el llamamiento disponible en la página internet www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf) haya propuesto una modificación del *BVerfGG*, que elimine toda «equivocación» sobre la obligación de reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del mismo *Bundesverfassungsgericht*.

constitucionales de la Unión cede el paso, manifiestamente, a una declinación «fuerte», muy exigente, de la noción de identidad constitucional nacional.

6.5. La invitación dirigida al Parlamento alemán a «constitucionalizar» la competencia del control es, por otro lado, motivada por el Tribunal sobre la base de una preocupación típicamente «comunitaria». La preocupación de que un control difuso de los jueces comunitarios (por ejemplo, el control sobre el respeto de la identidad constitucional, ahora derecho vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) acabaría comprometiéndolo «la funcionalidad del ordenamiento comunitario», su unidad: «una aplicación del Derecho constitucional favorable al Derecho europeo requiere que tanto el acierto «*ultra vires*», como el acierto de una violación de la identidad constitucional, se reserve al «Bundesverfassungsgericht», en el respeto de la idea del Derecho expresada en el art. 100, apartado 1, de la Ley fundamental» (párr. 241)⁵⁷.

¿Una ilusión, un exceso de confianza en las capacidades de uniformización de la jurisprudencia constitucional «en un solo País»? Ciertamente todo ello también se halla en las afirmaciones del Tribunal, pero antes aún cabe una implícita evaluación histórico-política, esto es, hay que considerar cerrada la época de la integración funcionalista, la cual ha llegado a su punto máximo.

Si se debiera abrir un «nuevo episodio de la integración» —parece decir la sentencia «Lissabon»— debería ser «cualitativamente diverso (...),

⁵⁷ En esta sede no se debe decidir en cuales procedimientos se pueda investir concretamente al *Bundesverfassungsgericht* de este control. Se puede plantear el recurso a procedimientos existentes, estos es, el control de constitucionalidad en forma abstracta (art. 94 párrafo 1 n. 2 Ley fundamental) y en forma concreta (art. 100, 1, Ley fundamental), el conflicto entre órganos (art. 93 párrafo 1, n. 3, Ley fundamental) y el recurso constitucional. Sin embargo, es posible también que el legislador establezca un procedimiento adicional de jurisdicción constitucional, limitado específicamente al control *ultra vires* y al control del respeto de la identidad, para asegurar el cumplimiento de la obligación de los órganos alemanes de desaplicar, en casos concretos y en Alemania, los actos del Derecho de la Unión *ultra vires* o lesivos de la identidad» (párr. 241).

no más funcionalista, sino constitucional»⁵⁸, o sea conforme a los principios y a los «valores» del ordenamiento constitucional alemán y de cada uno de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

La avocación al Tribunal del control sobre cada nueva fase integracionista de la Unión⁵⁹ es la «natural» consecuencia de esta nueva «calidad» y morfología del proceso de integración. La ampliación ulterior de la cobertura del control de conformidad del Tribunal a una serie de materias de áreas constitucionalmente sensibles —la reserva de la responsabilidad estatal para las esenciales «condiciones de vida» de los ciudadanos alemanes— es simplemente el desarrollo lógico de esta —para algunos inquietante, para otros razonable— «calidad» y morfología de la integración supranacional.

6.6. Por otro lado, la reivindicación para el Estado de competencias europeas en una serie determinada e indefinida de sectores constitucionalmente «sensibles» (derecho penal, defensa, uso de la fuerza, fiscalidad, Estado social, derecho de familia, sistemas de educación, y etc.), contenida en muchos párrafos de la sentencia en función de la tutela de las «condiciones de vida económicas, culturales y sociales» (párr. 249 y ss.) de los ciudadanos alemanes, representa la aplicación del postulado de la «responsabilidad nacional para la integración» del que, en opinión del Tribunal, son «guardianes» las instituciones constitucionales alemanas.

La reserva estatal en estos ámbitos es asumida, como es sabido, por el Tribunal como una de las condiciones (junto al mantenimiento de la soberanía estatal y al respeto de la identidad constitucional) correspondiente al «programa de integración».

Los Estados miembros —dice el Tribunal— deben conservar un «espacio suficiente» para el desarrollo de políticas nacionales propias.

