

# INTEGRACIÓN EUROPEA Y LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ<sup>1</sup>

mazpitar@ugr.es

## *Cómo citar/Citation*

Azpitarte Sánchez, M. (2016).  
Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional.  
*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 941-975.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.55.05>

## **Resumen**

Este trabajo considera que el proceso de integración obliga a formular con términos renovados el debate clásico en torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Para el planteamiento del problema toma como caso de estudio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Se destacan los presupuestos teóricos desde los que ha reconstruido el parámetro y el objeto de control. A continuación, se valoran críticamente los presupuestos de esta jurisprudencia y se propone otra solución que parte de la certidumbre del parámetro de control.

## **Palabras clave**

Integración europea; legitimidad de la jurisdicción constitucional; Tribunal Constitucional Federal Alemán.

## EUROPEAN INTEGRATION AND THE LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

## **Abstract**

This paper considers that the European integration reshape the classical topic of the legitimacy of the constitutional jurisdiction. To understand this problem, the essay analyzes the case of the German Constitutional Court. Therefore, its theoretical

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

foundations are underlined, as well as the criticizes reconstruction of its jurisdiction. Finally, the paper the jurisprudence of the German Constitutional Court and propose another solution based on the clarity of the canon of control.

### **Keywords**

European integration; legitimacy of the constitutional jurisdiction; German Constitutional Court.

## **INTÉGRATION EUROPÉENNE ET LÉGITIMITÉ DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNEL**

### **Résumé**

Cet article estime que le processus d'intégration est obligé à reconsidérer le débat classique autour de la légitimité de la juridiction constitutionnelle. Pour le faire on prend comme cas d'étude la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand. On souligne ainsi les points de partie théoriques selon lesquels le Tribunal a édifié les questions relatives au paramètre et à l'objet de contrôle. Après on va considérer d'un point de vue critique les bases de cette jurisprudence et on va proposer une autre aperçue suivant la certitude du paramètre de contrôle.

### **Mots clés**

Procès d'intégration; légitimité de la juridiction constitutionnelle; Cour constitutionnelle fédérale allemande.

## SUMARIO

---

I. LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE EL CONTROL DEL DERECHO DE LA UNIÓN. II. UN MODELO A ESTUDIO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: 1. El punto de partida normativo: la equivalencia entre el poder de integración y el poder de reforma; 2. Las consecuencias procesales del principio democrático: la extensión de la legitimación activa y del objeto de control: 2.1. *La universalización de la legitimación activa*; 2.2. *Control de actos y control de omisiones*; 3. La reconstrucción del parámetro: la democracia nacional como presupuesto y su concreción en el control ultra vires y/o de identidad constitucional: 3.1. *El principio democrático: un parámetro flexible en las formas e irreductible en su esencia*; 3.2. *De la democracia nacional a la identidad constitucional*; 3.3. *Democracia nacional/Identidad constitucional y las formas necesarias de la Unión y del Estado*; 3.4. *La reserva de jurisdicción del TCFA y la concreción de los límites*; 4. La operatividad práctica de los límites al proceso de integración: el control de racionalidad de la aplicación judicial del derecho: 4.1. *El control ultra vires*; 4.2. *El control de la identidad constitucional*. II. POR UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PRACTICABLE: 1. ¿Debemos trasladar al poder de integración los límites previstos para la reforma constitucional?: 1.1. *El poder de integración y la reforma constitucional no son comparables*; 1.2. *El uso de los límites del poder de reforma no potencia la legitimidad de la jurisdicción constitucional*; 2. La certidumbre del parámetro de control como premisa insoslayable para una jurisdicción constitucional practicable: 2.1. *De los principios y las categorías abstractas: su lugar adecuado en la reflexión jurídico-constitucional*; 2.2. *El singular problema de los derechos fundamentales*.

---

## I. LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE EL CONTROL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La legitimidad de la jurisdicción constitucional es un tema clásico del derecho público. Reedita el dilema capital que atraviesa a toda organización jurídica, la tensión entre el ser y el deber ser, proyectándola sobre la normati-

vidad de la constitución en el tiempo y el tipo de poder que ha de actualizarla. Son muchas las teorías que intentan explicar la contribución de la jurisdicción constitucional en este asunto; básicamente conjugan ideas sobre la especial calidad de la norma que garantizan, la constitución, o la importancia de someter a derecho su objeto natural de control, la ley.

En este ensayo sostengo que el proceso de integración obliga a abrir una nueva línea de reflexión sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional, en tanto que se le llama a controlar un derecho generado extramuros del proceso político estatal, su hábitat lógico de actuación. Además, el derecho de la Unión conforma un ordenamiento con su propia norma suprema, sistema de fuentes y garantía jurisdiccional, lo que explica en gran medida que sus instituciones no se sientan vinculadas a las constituciones nacionales, por más que en ellas esté la causa primera de la existencia de la Unión. Entonces, ¿qué papel ha de cumplir la jurisdicción constitucional, si es que le corresponde alguno?

La solución a este interrogante pasa por definir el nuevo contexto en el que se despliega la jurisdicción constitucional a la luz del proceso de integración. Históricamente, el dilema de su legitimidad ha estado ligado al asunto general de la vigencia en el tiempo de la norma suprema, de suerte que la indagación consistía en pensar sobre la capacidad de la jurisdicción constitucional para actualizar la normatividad de la constitución. En mi opinión, el proceso de integración, sin desplazar la cuestión clásica, introduce nuevas coordenadas. Ya no se trata solo de la conexión entre constitución y tiempo, sino también del vínculo entre constitución y espacio: ¿qué función ha de desempeñar la jurisdicción constitucional frente a normas —el derecho de la Unión— que se producen fuera de su espacio de control, pero que inciden directamente en el ordenamiento estatal, ampliando o reduciendo las posibilidades constitucionales de sus ciudadanos?<sup>2</sup>

Para abordar este tema, en el siguiente epígrafe voy a detenerme, a modo de caso de estudio, en la respuesta que ha ofrecido el Tribunal Constitucional Federal Alemán (desde ahora TCFA). Conviene centrarse en este órgano judicial por las siguientes razones. Es la jurisdicción que más intensamente se ha ocupado de esta cuestión y en los últimos años ha ofrecido nuevas perspectivas. Además, siempre lo ha hecho partiendo de un claro fundamento teórico sobre el sentido de la constitución y su jurisdicción. Y al hacerlo de este modo ha marcado el paso al resto de tribunales estatales y a la propia

---

<sup>2</sup> En un sentido similar, Christoph SCHÖNBERGER, «Identitärerä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 63, 2015, pp. 42-62, p. 43.

Unión Europea. En el tercer epígrafe intentaré mostrar las dudas que genera la doctrina del TCFA. A su vez postularé un acercamiento distinto, que defiende una jurisdicción constitucional pragmática, apoyada sobre la certidumbre de los parámetros de control a partir de los cuales ha de desarrollar una función de mediación entre los distintos discursos constitucionales.

## II. UN MODELO A ESTUDIO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA NORMATIVO: LA EQUIVALENCIA ENTRE EL PODER DE INTEGRACIÓN Y EL PODER DE REFORMA

El control por parte del TCFA del derecho de la Unión y su aplicación estatal se ancla en el art. 23 de la Ley Fundamental. El apdo. primero, como es bien conocido, estipula que la participación de la República Federal en la Unión Europea está sometida a una serie de límites materiales: los principios democrático, Estado de derecho, social, federal, subsidiariedad y un respeto de los derechos fundamentales comparable al garantizado por la Ley Fundamental. A su vez, este mismo art. ordena que en la reforma de los Tratados constitutivos rijan las barreras intraspasables dispuestas en el apdo. 3 del art. 79, a saber, la división de la Federación en *Länder*, la participación de estos en la potestad legislativa, la dignidad humana (art. 1) y la calificación de la República Federal de Alemania como un Estado federal, social y democrático (art. 20.1).