Sin embargo, un «espacio suficiente» no significa —resaltan las lecturas «minimalistas» de la sentencia «Lissabon»— un espacio exclusivo. Queda un espacio amplio para las competencias concurrentes de la Unión

⁵⁸ L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo», *op. cit.*

⁵⁹ A. MANZELLA, «80 giorni dopo», *op. cit.*

también en las áreas tradicionalmente relacionadas con la soberanía del Estado, especialmente si se ponen en juego los aspectos transfronterizos ⁶⁰: es lógico, razonable y responde a la relevancia creciente que el principio de subsidiariedad ha asumido en el mismo Derecho de la Unión.

En cambio, mi impresión es que, también en este supuesto, la reivindicación de «espacios suficientes» para las intervenciones de los Estados miembros tenga en la sentencia «Lissabon» su principal fundamento de legitimación no tanto en el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el Derecho europeo, como en la nueva centralidad que el Tribunal ha atribuido a la soberanía y a la identidad constitucional, de acuerdo con la Ley fundamental ⁶¹.

De otro lado, la principal implicación que la «reserva estatal», relativa a las esenciales «condiciones de vida» de los ciudadanos alemanes, que ha suscitado el interés del Tribunal, comporta para el ordenamiento, es siempre la misma, es decir: la potencial ampliación del control jurisdiccional sobre el Derecho europeo en áreas que, ante la ausencia de la «reserva estatal», habrían remitido a la esfera de la autonomía parlamentaria y que, en cambio, podrían recaer en una especie de nuevo control «ultra vires» ⁶².

En fin, «control» y «protección» jurisdiccional nacional de la integración europea en el máximo nivel.

⁶⁰ G. L. TOSATO, «L'integrazione europea», *op. cit.*

⁶¹ La salvaguardia de un «espacio suficiente» («*ausreichender Raum*») para la determinación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales es asimismo un concepto inédito de la *Lissabon Urteil*.

⁶² Que este sea uno de los mensajes más importantes de la *Lissabon Urteil*, se puede deducir también de la distinta aptitud del Tribunal Constitucional Checo en una segunda sentencia sobre el Tratado de Lisboa (de 3 de noviembre de 2009). En esta sentencia se ha tomado de forma inequívoca las distancias de la *Lissabon Urteil*, citándola expresamente con respecto a un presunto *judicial activism* del *BVerfG*. Ante la petición de los recurrentes de fijar judicialmente (sobre la base del modelo de la *Lissabon Urteil*) el núcleo constitucional inderogable (*material core*), el Tribunal checo ha remarcado que estos límites absolutos a la integración europea tienen que ser fijados en primera instancia por el poder legislativo, porque se trata de una cuestión ante todo de naturaleza política remitida a la discrecionalidad del Parlamento (párr. 111).

7. ¿SOBERANÍA VERSUS COOPERACIÓN?

7.1. Habrá que atender al concreto desarrollo jurídico e institucional que las instituciones constitucionales alemanas darán en un futuro próximo a la primera «reserva» —la «reserva» de soberanía— al «programa de integración» para una revisión más cumplida y consciente del alcance efectivo de la sentencia «Lissabon»: del mayor acierto de las lecturas «minimalistas» o, viceversa, de aquellas «maximalistas» en orden a sus efectos sobre el ordenamiento alemán y el europeo.

Las lecturas «minimalistas», con referencia a la «reserva» de la soberanía, recuerdan como ya la sentencia «Maastricht» resaltó, de forma igualmente explícita y enfática, que la institución de la Unión no pusiera en discusión el postulado de la «persistente independencia y soberanía de los Estados miembros»⁶³.

«La República federal alemana —se escribe en un punto crucial de la sentencia “Maastricht”— también es (...) después de la entrada en vigor del Tratado de la Unión, miembro de una asociación de Estados, cuyo poder comunitario deriva de estos últimos y opera con efecto vinculante en el ámbito sometido a la soberanía alemana solo en virtud de la orden de ejecución alemana.

Alemania es uno de los “señores de los tratados” que mediante el Tratado de la Unión, estipulado para tiempo indeterminado, han contraído un vínculo asociativo duradero, aunque también podría retirarse mediante un acto contrario. La eficacia y la aplicación del Derecho europeo en Alemania derivan de la orden de ejecución contenida en las leyes de autorización.