Extender al poder de integración los límites previstos para la ley de reforma constitucional, tal y como hace el art. 23, demarca un terreno de juego cuyo eje es la dicotomía clásica entre poderes constituidos y poder constituyente. Recordemos en este sentido que la reforma constitucional, articulada en Alemania mediante ley, esto es, en forma de poder constituido, modifica el texto de la Norma Suprema, por lo que resulta extraño, a diferencia del resto de leyes, aspirar a que la Constitución sea freno. Para resolver esta dificultad se recurre a la idea de los límites intangibles, tope frente a los cambios que afectan a los fundamentos constitucionales, fenómeno que bien pronto condujo a la doctrina alemana a usar términos como el de límites inmanentes<sup>3</sup>, núcleo

<sup>3</sup> Creo que conserva una utilidad esencial el temprano análisis de Horst Ehmke, realizado desde una perspectiva histórica y dogmática, y en la que distingue, ya en la parte dogmática, entre límites trascendentes, inmanentes y de derecho positivo, Horst EHMKE, «Grenzen der Verfassungsänderung», en su libro *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Athenäum, 1981, p. 93 y ss.

constitucional o identidad constitucional<sup>4</sup>. En cualquier caso, se acepta de manera general que apartarse o superar esos pilares supondría desmontar la Ley Fundamental, acción para la que solo es viable el poder constituyente, el cual está previsto en el art. 146.

Siguiendo este hilo conceptual, pero ahora en referencia al poder de integración, la Ley Fundamental entiende que la transferencia de potestades públicas a la Unión difícilmente resultará en un conflicto directo con el texto constitucional y que, por ello, se hace necesario dotar al TCFA de parámetros con los que reaccionar frente a las modificaciones de los Tratados constitutivos (segunda parte del art. 23.1) o los actos de derecho derivado (primera parte del art. 23.1) que dejando incólume la literalidad de la Ley Fundamental, sin embargo, quiebren sus cimientos<sup>5</sup>. No obstante, este paso abre de inmediato un panorama lleno de incertidumbre, pues resulta difícil decantar de manera operativa los principios que han de articular el control.

## 2. LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y DEL OBJETO DE CONTROL

### 2.1. La universalización de la legitimación activa

Desde estos mimbres normativos, el TCFA ha hecho del principio democrático la magnitud sobre la que gira su juicio del derecho de la Unión, tanto el originario, como el derivado. Ahora bien, el principio democrático no opera en sí mismo, sino que se introduce en la dinámica de control a través del derecho reconocido en el art. 38 de la Ley Fundamental, que asegura, entre otras cosas, la provisión del Bundestag mediante unas elecciones generales, directas, libres iguales y secretas. derecho que sin ser fundamental en sentido

<sup>4</sup> Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, C.F. Müller, 20ª ed., Heidelberg, p. 292.

<sup>5</sup> Me parece que lleva razón LEPSIUS cuando subraya las consecuencias de la *Solange II*. Históricamente, el TCFA en términos generales, construyó su legitimidad a partir de los derechos fundamentales; la certidumbre y el significado del parámetro cimentaron su prestigio. En *Solange II*, el TCFA, respecto al derecho de la Unión, cede el canon que tantos resultados le había dado y se encuentra en la necesidad de buscar nuevos límites, razón por la que, incluso abandonando su estilo habitual, recurre a las grandes fórmulas, a partir del agarre que le ofrece la Ley Fundamental, Oliver LEPSIUS, «Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 63, pp. 63-90, 2015, en especial pp. 73, 75 y 78.

estricto, se le reconoce la garantía de la *Verfassungsbeschwerde* ante el TCFA (art. 93.4.a de la Ley Fundamental).

Esta aplicación de un principio general mediante un derecho susceptible de ser reivindicado ante el TCFA es un movimiento estratégico de hondo calado<sup>6</sup>, puesto que conlleva una cualificada ampliación de la legitimación activa para revisar el derecho de la Unión, en cuanto que se le otorga la acción a cualquier persona<sup>7</sup>. De no haberse volcado en un derecho, el principio democrático tan solo hubiera encontrado su lugar en el curso de los procedimientos de control de normas, bien por el incidente de un juez (§ 13.11 de la Ley del Tribunal Constitucional), bien por un recurso directo cuya legitimación está reservada al Gobierno Federal, los Gobiernos regionales o una cuarta parte de los miembros del Bundestag (§ 13.6 de la Ley del Tribunal Constitucional), a sabiendas de que el amparo directo frente a leyes ha experimentado en la práctica una significativa restricción. Así las cosas, el juicio del derecho de la Unión ha sido activado por parlamentarios a título personal para controlar las leyes de atribución de potestades y actos de la Unión; o por particulares para reaccionar frente a la aplicación judicial del derecho de la Unión; y en menor media y éxito mediante el conflicto entre órganos postulado por un grupo parlamentario.

## 2.2. Control de actos y control de omisiones

La encapsulación del principio democrático en el derecho del art. 38 ha servido además para enjuiciar todo acto de aplicación del derecho de la

<sup>6</sup> La imbricación del principio democrático en el art. 38 ha sido también útil para dar forma a una doctrina que, pese a sus derivaciones (control de precisión en la atribución, control *ultra vires* o control de identidad), parte de una matriz común. Esto es importante porque de algún modo, hasta la doctrina *Solange II*, el TCFA solo contaba con una dogmática capaz de explicar el control derivado de los derechos fundamentales, quedando en duda cómo aplicar, e incluso si eran aplicables, el resto de disposiciones constitucionales.

<sup>7</sup> Encontramos ejemplos doctrinales que proponen ya una caracterización autónoma del «recurso sobre la integración» (un «super recurso», p. 539), con características propias frente al resto de *Verfassungsbeschwerde*, Roman LEHNER, «Die „Integrationsverfassungsbeschwerde« nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materielle rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde», *Der Staat*, núm. 52, 2013, pp. 535-562; en cambio, crítico con la naturaleza de acción popular que ha cobrado el art. 38, Holger GREFRATH, «Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen? Das Lissabon-Urteil zwischen actio pro socio und negativer Theologie», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 135, 2010, pp. 222-250, p. 245.

Unión, dado que la *Verfassungsbeschwerde* tiene por objeto cualquier medida de derecho público (art. 93.1.4.a de la Ley Fundamental). Merece la pena subrayar que esta vía ha sido la utilizada para verificar la constitucionalidad de la ley de atribución de competencias (*Zustimmungsgesetz*)<sup>8</sup>. No es este un dato menor, por cuanto que el TCFA se ha dotado así de un camino para realizar un control abstracto de los Tratados, cuando ni la Constitución ni la Ley del Tribunal lo habían dispuesto. Y a día de hoy resuelve con contundencia las dificultades normativas y dogmáticas de esta solución, al afirmar que el hecho «de que la vinculatoriedad internacional del Tratado de Lisboa solo dependa de que el presidente de la República formalice y registre el documento de ratificación, hace que la ley de atribución pueda excepcionalmente ser objeto del recurso antes de su entrada en vigor»<sup>9</sup> (L, apdo. 170)<sup>10</sup>.