Alemania conserva, por tanto, su calidad de Estado soberano y originario y el status de igualdad con los demás Estados soberanos de los que

⁶³ La «soberanía-independencia» de los Estados miembros de la Unión es un verdadero y propio postulado del así dicho enfoque «internacionalista» de la integración: véase más ampliamente A. CANTARO, «Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato», en S. MANGIAMELI (Coord.), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milán, Giuffrè, 2006, en particular, p. 521 ss.

se trata en el art. 2, 1 del Estatuto de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945»⁶⁴.

7.2. Sobre la base de éste y de otros puntos decisivos contenidos en la sentencia «Maastricht», las lecturas «minimalistas» tienen un espacio para resaltar que la sentencia «Lissabon» se haya limitado, también en este supuesto, a reiterar el postulado de la «intangibilidad» de la «soberanía-independencia» de los Estados miembros y el entero bagaje dogmático de su jurisprudencia precedente:

- a) la configuración de la Unión europea como «asociación de Estados nacionales soberanos»⁶⁵;
- b) el principio de que los Estados miembros «son permanentemente los señores de los tratados» (««Herren der Verträge»»);
- c) la representación (y cualificación) del ordenamiento europeo como ordenamiento derivado;
- d) la configuración de la Unión como un ente sin una propia legitimación democrática y, consecuentemente, la identificación del fundamento del poder comunitario «en los pueblos europeos democráticamente elegidos en los propios Estados»;
- e) el desconocimiento de que las instituciones de la Unión «puedan crear otras competencias autónomamente, la prohibición, en fin, de transferir «la competencia sobre la competencia» («Kompetenz/Kompetenz»);
- f) el sometimiento de los actos de la Unión al control del Tribunal constitucional y la posibilidad, cuando se consideraran «ultra vires», de excluir la aplicación en Alemania;
- g) la «persistente» existencia por parte de Alemania del derecho a retirar su propia adhesión a la Unión europea (derecho a retirarse) cuando no se hubiesen respetado las «condiciones» hasta aquí mencionadas.

⁶⁴ *BVerfGE*, 89, 155, (190) trad. it., en *Giur. Cost.*, 1994, p. 694.

⁶⁵ Críticamente M. P. ЧИТИ, «Am Deutschen», *op. cit.*

7.3. Las referencias textuales citadas reflejan, sin duda, la continuidad, textual e incluso «literaria», de algunos puntos cruciales de la sentencia «Lissabon» con la sentencia «Maastricht» en orden a la configuración de la soberanía del Estado alemán como un «valor» que condiciona el proceso de integración, en su última y más profunda esencia, desde un punto de vista político constitucional ⁶⁶.

A este propósito, se pueden invocar, con igual fundamento, otras referencias textuales cuya función es apoyar las interpretaciones «maximalistas» que en la sentencia «Lissabon» suponen una radicalización del «valor» de la soberanía respecto de la jurisprudencia anterior. Las lecturas «minimalistas» tienden a devaluar tales referencias textuales; o de todas formas, le niegan significativas implicaciones jurídicas en las relaciones entre ordenamientos.

En cambio, las lecturas «maximalistas» tienden «a enfatizar tales referencias textuales, concibiendo las afirmaciones del Tribunal propedéuticas a un «ulterior proceso de erosión de la idea europea» a favor de «una visión reduccionista» del espacio supranacional, reducido a un «gran mercado organizado o a una especie de oasis protegido de las turbulencias externas» ⁶⁷.

7.4. Habrá que esperar, como se decía arriba.

Sin embargo, la impresión es que las lecturas «maximalistas» sobrevaloran excesivamente la capacidad de una sentencia, aunque acreditada, de marcar un cambio negativo en el proceso de integración. Más bien, como ya se ha subrayado, registran un clima y se conforman a todo ello.

Las lecturas «minimalistas» devalúan el diverso contexto histórico-político en el que la sentencia «Maastricht» y la sentencia «Lissabon» han sido pronunciadas.

A este propósito, las mismas argumentaciones y las mismas motivaciones adquieren una relevancia diversa y un significado normativo distinto según el momento en el que hayan sido pronunciadas. Un discurso es

⁶⁶ La participación de la República Federal de Alemania depende de su voluntad persistente y constante de pertenecer a la Unión europea. Los límites jurídicos de tal voluntad dependen de la Ley fundamental» (párr. 329).

⁶⁷ G. VEROLA, «Volk, patriotismo parlamentare», *op. cit.*

apelar a la «intangibilidad de la soberanía-independencia» tras un tratado «revolucionario»⁶⁸, como el Tratado de Maastricht, otro discurso es hacerlo el día siguiente al «abandono» de la denominada Constitución europea.

En 1993 se había pensado en aquella apelación para poner «frenos» a una integración supranacional que aparecía (todavía) en su fase ascendente: para limitar y disciplinar los «excesos» del método «comunitario» de la integración progresiva, no para liquidarlo ni cambiar su lógica.

En cambio, en 2009, aquella apelación parece pensada prevalentemente para proclamar la crisis y codificar la decadencia, para cerrar definitivamente cuentas con «la pretensión» decadente de la supranacionalidad de ponerse como fuente de decisiones jurídicas autónomas con respecto a los ordenamientos de los Estados miembros⁶⁹. Y quizás —es la clave de lectura de la sentencia «Lissabon» que se ha privilegiado aquí— para comenzar a prefigurar otros escenarios, otros modelos de integración.

7.5. Como se ha observado correctamente⁷⁰, la expresión más auténtica de la sentencia «Maastricht», aún cuando recurría a expresiones de la dogmática jurídica tradicional, no era tanto la noción de soberanía de carácter «estatal», como aquella «constitucionalista» de «cooperación». Es decir, de «equilibrio» entre entidades de nivel constitucional: igualmente constitucionales.

«Los Estados miembros, se ha escrito en un punto muy significativo de la sentencia «Maastricht», han fundado la Unión europea para realizar conjuntamente una parte de sus funciones y para ejercer, asimismo conjuntamente, con tal fin, su propia soberanía (...)»⁷¹.

«Se representaba, entonces, la Unión como un lugar en el que tomaba «forma» y se encarnaba una soberanía «compartida» entre los Estados.

⁶⁸ C. PINELLI, «Perché Karlsruhe non convince», *op. cit.*

⁶⁹ Para C. SCHÖNBERGER, «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», *op. cit.*, 1207 «While the Constitutional Court that decided the *Maastricht Case* had still been cautiously open to future developments of the European Union, the Court at work in the *Lisbon Case* is hermetically closed to any further evolution».

⁷⁰ L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo», *op. cit.*

⁷¹ *BVerfGE*, 89, 155, en *Giur. Cost.*, *op. cit.*, p. 693.

Consecuentemente, la misma desprestigiada expresión ««Staatenverbund»» («Asociación de Estados»: ni «Staatenbund» —Confederación— ni «Bundesstaat» —Estado federal—), acuñada en la sentencia «Maastricht», parecía dirigida sobre todo a subrayar la originaria y permanente síntesis de ordenamientos, entre los Estados miembros y la Unión, entre la Unión y los Estados miembros.

En cambio, en la sentencia «Lissabon» la misma expresión parece utilizada con el objetivo de enfatizar la diversa naturaleza político-jurídica de las dos entidades territoriales: de los Estados miembros, como entidades todavía plenamente titulares de la totalidad de los poderes y de las funciones de la soberanía clásica; de la Unión europea, como organización «ajena», ente «derivado», que todavía no se puede adscribir al «genus» de las organizaciones de Derecho internacional y cuyo ordenamiento «derivado» está sometido enteramente al poder de disposición de los Estados miembros.

7.6. El párrafo 226, al que tantas veces nos hemos referido es, en nuestra opinión, claro testimonio, en el lenguaje y en la estructura lógica de los enunciados, de esta especie de «renaissance» monista en clave estatal.

Por tal razón, en esta ocasión el Tribunal constitucional alemán da una lectura estrictamente procedimental del «mandato constitucional de integración», ex art. 23, 1 de la Ley fundamental. La norma constitucional se concibe como una norma de mera autorización («La ley fundamental autoriza (...)»). Es la autorización a la integración como acto subordinado inderogablemente «a la condición de que se conserven las característica del Estado constitucional soberano».