Por otro lado, nunca han existido dudas sobre la competencia del TCFA para enjuiciar el derecho derivado de la Unión, sea en virtud de su propia eficacia o a través de su aplicación estatal, si bien en ambos supuestos encontramos algunas particularidades significativas. Para el primero, la Sentencia OMT ha admitido el control cautelar o preventivo cuando el derecho de la Unión todavía no ha desplegado efectos jurídicos, pero, siendo suficientemente concreto, puede causar daños irreparables (OMT, apdos. 34 y 35). En lo atinente al control de la aplicación del derecho de la Unión, el TCFA se ha

<sup>8</sup> Y, en su caso, las leyes que le acompañan, incluidas las de reforma constitucional, como ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia Lisboa.

<sup>9</sup> Esta y todas las citas literales de la jurisprudencia del TCFA resultan de mi propia traducción.

<sup>10</sup> Para facilitar la lectura del texto he preferido indicar junto a la cita literal la decisión judicial de la que procede y el apartado en el que se encuentra la cita. Para ello he utilizado las siguientes abreviaturas, que ahora acompaño, de la referencia completa. El TCFA dicta sus resoluciones con *Urteil* o *Beschluss*. En el *Urteil* la resolución resulta tras una vista oral, la cual no se da en el *Beschluss*. He preferido usar indistintamente los términos decisión o sentencia:

– Decisión OMT (OMT), de 14 de enero de 2014 / BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 - 2 BvR 2728/13 - Rn. (1-24), [http://www.bverfg.de/e/rs20140114\\_2bvr272813.html](http://www.bverfg.de/e/rs20140114_2bvr272813.html).

– Decisión R... (R), de 15 de diciembre de 2015 / BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Rn. (1-126), [http://www.bverfg.de/e/rs20151215\\_2bvr273514.html](http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html).

– Decisión OMT bis (OMT bis), de 21 de junio de 2016 / BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 - 2 BvR 2728/13 - Rn. (1-220), [http://www.bverfg.de/e/rs20160621\\_2bvr272813.html](http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813.html).

Todas las páginas se han visitado a 31 de septiembre de 2016.

empeñado en distinguir dónde se halla el vicio de inconstitucionalidad. De este modo, si se encuentra en el derecho de la Unión que se está aplicando, como veremos más adelante, estará obligado a plantear una cuestión prejudicial. Por el contrario, puede ocurrir que la infracción se detecte en la norma estatal o en la decisión del órgano judicial nacional, lo que le permite al TCFA resolver el litigio sin necesidad de plantear cuestión prejudicial (por ejemplo, R, apdo. 125). Es obvio que este modo de proceder, por más que no despliegue un juicio expreso (aunque sí implícito, en tanto que excluye la duda de validez), modula la aplicación del derecho de la Unión, eliminando algunas posibilidades de ejecución.

Pero el salto más cualitativo en lo referido al objeto de control se ha dado en el par de decisiones relativo al Programa OMT del Banco Central Europeo. En ellas se reconoce la competencia del TCFA para controlar la inacción de los órganos constitucionales ante una medida de la Unión que incurre en *ultra vires* o vulnera la identidad constitucional. Esta ampliación del objeto resulta de una «responsabilidad de integración» de los órganos constitucionales, que han de preservar los principios del art. 20 de la Ley Fundamental cuando se transfieren competencias y también ejecutar «el programa de integración, garantizando que en su desarrollo y concreción se respeten esos límites» (OMT bis, apdo. 164). Tal responsabilidad de integración obliga a los órganos constitucionales a proteger el «derecho a la democracia» de los ciudadanos garantizado en el art. 38 (OMT bis, apdo. 166), por lo que esos órganos constitucionales tienen un «deber de reacción» en caso de que las medidas de la Unión transgredan de manera suficientemente caracterizada las competencias o afecten a la identidad constitucional (OMT bis, apdos. 168-169). El TCFA, sin embargo, entiende que los órganos constitucionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad para cumplir con ese deber, pudiendo reaccionar con diversas medidas (a título de ejemplo, el recurso ante el Tribunal de Justicia o ejerciendo el veto cuando sea posible —OMT bis, apdo. 170—). No obstante, añade que tal obligación de protección «bajo determinadas circunstancias jurídicas y fácticas puede aquilatarse en una obligación de hacer», de la que tendrá que dar cuenta el Bundestag previa determinación por parte del TCFA (OMT bis, apdo. 172)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Los dos votos particulares a la decisión OMT critican con dureza esta extensión del objeto. La jueza Lùbbe-Wolff subraya la incertidumbre del parámetro (apdo. 23 y ss.). El juez Gebhard señala el desplazamiento de la legitimidad democrática que conlleva este control, privilegiando al TCFA sobre el proceso político (apdos. 6-11).

### 3. LA RECONSTRUCCIÓN DEL PARÁMETRO: LA DEMOCRACIA NACIONAL COMO PRESUPUESTO Y SU CONCRECIÓN EN EL CONTROL ULTRA VIRES Y/O DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

#### 3.1. *El principio democrático: un parámetro flexible en las formas e irreductible en su esencia*

La conexión entre el principio democrático y el significado literal del art. 38, elegir a los parlamentarios bajo determinadas condiciones estructurales, es obvia. Pero la «interpretación extensiva» (M, apdo. 30) del TCFA va mucho más allá porque reúne en el contenido protegido por el art. 38 el más genérico derecho «a participar en la legitimidad popular del poder estatal e influir en su ejercicio» (M, apdo. 60). Fijado el principio democrático en toda su potencialidad dentro del art. 38 de la Ley Fundamental, este precepto, a su vez, deviene en parámetro del derecho de la Unión a través de los arts. 23 y 79.3 de la Ley Fundamental, que garantizan expresamente la eficacia del principio democrático en el proceso de integración (M, apdos. 62 y 63). De este modo, también en la Unión Europea habrá de asegurarse con una u otra forma, «el contenido inviolable del principio democrático, por el cual las funciones estatales y el ejercicio de las competencias del Estado deben reconducirse al pueblo estatal y responder ante él» (M, apdo. 91).

A fin de cuentas, en la Sentencia Maastricht, el TCFA realiza una doble operación. Introduce el principio democrático en el contenido de un derecho subjetivo, con las importantes consecuencias procesales ya vistas, referentes a la legitimación activa y el objeto de control. Y, además, en un peculiar retorno, da forma de principio a las pretensiones subjetivas derivadas del art. 38, de manera que cualquiera de sus titulares puede reaccionar para asegurar que el poder público es legítimo, que está conectado y responde ante el pueblo estatal (el «derecho a la democracia», OMT bis, apdo. 164). Regreso al principio democrático desde el derecho subjetivo que le sirve al TCFA para abrir su jurisdicción ante las normas de la Unión a través de un patrón flexible. Labilidad que a su vez origina un dilema: cómo construir un canon previsible y racional.

Esta dificultad se aborda inicialmente en la Sentencia Maastricht (apdo. 91 y ss.), pero es en la Sentencia Lisboa donde el análisis culmina su recorrido. En esta última decisión, el TCFA comienza vinculando la dignidad humana a la participación igual y libre en el poder público (L, apdo. 211)<sup>12</sup> y a partir de

<sup>12</sup> No ha de pasarse por alto esta vinculación entre democracia y dignidad humana, Rolf GRAWERT, «Homogenität, Identität, Souveränität. Positionen jurisdiktioneller

aquí realiza una aproximación clásica al principio democrático, pues «en tanto que en el espacio público se adopten decisiones que afectan al ciudadano, en especial injerencias sobre los derechos fundamentales, tales decisiones han de reconducirse a la voluntad mayoritaria y libre del pueblo» (L, apdo. 212). Luego precisa cuáles son los elementos esenciales con los que la Ley Fundamental da cuerpo al principio democrático, a saber, la centralidad de las elecciones, el principio de mayoría, un espacio público de libertad, la concurrencia entre fuerzas políticas, una relación de confianza entre el Gobierno y el Bundestag, la existencia de una oposición organizada y la posibilidad de la alternancia (L, apdo. 213). Ahora bien, advierte inmediatamente el TCFA que ese modelo puede tomar diversas formas (por ejemplo, la parlamentaria o la presidencial), evitando así la exigencia de que tales elementos se proyecten de forma absoluta en la Unión (L apdo. 214), para la que basta un determinado nivel, un contenido efectivo (M, apdo. 91).