La intangibilidad de la «soberanía-independencia» se interpreta como un «prius», como un («valor») parámetro de legitimidad del «programa de integración». Un significativo cambio de tendencia respecto a una jurisprudencia que había buscado, todavía en «Maastricht», un punto de equilibrio en la necesaria reciprocidad de vínculos y de obligaciones entre los Estados miembros y la Unión europea ⁷².

⁷² L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo», *op. cit.*

La tensión hacía la cooperación y la síntesis de los ordenamientos ya no parece ser la preocupación principal del Tribunal de «Karlsruhe»⁷³. En su lugar aparece una «ponderación desigual» en ventaja del ordenamiento alemán: la conservación del «Estado constitucional soberano» como valor prioritario que condiciona el «programa de integración», cual valor-parámetro al que vincular estrictamente los desarrollos del ordenamiento europeo.

8. LAS (POTENCIALES) IMPLICACIONES ASIMÉTRICAS DE LA «LISSABON URTEIL»

8.1. Casi no es necesario subrayar que si las jurisdicciones constitucionales de los otros países miembros hubiesen sido impulsadas, también por un natural efecto imitativo, a seguir un enfoque parecido al alemán, y a implementarlo, el tradicional postulado comunitario y supranacional de un derecho eficaz para el territorio europeo en su conjunto hubiera sido sometido a una dura prueba.

Por todo ello, si otros tribunales constitucionales actuasen como «guardianes» de las respectivas identidades constitucionales, los riesgos de una

⁷³ Es oportuno recordar que en la séptima máxima de la sentencia *Maastricht* se había evidenciado como el *BVerfG* ejerciera su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario con una aptitud cooperativa. Este concepto desaparece, significativamente, en la *Lissabon Urteil*. Al contrario, aquí el *BVerfG* utiliza la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el asunto *Kadi* —de 3 de septiembre de 2008, C-402/05 y 415/05— (sentencia en la que el Tribunal de Justicia, ante la pretensión de la eficacia vinculante para el Derecho internacional de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas considera que se puedan oponer «principios constitucionales» del Derecho de la Comunidad) para reivindicar a sí un poder análogo de oponer al Derecho comunitario el límite insuperable del respeto del principio de atribución y de la identidad constitucional alemana. Este aspecto ha sido resaltado también por S. MANGIAMELI, «Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the «controlimiti»», Intervención presentada durante el Curso de Verano en *European Public Law 2009*, Konstanz (Alemania) - *Transnational Judicial Dialogue in Europe*.

fragmentación y de una proliferación de particularismos difícilmente podrían ser contenidos.

8.2. Los «valores» que en el imaginario de cada uno de los Tribunales constitucionales integran el núcleo indefectible e inviolable de la identidad constitucional nacional, sin hablar de los «valores» constitucionalmente sensibles, son muy distintos entre ellos.

La cuestión no afecta solo a los temas, considerados particularmente controvertidos en la actualidad, como es el caso de la familia y de la bioética⁷⁴, sino también, obviamente, a muchos otros, a partir de aquellos principios e institutos fundamentales de la Constitución económica y social de cada Estado miembro⁷⁵.

Como ha sido resaltado polémicamente, «si todos los tribunales quisieran afirmar su propio modo de reconocer la identidad, porque un país se reconoce en su escuela, otro en su sistema de seguridad social, otro en la circulación callejera, etc., ello daría lugar no solo a identidades distintas, sino también a modalidades diversas de singularizar la propia identidad. Total, una cacofonía de voces»⁷⁶.

8.3. Los objetivos de uniformidad, de previsibilidad, de igualdad de trato, de regulación uniforme y homogénea perseguidos hasta ahora por la integración jurídica supranacional serían comprometidos gravemente.

Las implicaciones asimétricas de la sentencia «Lissabon» son, en definitiva, potencialmente desbordantes. Y ello no tanto por los contenidos es-

⁷⁴ G. M. FLICK, «A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?», en *www.astrid-online.it*.

⁷⁵ V. CERULLI IRELLI, «Verso un cauto rafforzamento», *op. cit.* Para una confirmación, con respecto al tema de la orden de detención europea, véase F. VECCHIO, «La sentenza 199/2009 del Tribunale Costituzionale spagnolo e l'inversione dell'interpretazione conforme come nuovo strumento del costituzionalismo asimmetrico, (versión provisional)», Comunicación presentada en el Seminario sobre *Critica europea su Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Urbino (Italia), de 25 de marzo de 2010.

⁷⁶ S. CASSESE, «Trattato di Lisbona», *op. cit.*, p. 1006.

pecíficos —del texto de la sentencia, como se ha visto, se pueden elaborar abstractamente y de forma absolutamente legítima interpretaciones contrapuestas— sino porque la sentencia parece representar, en realidad, la punta de un «iceberg»: la ocasión que ha hecho plásticamente evidente el agotamiento de la (tradicional) filosofía coral, unitaria y simétrica de la integración y la aparición de una filosofía asimétrica, diferenciada, «à la carte».

8.4. La decadencia de la originaria «filosofía» de la integración, es, en realidad, un tema tradicional y, probablemente, el Tratado de Lisboa pasará a la historia como el lugar «constitucional» en el que se ha tomado conciencia de tal decadencia y se han empezado a institucionalizar, con más convicción, los procedimientos y las condiciones para una nueva morfología de la integración.

Es sintomático que ya el «iter» de revisión de los Tratados haya asumido los rasgos declarados de la asimetría⁷⁷, luego profundizados ulteriormente y exaltados por el proceso que ha llevado a la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de Irlanda.

La fase preparatoria del Tratado de Lisboa ha estado caracterizada por una serie infinita de negociaciones bilaterales entre los Estados miembros que, de hecho, han sustituido a la tradicional negociación colectiva. Negociaciones bilaterales que responden, de forma evidente, a la exigencia política de evitar una larga lista de recriminaciones (que pongan en riesgo todo el proceso de revisión). Mucho mejor, ante la ausencia de una ética supranacional compartida, es proceder —se ha dicho— con la «técnica» de las Declaraciones adjuntas al texto del Tratado y de los protocolos derogatorios para esta o aquella materia, para este o aquel país⁷⁸.

⁷⁷ N. VEROLA, «Convenzione, CIG tradizionali e “asimmetriche”- i tre volti del processo di riforma 2002-2007», en A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (Coord.), *Dal Trattato costituzionale, op. cit.*

⁷⁸ «Para tener constancia es suficiente hojear —se ha observado— las 76 páginas de los protocolos adjuntos al Tratado y las 25 páginas de las declaraciones finales en las que las posiciones nacionales han suscitado de forma minuciosa, con puntillo y casi con protervia, el interés común europeo. Particularmente rompedora (...) la concesión a Reino Unido, Polonia y a República Checa de un *opting-out* respecto

El precio pagado para obtener la ratificación por la vía del referéndum del Tratado por Irlanda ha sido la «concesión» de un enésimo protocolo adjunto a los Tratados. No solo las pleonásticas garantías para uso y consumo de la opinión pública irlandesa respecto de la extensión efectiva de las competencias de la Unión. Cuanto, sobre todo, la extensión concedida respecto del alcance jurídico de la Carta de los derechos fundamentales, con el fin de «salvaguardar» las disposiciones constitucionales irlandesas sobre la tutela del derecho a la vida, sobre la protección de la familia y sobre los derechos en materia de instrucción.

No es la primera excepción, vistos los precedentes de Polonia y de Reino Unido, a la plena eficacia jurídica de la Carta de Niza, sino, más bien, una confirmación adicional de que en la nueva fase del proceso de integración se había elevado la diversidad nacionalista a principio fundamental. Y, por esta vía, la paradoja de una Carta de los Derechos que, nacida bajo la estrella de un constitucionalismo «universal», arriesga convertirse en un «estatuto de los derechos variables», según (también) el «lugar» en el que se invoca como instrumento de tutela.