La Sentencia Lisboa realiza otras dos acotaciones claves en torno a esta discrecionalidad de las formas. En el apdo. 216 afirma que «el principio democrático no admite ponderación; es inviolable. El poder constituyente alemán que dio lugar a la Ley Fundamental quiso fijar una frontera insuperable a cualquier desarrollo político futuro. Un cambio en la Ley Fundamental que afecte a los principios estipulados en los arts. 1 y 20 es inadmisibles (art. 79.3). Con la llamada garantía de eternidad se extrae incluso de las manos del poder de reforma la disposición sobre la identidad del orden constitucional libre». Como se ve, el TFCA advierte de que, pese a la flexibilidad de formas para articular el principio democrático en la Unión, hay un contenido irreductible al margen de los poderes constituidos. Pero más aún, el TCFA deja caer la idea de que esa frontera es intransitable incluso para el poder constituyente, cuando afirma que «queda abierto determinar si en virtud de la universalidad de la dignidad, la libertad y la igualdad, ese vínculo también sujeta al poder constituyente» (L, apdo. 117).

### 3.2. *De la democracia nacional a la identidad constitucional*

El principio democrático es inviolable, pero admite diversas formas, siempre que respeten su esencia. Entonces, la siguiente cuestión fundamental consiste en saber cuál es la estructura que ha de adoptar en el proceso de

---

Begriffsdogmatik», *Der Staat*, núm. 51, 2012, pp. 189-2013, p. 197. Podría leerse como la búsqueda por parte del TCFA de un camino alternativo para fundamentar la materialización del principio democrático al margen de una concepción ligada a la idea de pueblo.

integración para que quede a salvo ese mínimo irreductible. En la respuesta, el TCFA despliega una interpretación sistemática de la Ley Fundamental que, junto al principio democrático, subraya el objetivo constitucional que obliga a Alemania a contribuir a un orden internacional y europeo pacífico (ya en M, apdo. 93; con detalle L, apdo. 219). Esa colaboración ha de hacerse mediante un vínculo recíproco con Estados que comparten los mismos valores, aequilando la posibilidad de una acción coordinada, en la que se hace evidente una nueva comprensión de la soberanía, que rompe con el antagonismo entre Estados (L, apdos. 223 y 224). Sin embargo, esa cooperación tendrá un límite último: la identidad constitucional (L, apdo. 219)<sup>13</sup>.

¿A qué se refiere el Tribunal con el concepto de identidad constitucional<sup>14</sup>? Este es, sin duda, el tema del momento. Las construcciones dogmáticas están explorando caminos de gran interés, pero en mi opinión no debemos perder de vista cómo ha construido el TCFA la categoría<sup>15</sup>. En la Sentencia

<sup>13</sup> SCHÖNBERGER hace notar con razón que aquí radica la diferencia capital en el uso que más tarde hará el TCFA del concepto de identidad constitucional frente a otros tribunales, en especial el Consejo Constitucional francés. Para este, los elementos que componen la identidad constitucional son susceptibles de ser reformados; en el caso alemán, tales elementos quedan fuera del alcance del poder de reforma, e incluso del poder constituyente, *op. cit.*, nota 1, pp. 57 y 59.

<sup>14</sup> El concepto no es nuevo en la historia constitucional alemana. Se hace presente en Weimar, referido a los límites del poder de reforma. Y aunque desaparece durante los debates de elaboración de la Ley Fundamental, resurge en la doctrina, de nuevo en torno a los límites del poder de reforma. Sin embargo, en la jurisprudencia del TCFA no se utiliza en el análisis de las leyes de reforma constitucional, sino en el control del derecho europeo, y se hace ya desde la decisión *Solange I*. Tomo los datos del detallado estudio de Monica POLZIN, «Irrungen und Wirrungen um den Pouvoir Constituant. Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871», *Der Staat*, núm. 53, 2014, pp. 61-94, pp. 68 y ss., 78 y ss; 85 y ss.

<sup>15</sup> Por ejemplo, Thomas WISCHMEYER, «Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 140, 3, 2015, pp. 415-460, p. 452 y ss., defiende que su utilización por el TCFA debería servir para proteger a las minorías y evitar una ruptura constitucional sin la participación de los ciudadanos. SCHÖNBERGER, le niega cualquier sinonimia con el concepto de identidad nacional previsto en los Tratados y lo presenta como la creación de una «fórmula de resistencia» por parte del TCFA, sin utilidad alguna. Es tan solo, nos dice, un «síntoma», pero no una terapia, de la reacción frente a la globalización que materializa la Unión, especialmente desde la caída del muro, *op. cit.*, nota 1, p. 46 y ss.; 50 y ss.; 54 y ss. Para Ingolf PERNICE, la integración aumenta la autodeterminación estatal y con ella la identidad, en cuanto que permite la eficacia

Maastricht ya aparece el término bajo el análisis de las barreras últimas al proceso de integración (apdos. 89 y 108), aunque de forma tangencial, siempre en relación al argumento central, que no es otro sino el riesgo de que la Unión transmute en un Estado federal (M, apdo. 100). En efecto, dentro de la Sentencia Maastricht, la cautela máxima es asegurar, como condición necesaria para la pertenencia a la Unión, que esta no supere la forma de *Saatenverbund* y que dentro de ella «la legitimidad derive del pueblo» (M, apdo. 94).

Pero, ¿qué pueblo, el alemán o el europeo? A este respecto la Sentencia Maastricht hizo una precisión fundamental que opera como premisa y sin la cual no se puede comprender el sentido pleno de la doctrina del TCFA. Afirmó entonces el TCFA «que la democracia no ha de quedarse en un principio formal de imputación, puesto que depende de la existencia de algunas condiciones prejurídicas, como la disputa permanente y libre entre fuerzas sociales, intereses e ideas, en torno a sus objetivos políticos, y que a partir de la opinión pública preforma la voluntad política». Y a continuación añadió «que los procesos de decisión de los órganos que ejercen potestades públicas [...] han de ser comprensibles, de manera que el ciudadano elector pueda comunicarse en su lengua con el poder público al que está sometido» (M, apdo. 97). Para remachar de forma apodíctica «que tales condiciones materiales, con el tiempo podrían desarrollarse en el marco institucional de la Unión Europea, pero aún no se dan» (M, apdo. 98), de manera, y esta es la conclusión definitiva, que «en la *Saatenverbund* de la Unión Europea, la legitimidad democrática se logra con un conexión de la acción de los órganos europeos a los parlamentos nacionales» (M, apdo. 99)<sup>16</sup>.

---

de las decisiones estatales y amplía su ámbito de actuaciones, «Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 136, 2011, pp. 186-222, p. 210.