8.5. Todo ello no significa que el proceso de integración haya llegado a su epílogo.

Lo decadente es una cierta forma de representar, entender y realizar el proceso de integración jurídica, su morfología comunitaria, el horizonte de sentido que ha sostenido a lo largo del tiempo.

de la nueva naturaleza jurídicamente vinculante atribuida a la Carta de los derechos, lo cual garantiza que en aquellos Países no sean aplicables aquellas normas que, como el Tribunal constitucional italiano ha afirmado (sentencias n. 135/2002, 393/2006 y 394/2006) deberían expresar los «principios comunes a los ordenamientos europeos». A todo ello hay que añadir, para citar los más relevantes, los protocolos negociados específicamente para permitir a Reino Unido e Irlanda intervenir o, al contrario, sustraerse de algunos sectores de la cooperación judicial y policial, o el protocolo sobre la «posición de Dinamarca», un verdadero emblema, en sus bizantinismos, de la voluntad obstinada de algunos países de reafirmar los puntos de vista nacionales». Véase al respecto: F. BASSANINI, G. TIBERI, *Il Trattato di Lisbona e le nuove istituzioni europee*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Estamos transitando probablemente del paradigma «clásico» de la unidad en la diversidad al paradigma «postmoderno» de la diversidad en la unidad. Del paradigma, en fin, de una «identidad compartida» al paradigma de un «compartimiento de identidades».

El primero, como es sabido, reconoce y garantiza la diversidad en los límites de un «ordenamiento» «programáticamente» unitario, coral, simétrico.

El segundo mueve el péndulo entre unidad y diversidad a favor de la diversidad: el ordenamiento se concibe como genéticamente y estructuralmente «plural, diferenciado, asimétrico».

8.6. En este sentido, la «Lissabon Urteil» representa «simplemente», como ya se ha dicho, la punta de un «iceberg». La ocasión que podría empujar a un desarrollo ulterior y a una racionalización de las implicaciones asimétricas del Tratado de Lisboa.

Del episodio alemán podría nacer —como se ha subrayado por parte de uno de los primeros comentaristas de la sentencia «Lissabon»— una indicación ulterior a favor de aquellas cooperaciones reforzadas, indicadas por muchos como la mejor solución «constitucional» para avanzar, a pesar de todo, en el proceso de integración, en una fase en la que prevalecen los estímulos y las diferenciaciones nacionalistas.

A este propósito, las cooperaciones reforzadas, permitirían —como se ha dicho— evitar el riesgo de que las numerosas identidades constitucionales, no homogéneas en absoluto entre ellas, que se podrían invocar, acaben bloqueando este proceso. Todo ello en la perspectiva de favorecer una cohesión mayor, entre los países miembros, que registran un mayor porcentaje de homogeneidad respecto de las respectivas identidades»⁷⁹.

8.7. Una lectura ésta políticamente posible de la sentencia, una lectura, a su manera, optimista y constructiva. Ciertamente no una indicación inmediatamente emergente.

El «mensaje» político-constitucional, declarado y explicado de forma cumplida, de la sentencia «Lissabon» es, en realidad, más complejo, ambi-

⁷⁹ G. M. FLICK, «A proposito della sentenza del BVG», *op. cit.*

guo y sofisticado. Un cierto modelo de integración — supranacional y funcionalista — se ha acabado— y el «nuevo episodio de la integración»⁸⁰ ha de ser cualitativamente diverso: políticamente condicionado por los «valores» nacionales, constitucionalmente «responsable», vinculado a las garantías internas, propias de cada uno de los Estados miembros de la Unión. En fin, una «integración protegida», una integración «bajo tutela».

Por esta razón, en la interpretación de la sentencia se ha preferido resaltar, sobre todo, las implicaciones dogmáticas del planteamiento del Tribunal y, de ahí, los riesgos de una «anarquía asimétrica», ínsitos en tales implicaciones dogmáticas.

En tal sentido, si seguimos de forma rigurosa las principales afirmaciones de la sentencia «Lissabon» es difícil evitar la sensación de que el Tribunal constitucional alemán ha tenido como objetivo rediseñar el cuadro completo de las relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento europeo y someter a una fuerte tensión la «tradicional» dogmática monista de la doctrina comunitaria.

La sentencia «Lissabon» no abandona el «tradicional» dualismo de la jurisprudencia anterior. Lo radicaliza y lo inclina en la dirección de una «renacionalización constitucional»⁸¹ del ordenamiento europeo.