<sup>16</sup> Esta doctrina ya fue avanzada en la academia por quien fuera el inspirador de la sentencia, véase Paul KIRCHHOFF, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten» (Vol. I, 2ª ed. 1995) y «Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration» (Vol. II, 2ª ed., 1994), en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, coord. Isensee/Kirchhof, C.F. Müller. Y las críticas se han dirigido en gran medida a este concepto identitario de democracia (y su vínculo con las teorías de Carl Schmitt), Ingolf PERNICE, «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 120, 1995, pp. 100-120; Joseph H.H. WEILER, «Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos, and the German Maastricht Decision», *Eur. L.J.*, núm. 1, 1995, pp. 219-258; Lars VINX, «The incoherence of strong popular sovereignty», *I.CON*, vol. 11, 2013, pp. 101-124, en especial p. 114 y ss.

En mi opinión, la Sentencia Lisboa, a la hora de definir la identidad constitucional como frontera última al proceso de integración, no se aparta de estas conexiones de sentido trazadas en la Sentencia Maastricht y la apelación firme a la identidad constitucional es tan solo la llamada a un axioma que sintetiza tales conexiones<sup>17</sup>. Así las cosas, en el apdo. 235 afirma el TCFA que «la imposible transferencia de la identidad de la Constitución (art. 79.3 Ley Fundamental) se corresponde con la obligación de derecho europeo de respetar la condición de los Estados miembros como señores de los Tratados», y tal condición no es otra que la disponibilidad de los Estados sobre el derecho originario de la Unión (L, apdo. 235: M, 99). En efecto, «el art. 23 de la Ley Fundamental autoriza la participación en un orden de cooperación internacional pacífico» (L, apdo. 227), que ha de tomar diversas formas, pero nunca habilitará «el ingreso en un Estado federal, que suponga el abandono de la autodeterminación del pueblo alemán [...]. Este paso, que conllevaría una entrega irrevocable de soberanía a un nuevo titular de la legitimidad, está reservado a un acto de voluntad claro y expreso del pueblo alemán» (L, apdo. 228)<sup>18</sup>. En fin, la Ley Fundamental solo puede habilitar una *Staatenverbund* que da lugar a un vínculo duradero entre Estados que conservan su soberanía,

<sup>17</sup> Para Rolf GRAWERT, *op.cit.*, nota 12, p. 198, la identidad constitucional es un concepto que simplemente quiere proteger la idea de soberanía. En un sentido similar, Dieter GRIMM considera que la identidad constitucional es el puente hacia el concepto de soberanía, «Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *Der Staat*, núm. 48, 2009, pp. 475-495, p. 481.

<sup>18</sup> Los propios magistrados del TCFA, en una serie de entrevistas, han abierto el debate, primero, sobre si la Ley Fundamental puede seguir siendo fundamento de nuevos pasos en la integración y, segundo, sobre la forma que habría de tomar el poder constituyente, bien entendiéndose como acto revolucionario o como proceso político en un contexto histórico; al respecto Martin NETTESHEIM, «Wo endet« das Grundgesetz? — Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess», *Der Staat*, núm. 51, 2012, pp. 313-355; para las entrevistas, nota 1 del trabajo; respecto al debate sobre la forma del poder constituyente, p. 337 y ss. Para LEPSIUS, *op. cit.*, nota 5, p. 71 los jueces del TCFA, en esa serie de entrevistas, hicieron una «interpretación de la sentencia» incidiendo efectivamente en la agenda política, al introducir en las restantes instituciones políticas el convencimiento de la necesidad de un referéndum (si bien, esta opinión, añadido yo, se generó antes del *Brexit*). Y ya existe, por ejemplo, una propuesta que recomienda el uso del 146 como alternativa al intento de introducir en el art. 23 un referéndum ratificatorio; solo el 146 salvaría el escollo de la pérdida de identidad constitucional M. HAUG, «Über Partizipation zu einer postgrundgesetzlichen Verfassung» *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 138, 2013, pp. 437-462, p. 453.

cuyo derecho originario está a disposición de los Estados miembros (L, apdo. 230), que son en última instancia su fuente de legitimidad (L, apdo. 231).

### 3.3. *Democracia nacional/Identidad constitucional y las formas necesarias de la Unión y del Estado*

Esta premisa —la Ley Fundamental únicamente autoriza una *Staatenverbund*— trae consigo dos consecuencias paralelas. La primera, que ya fue señalada en la Sentencia Maastricht, supone dar carta de naturaleza al modelo político de la Unión. A este respecto es especialmente interesante el apdo. 262 de la Sentencia Lisboa, donde se afirma que «las exigencias constitucionales del principio democrático respecto a la estructura orgánica y los procedimientos de decisión de la Unión, dependen del grado de transferencia de poder público [...]. Una intensificación de la integración puede ser inconstitucional, si el nivel de legitimidad democrática no se adecúa a la dimensión e intensidad del poder supranacional», para añadir a continuación que «basta la legitimidad mediada por los Parlamentos y los Ejecutivos nacionales, completada y apuntalada por el Parlamento Europeo, en tanto que el principio de competencias atribuidas permanezca garantizado dentro de una *Verbund* de Estados definida por elementos ejecutivos y gubernamentales de cooperación» (M, apdo. 102). Sin embargo, este tipo de legitimidad que parte del Estado constitucional nacional no sería suficiente en el caso de que la Unión evolucionara hacia un Estado federal, para lo que, además, tal y como reitera una y otra vez el TCFA, ya no bastaría la autorización constitucional, sino que se haría preciso un nuevo acto del poder constituyente (L, apdo. 263).

En plena consonancia con esta argumentación, ofreciendo la otra cara de la moneda, en la Sentencia Maastricht (apdos. 94, 100 y 101) se advirtió que si la legitimidad de la Unión necesitaba una conexión directa con el Estado miembro, entonces se hacía preciso que el Estado mantuviese un campo de actuación «significativo y suficiente» y, en correlación, que el Parlamento nacional conservase competencias de «peso sustancial». Es en la Sentencia Lisboa donde encontramos un mayor desarrollo de esta tesis. De nuevo se parte de la insuficiencia del espacio público europeo, subrayando que «no se ha de pasar por alto que la atención pública a los asuntos y a los responsables de la dirección política en gran medida permanece enclaustrada en un modelo de identificación de carácter nacional, lingüístico, histórico y cultural» (L, apdo. 251). Ofreciéndonos incluso un elenco de las materias que nunca han de transferirse: el derecho penal en su dimensión formal y material; el monopolio de la fuerza, en su manifestación interna a través de la policía, y en su manifestación externa mediante el Ejército; las decisiones fiscales fundamentales, sean relativas a los ingresos o los gastos; la conformación social de las condiciones

de vida, en especial las condiciones mínimas de existencia; y decisiones de especial significado cultural, como el derecho de familia, el sistema educativo o la relación con las confesiones religiosas (L, apdo. 252).

### 3.4. La reserva de jurisdicción del TCFA y la concreción de los límites

La premisa por la cual se sostiene que la Ley Fundamental únicamente autoriza una *Staatenverbund* tiene como consecuencia adicional el reconocimiento explícito de la competencia de la jurisdicción constitucional para enjuiciar el derecho de la Unión. Este control estaba fuera de discusión en el seno del propio TCFA, pero los apdos. 236-240 de la Sentencia Lisboa van a servir para verbalizar su razón de ser y a partir de ahí canalizar su concreción.

Una comprensión adecuada necesita volver sobre la idea de *Staatenverbund*. La clave de este concepto radica en que los Estados miembros determinan el derecho originario, conservando plena autoridad sobre su modificación. Siendo esto así, entiende el TCFA que su control ha de desplegarse de modo natural sobre los actos de los órganos constitucionales alemanes que autorizan los Tratados, asegurándose que cierran la transferencia de poder público de tal manera que las instituciones políticas alemanas mantienen una influencia decisiva. Por ello, se veda la atribución de una competencia general, las transferencias en blanco o la delegación de los ámbitos reservados expresamente al Estado, tal y como hemos visto en los párrafos anteriores (L, apdo. 38; M, apdos. 104-105).

Sin embargo, y esta es la importante matización de la Sentencia Lisboa, «toda incorporación en un sistema de libertad propio de una organización internacional o supranacional, abre la posibilidad de que sus instituciones, incluso si han de actuar dentro de objetivos determinados, se desarrollen de modo autónomo, generando una tendencia a su autoreforzamiento político» (L, apdo. 237). En definitiva, «una ley que habilita la integración, pese al principio de atribución de competencias, siempre fija un marco programático, dentro de cuyos límites se produce un desarrollo político que no puede estar determinado en cada punto» (L, apdo. 237). Pero «la confianza en la fuerza constructiva de los mecanismos de integración no puede ser ilimitada desde el punto de vista constitucional» (L, apdo. 238), por ello, «debe ser posible para la jurisdicción alemana exigir una responsabilidad de integración en caso de una significativa transgresión de la Unión en el ejercicio de sus competencias [...] o para garantizar el núcleo inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental en el marco del control de identidad» (L, apdo. 40).

En definitiva, la naturaleza política de la Unión es el motivo que justifica la jurisdicción del TCFA. El temor de que en la persecución de sus objetivos y en el ejercicio de sus competencias, la Unión despliegue una dinámica

autónoma que se separe de los Tratados, por tanto, de su presupuesto de legitimidad democrática, justifica la intervención correctora del TCFA. Control que, en mi opinión, se articularía en dos momentos, utilizándose cánones parcialmente distintos para cada uno de ellos. El primero, por llamarlo de algún modo, sería el momento estático, que se corresponde con la transferencia de nuevas competencias. Entonces, el TCFA ha de verificar que la atribución se hace de manera precisa, esto es, sin otorgar una competencia general y evitando las atribuciones en blanco; y, además, ha de constatar que no se vacían las competencias necesarias del Estado y del legislador. El segundo momento es dinámico, en tanto que se refiere al juicio del ejercicio del poder público de la Unión en el desarrollo de su programa normativo. Aquí el TCFA ha de evaluar que no se produce una significativa transgresión de las competencias; y debe efectuar también un control de identidad, en el que analiza si el ejercicio de competencias de la Unión afecta o vacía las tareas reservadas al Estado o si vulnera el contenido de los derechos fundamentales que integran esa identidad.

#### 4. LA OPERATIVIDAD PRÁCTICA DE LOS LÍMITES AL PROCESO DE INTEGRACIÓN: EL CONTROL DE RACIONALIDAD DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO<sup>19</sup>

##### 4.1. *El control ultra vires*

Este tipo de juicio se desenvuelve sobre el juego recíproco de dos postulados. De un lado, el TCFA sostiene que «la Unión se considera asimismo una comunidad jurídica; vinculada en especial al principio de atribución de competencias y a los derechos fundamentales, y es respetuosa con la identidad constitucional de los Estados miembros [...]» (H, apdo. 59). De otro, declara que «el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania reconoce y garantiza el principio de primacía, por lo que el control constitucional de competencias reservado al TCFA ha de ejercerse de manera reservada y favorable al proceso de integración» (H, apdo. 59). Estos presupuestos sirven al TCFA para establecer los criterios que modulan su control *ultra vires*.

El primero implica que solo se reaccionará frente a la transgresión competencial si es suficientemente caracterizada, en tanto que clara y sustancial

<sup>19</sup> Voy a dejar fuera del análisis dos aspectos: primero, lo relativo al control de la precisión en la atribución de competencias; segundo, lo referido al juicio de las omisiones. Sin dejar a un lado su importancia, creo que los aspectos más relevantes ya han quedado analizados con suficiente detalle en las páginas anteriores.

(H, apdo. 61). En la decisión OMT se precisa que una ilicitud de este tipo conlleva un desplazamiento estructural de las competencias, circunstancia que ocurre en especial «cuando se extiende a ámbitos que corresponden a la identidad constitucional de la República Federal de Alemania protegidos por el art. 79.3 o cuando, por formar parte del proceso democrático discursivo, han de depender de los Estados» (OMT, apdo. 37)<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, la compra de deuda pública por el BCE en los mercados secundarios sería un acto fuera de las competencias de la Unión que tendría un significado estructural al afectar a la autonomía presupuestaria de los Estados miembros (OMT, apdo. 41).

El segundo criterio enlaza con la idea de que el TCFA ha de mantener una relación de coordinación con el Tribunal de Justicia (H, apdo. 56), lo que supone que los tribunales nacionales no pueden sin más decidir sobre la validez del derecho de la Unión (H, apdo. 57). En concreto, para el caso del TCFA significa que en esencia ha de tomar las decisiones del Tribunal de Justicia como vinculantes, de ahí que este siempre debe intervenir a través de la cuestión prejudicial, pues «en tanto que el Tribunal de Justicia no haya tenido ocasión de decidir sobre el asunto relativo al derecho de la Unión, el TCFA no puede determinar la inaplicación del derecho de la Unión» (H., apdo. 60)<sup>21</sup>.

En mi opinión, esta necesaria intervención previa del Tribunal de Justicia va a modular sustancialmente el control del TCFA. Ya no se trata de contrastar el derecho de la Unión frente a una serie de categorías normativas con alto grado de abstracción (vulneración competencial que afecta a los espacios reservados al Estado o propios del discurso democrático), sino de enjuiciar la razonabilidad de la aplicación del derecho por el Tribunal de Justicia. Por ello, en la Sentencia *Honywell*, el TCFA especifica que «la concreción de derecho en ningún modo es creación discrecional de derecho, pues aplica las disposiciones legales o de derecho internacional [...]. La concreción de derecho traspasa sus límites cuando cambia una decisión normativa claramente reconocible, e incluso precisada en el texto. Y es especialmente inadmisibles,

<sup>20</sup> Ya existen intentos de escalonar el vicio según la intensidad del grado *ultra-vires* (indiciario o manifiesto), Karsten SCHNEIDER, «*Der Ultra-vires Maßstab im Ausenverfassungsrecht. sicherer Vollzugszeitumgebung für zwischenstaatliche und supranationales Integrationsprozesse*», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 139, 2014, pp. 198-256, p. 220 y ss.

<sup>21</sup> Sin embargo, el TCFA excluye de su vocabulario cualquier referencia a una obligación de plantear cuestión prejudicial, Eva J. LOHSE, «*Die Entscheidungserheblichkeit gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV als Instrument des Bundesverfassungsgerichts zur Steuerung von Vorabentscheidungsersuchen*», *Der Staat*, núm. 53, 2014, pp. 633-663, p. 637.

cuando la jurisprudencia, trascendiendo al caso concreto, toma una decisión política fundamental o provoca un desplazamiento estructural en el sistema constitucional de poder [...]» (H, apdo. 64). Por tanto, es tarea del TCFA distinguir este tipo de desplazamiento estructural, pero no «imponer su interpretación sobre la del Tribunal de Justicia, si dentro de un marco de discusión, pueden darse distintos resultados», admitiendo que el Tribunal de Justicia goza de un grado de «tolerancia ante el error» (H, apdo. 67).