¿Funcionará? ¿O alimentará, al contrario, aún más, la tendencia a la asimetría del orden constitucional europeo? Temo, respecto del paradigma multinivel, que la respuesta correcta sea la segunda.

Veremos si los desarrollos de la jurisprudencia constitucional alemana confirman esta previsión o corrigen esta tendencia⁸².

⁸⁰ L. VIOLINI, «Tra il vecchio e il nuovo, *op. cit.*

⁸¹ N. VEROLA, «Volk», *op. cit.*

⁸² El reciente pronunciamiento del *BVG*, de 2 de marzo de 2010, «*Vorratsdatenspeicherung*», nos facilita importantes indicaciones. Con esta sentencia el *BVG* ha declarado inconstitucional — en relación con el art. 10 *GG* — la ley alemana de transposición de la directiva comunitaria n. 24 del 2006, relativa al archivo de los datos personales. Ante la petición de los recurrentes de un reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia, el *BVG* ha rechazado esta opción y se ha pronunciado directamente sobre la compatibilidad de la norma nacional de transposición a la Constitución alemana. El tenor de la motivación incrementa, sin embargo, la duda de que el *BVG* con-

Resumen:

En el presente estudio el autor se plantea cuál es el alcance jurídico y constitucional de la sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa («Lissabon Urteil»).

A este propósito, el autor adopta una perspectiva más equilibrada y sistemática respecto tanto a la «perspectiva minimalista» como a «la perspectiva maximalista». En su opinión, la sentencia «Lissabon» no es sólo un «caso» de Derecho «interno» que no afectará al Derecho de la Unión y cuyos efectos se limitan al ordenamiento alemán; y tampoco es sólo un caso de Derecho «europeo», cuyos efectos se proyectan en las relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento europeo, así como entre el ordenamiento europeo y los distintos ordenamientos de los Estados miembros.

La sentencia «Lissabon» es todo ello y algo más. Es la expresión tangible de una filosofía relativamente inédita de la integración, «la integración protegida». Una integración puesta bajo la tutela permanente de los órganos constitucionales nacionales («responsabilidad parlamentaria») y bajo la tutela del Tribunal alemán («responsabilidad jurisdiccional»), hacia la conservación del «Estado constitucional soberano».

Éste es el mensaje «constitucional» recogido en la sentencia «Lissabon», que profundiza y radicaliza la asimetría que caracteriza a la Unión Europea y las relaciones con sus Estados miembros.

Palabras Clave: *Democracia, identidad constitucional, Unión Europea, integración protegida, Tribunal Constitucional Federal Alemán, «Lissabon Urteil», responsabilidad parlamentaria, responsabilidad jurisdiccional.*

Abstract:

In this study the author examines what is the juridical and constitutional sense of the sentence of the Federal Constitutional Court of Germany of the 30th June 2009 on the Treaty of Lisbon («Lissabon Urteil»).

In this regard, the author adopts a more balanced and systemic perspective both towards the «minimalist perspective» and «the maximalist perspective». In his opinion, the «Lissabon» sentence is not only a case of «internal» Law that does not affect the European Union Law and whose effects will limit the German system; but neither it is only a case of «European Union Law», that shows the necessity of a

sidere también la directiva comunitaria incompatible con el GG; y que, solo por razones «tácticas», haya evitado pronunciarse directamente sobre la misma. Sobre este acontecimiento véase: C. DESIMONE, «Pitting Karlsruhe against Luxembourg? German data protection and the contested implementation of the EU data retention directive», en *German Law Journal*, 2010, p. 291 ss.

change in the relationships between Germany and the European system and between the European and the different systems of the Member States.

The «Lissabon» sentence is all that and something more, it is the tangible expression of a relatively inedited philosophy of integration, the «protected integration». An integration under the permanent protection of the constitutional national organs («parliamentary responsibility») and under the protection of the German Court («jurisdictional responsibility») to conserve the «constitutional sovereign State».

This is the «constitutional» message established in the «Lissabon» sentence that deepens and radicalizes the asymmetry that characterizes the European Union and its relationships with the Member States.

Keywords: *Democracy, constitutional identity, European Union, protected integration, Federal Constitutional Court of Germany, «Lissabon Urteil», parliamentary responsibility, jurisdictional responsibility.*