Un buen ejemplo de esta tolerancia, mejor dicho, de la aceptación de que un mismo problema puede recibir distintas soluciones razonables, es la decisión del TCFA, una vez recibida la sentencia del Tribunal de Justicia tras las dudas de validez que planteó en referencia al llamado Programa OMT del Banco Central Europeo. En ella, el TCFA dedica los apdo. 181 y siguientes a realizar una acerba crítica a la decisión del Tribunal de Justicia<sup>22</sup>. No obstante, concluye declarando que «al margen de estas objeciones, los elementos esenciales de la interpretación del Tribunal de Justicia en la decisión sobre el Programa OMT, no se mueven, sin embargo, claramente fuera de las competencias del Banco Central Europeo» (OMT bis, apdo. 190). Conclusión que alcanza tras analizar el método de trabajo del Tribunal de Justicia y constatar que este órgano reconoce la existencia de límites jurídicos al Programa OMT (OMT bis, apdo. 192 y ss.).

#### 4.2. *El control de la identidad constitucional*

Sabemos desde la Sentencia Lisboa que la identidad constitucional opera en el plano de las competencias, impidiendo la transferencia de ámbitos materiales reservados al Estado, o frenando un ejercicio de competencias por parte de la Unión que afecte a esos espacios (para la síntesis de la doctrina, OMT, apdo. 27). La resolución OMT es un ejemplo de su puesta en práctica, en el que, retomando toda la jurisprudencia formulada en la evaluación de los distintos programas europeos de rescate, afirma el TCFA que «la decisión sobre ingresos y gastos públicos es una parte fundamental de la autodeterminación

<sup>22</sup> Afirma, por ejemplo, que «el Tribunal de Justicia no se plantea que una política monetaria limitada a reestablecer los mecanismos de transmisión podría estar en contra de los fines a los que sirve [...]» (OMT bis, apdo. 182); «una comprensión de las competencias de esa naturaleza no presta la suficiente atención a la dimensión constitucional del principio de atribución competencial» (OMT bis, apdo. 184); «finalmente, por parte del Tribunal de Justicia queda sin respuesta el problema planteado por este Senado sobre si la independencia del Banco Central Europeo conduce a una caída del nivel de legitimidad democrática y, por tanto, su mandato ha de interpretarse restrictivamente y con un estricto control judicial» (OMT bis, apdo. 187).

democrática del Estado constitucional [...]. Una condición necesaria para salvaguardar un espacio político libre en el sentido de un núcleo de identidad de la Constitución consiste en que el poder presupuestario tome sus decisiones sobre gastos e ingresos sin interferencia externas de la Unión u otros Estados miembros [...]» (OMT, apdo. 27<sup>23</sup>).

Ha de añadirse, que en este tipo de control, el TCFA también requiere una interpretación previa del Tribunal de Justicia fruto de una cuestión prejudicial, pues «en el marco de la existente relación de cooperación, compete al Tribunal de Justicia la interpretación de la medida. Y al TCFA, por el contrario, le corresponde determinar el núcleo intocable de la identidad constitucional y verificar si la medida (tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia) afecta a ese núcleo» (OMT, apdo. 27). Por tanto, cabe aquí concluir, como se hizo en el punto anterior, que el control de la identidad termina siendo un juicio sobre la racionalidad de la decisión del Tribunal de Justicia.

La Sentencia de diciembre de 2015 ha sacado a la palestra nuevas posibilidades en el control de identidad, vinculadas ahora al respeto a la dignidad humana, que, como ya hemos visto, es uno de los principios que la Ley Fundamental ha trazado para limitar el proceso de integración, a través de la conexión entre los arts. 23 y 79.3. Aunque ciertamente el TCFA se apoye en una doctrina que ya había avanzado, es consciente del grado de novedad que conlleva guarecer por esta vía un derecho fundamental —el principio de culpabilidad como manifestación de la dignidad—, y por ello se siente obligado a incardinar el

<sup>23</sup> La decisión OMT, en mi opinión, sintetiza la jurisprudencia que ha ido construyéndose en torno a las medidas con las que se pretendió combatir la crisis. Tales decisiones serían:

— Decisión sobre el primer rescate de Grecia, de 7 de septiembre de 2011 / BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 07. September 2011 - 2 BvR 1099/10 - Rn. (1-142), [http://www.bverfg.de/e/rs20110907\\_2bvr098710.html](http://www.bverfg.de/e/rs20110907_2bvr098710.html).

— Decisión sobre la *European Facility*, de 28 de febrero de 2012 / BVerfG, 2 BvE 8/11 vom 28.2.2012, Absatz-Nr. (1 - 162), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20120228\\_2bve000811.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20120228_2bve000811.html).

— Decisión sobre el Paquete de salvamento, de 10 de julio de 2012 / BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10 - Rn. (1-77), [http://www.bverfg.de/e/l20120710\\_1bvl000210.html](http://www.bverfg.de/e/l20120710_1bvl000210.html).

— Decisión sobre el rescate de Chipre, de 17 de abril de 2013 / BVerfG, 2 BvQ 17/13 vom 17.4.2013, Absatz-Nr. (1 - 31), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20130417\\_2bvq001713a.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20130417_2bvq001713a.html).

— Decisión sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Pacto Fiscal, de 18 de marzo de 2014 / BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 18.3.2014, Absatz-Nr. (1 - 245), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318\\_2bvr139012.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318_2bvr139012.html).

control de identidad en el contexto de la vieja doctrina *Solange*. El TCFA recuerda en el apdo. 39 que «en virtud del art. 23.1 de la Ley Fundamental, el poder de integración puede liberar del sometimiento general a los derechos fundamentales y otras garantías de la Ley Fundamental, no solo a los órganos e instituciones de la Unión [...], sino también a las instituciones alemanas cuando aplican derecho de la Unión»<sup>24</sup>. Así las cosas, de alguna forma el TCFA mantiene vigente la doctrina *Solange*, salvo cuando la medida de la Unión o su aplicación afecten a la identidad constitucional (R, apdo. 40 y ss.)<sup>25</sup>.

Ahora bien, este control también está supeditado a la intervención previa del Tribunal de Justicia (R, apdo. 46), de manera que, una vez más, en la práctica se convierte en un juicio sobre la racionalidad de la decisión del Tribunal de Justicia. No obstante, el modo en el que se resuelve el litigio de la Sentencia R, ofrece un perfil adicional y muestra en qué medida se extiende ese control de racionalidad. El TCFA considera que el derecho de la Unión aplicable no ofrece dudas, por lo que se hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial, concentrándose todo el control sobre la aplicación del órgano judicial estatal, censurando que no haya dado la relevancia necesaria al mandato constitucional que ordena garantizar la dignidad humana<sup>26</sup>. De esta manera,

<sup>24</sup> Sabemos que esa liberación de la sujeción a los derechos fundamentales es posible «en tanto las Comunidades Europeas, en especial la jurisdicción del Tribunal de Justicia, garanticen una protección general y eficaz de los derechos fundamentales frente al poder público de las Comunidades, en esencia igual a la garantía irrenunciable de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, principalmente su contenido esencial» (*Solange* II, Sentencia de 22 de octubre de 1986, BverfG 79, 339, apdo. 132).

<sup>25</sup> Sobre el debate en torno a la supervivencia de la doctrina *Solange*, véase Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, pp. 109-141, p. 111 y ss.

<sup>26</sup> Hay un dato que no deja de ser llamativo: pese a la intensidad con la que se ha ocupado el TCFA del derecho de la Unión, solo ha planteado una cuestión prejudicial. Existen razones de corte jurídico: el parámetro —la Constitución—, el objeto —acto estatal determinado por el derecho de la Unión— y el tipo de proceso habitual —una *Verfassungsbeschwerde* agotada la jurisdicción ordinaria—, conducen a que el planteamiento de la cuestión prejudicial sea labor preferente del juez ordinario. Pero cabe pensar, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales, en una posición defensiva del TCFA que intenta evitar cuestiones prejudiciales allí donde piensa que el Tribunal de Justicia puede ofrecer una comprensión distinta a la suya, Eva J. LOHSE, *op. cit.* nota 21, p. 642.

el control de identidad constitucional acaba por convertirse en un juicio de la aplicación constitucionalmente adecuada del derecho de la Unión.

### III. POR UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PRACTICABLE

#### 1. ¿DEBEMOS TRASLADAR AL PODER DE INTEGRACIÓN LOS LÍMITES PREVISTOS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

##### 1.1. *El poder de integración y la reforma constitucional no son comparables*

La Ley Fundamental y la jurisprudencia del TCFA obligan a reflexionar sobre la identificación, al menos en cuanto a los límites, del poder de reforma y el de integración. Su razón de ser se encontraría en el hecho de que ambas fuentes supuestamente giran en torno al mismo problema: cómo garantizar los elementos basilares de la Constitución más allá de lo dispuesto en el texto. Además, el poder de integración, a la vez que poder constituido dentro del sistema constitucional, es parte del poder de reforma en el ordenamiento de la Unión, circunstancia que invitaría también a una cierta asimilación conceptual. Sin embargo, las diferencias entre una y otra fuente son tan significativas, que en mi opinión hacen recomendable abandonar esta vía y buscar nuevos caminos<sup>27</sup>. Veamos esas diferencias.

La primera radica en el objeto. La reforma no se explica sin la alteración del texto constitucional; ese es su rasgo distintivo y su único objeto. En cambio, la modificación de las disposiciones constitucionales es algo ajeno al poder de integración y, por ende, también ha de ser extraña al derecho derivado. En este sentido, mientras que la reforma constitucional modifica la norma suprema del sistema, el poder de integración amplía ese sistema incorporando un nuevo ordenamiento. Y creo que es a esto a lo que se refieren los Tribunales Constitucionales cuando en ocasiones afirman que el derecho de la Unión no está ya sometido a toda la Constitución<sup>28</sup>. En efecto, al generar un ordenamiento autónomo, con sus propios presupuestos orgánicos, procedimentales

<sup>27</sup> Más necesario aún en aquellos sistemas donde ni siquiera existe la previsión de límites intangibles al poder de reforma y, pese a ello, en una translación mimética, se han incorporado al poder de integración, como ocurre, por ejemplo, en España (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, fj. 2).

<sup>28</sup> Ya se ha señalado la doctrina *Solange* respecto al TCFA. En el caso español, Declaración 1/2004: «Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias» (fj. 2).

y materiales, la Constitución, causa primera del derecho de la Unión, sin embargo, deja de ser su punto de referencia inmediato.

En segundo lugar, la diferencia en el objeto responde a la distinta funcionalidad de ambas fuentes. A la reforma le toca ajustar el texto constitucional a la realidad cambiante, potenciando así la normatividad de la Constitución en el tiempo. Esta nace con una vocación de vigencia indeterminada y su efectividad depende de cómo ordene y pacifique los nuevos conflictos, tarea a la que ha de coadyuvar, entre otras instituciones, la reforma constitucional. La utilidad de esta habrá de valorarse a la luz de su capacidad para ampliar la base social que sostiene a la Constitución; o a partir de su bondad para dotar de mayor eficacia a la acción estatal, sea porque le habilita nuevos instrumentos, clarifica los procedimientos de decisión, incluye nuevos objetivos o modifica los límites materiales.

En cambio, el poder de integración nada tiene que ver con la mejora de la normatividad de la Constitución (que la presupone). Se ocupa de reformular la acción del Estado. Amplía su campo de acción, dándole participación en problemas que por su dimensión no podría abordar de forma unilateral. Y le impone, más allá del texto constitucional, nuevos límites jurídico-materiales, cuya matriz responde en esencia (aunque hoy su sentido sea mucho más amplio) al imperativo de evitar discriminaciones por motivos de nacionalidad<sup>29</sup>.

Es innegable que el poder de integración incide sobre el régimen constitucional, puesto que el Estado, su acción, es un objetivo esencial de la Constitución. Pero la clave de este problema, no es, a diferencia de la reforma, hallar límites intangibles, sino buscar las vías procedimentales para que esa reformulación se plantee sobre un consenso constante en el tiempo y reflexionar en qué medida son practicables los límites materiales dispuestos en la Constitución.

---

<sup>29</sup> En general, el proceso de integración cumpliría una función compensatoria para con las insuficiencias del Estado, véase Christian JOERGES y Florian RÖDL, «Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Lavab*», *European Law Journal*, vol. 15, 2009, pp. 1-19, en especial p. 8; Vivien A. SCHMIDT, «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 2009, pp. 17-42, en especial p. 21. No falta, sin embargo, quien actualmente extiende esa función compensatoria a todo el derecho internacional y la dota de elementos genuinamente constitucionales, véase Anne PETERS., «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en A. PETERS, M. AZNAR, E. I. GUTIÉRREZ (ed.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

El camino para la respuesta adecuada invita a tener en cuenta, en tercer lugar, el diverso contexto jurídico-político en el que se desenvuelve una y otra fuente. La reforma constitucional, por decirlo de algún modo, opera en el vacío, dado que ostenta esa peculiaridad de ser poder constituido hasta el justo momento en el que es aprobada, que pasa entonces a ser Constitución. Frente a esta singularidad se espera que sean las reglas de procedimiento las que aseguren un resultado coherente con los principios materiales del sistema constitucional, por mucho que en algunos lugares, como en Alemania, se haya apostado por dar un paso más corporeizando en límites expresos algunos de esos principios materiales, intentando dar un contexto más amplio al poder de reforma.

La densidad procedimental y material en la que se mueve el poder de integración es mucho más intensa. En su dimensión estatal, la atribución de competencias derivadas de la Constitución se realiza por lo general con procedimientos cualificados frente a los tipos legislativos ordinarios (y aquí sí puede hallarse una cierta similitud con el poder de reforma). Se ha de esperar que en ese procedimiento, el equilibrio de fuerzas asegure un respeto a los principios materiales de la Constitución. Pero es que, además, la propia reforma de los Tratados se articula mediante una serie de procedimientos que potencia el control recíproco de las fuerzas en juego. Este *check and balances* procedimental augura que las bases constitucionales compartidas serán respetadas (o al menos así ha sido hasta ahora). Por lo demás, los límites materiales al poder de integración también se multiplican. A diferencia de la reforma, el poder de integración está sometido a toda la Constitución, aunque la eficacia de esta platee problemas específicos (sobre los que los que luego se discutirá). Y es bien sabido que el conjunto del derecho de la Unión, en su funcionamiento ordinario, queda sometido a un amplio sistema de control, no solo jurisdiccional, que parte de los presupuestos clásicos del derecho constitucional.

### ***1.2. El uso de los límites del poder de reforma no potencia la legitimidad de la jurisdicción constitucional***

Entiendo que las diferencias entre la reforma constitucional y el poder de integración hacen poco recomendable tomar como punto de partida el uso para el segundo de los límites previstos para la primera. Esta idea se ve reforzada al analizar la posición en la que queda la jurisdicción constitucional cuando opta por utilizar este tipo de límites, recurriendo a principios y categorías abstractas (transgresión suficientemente caracterizada/identidad constitucional) en el control del poder de integración y el derecho derivado.

Los principios y categorías abstractas son consustanciales a las constituciones contemporáneas<sup>30</sup>. Sirven para subrayar la dimensión política de la norma suprema, que, efectivamente, ha de ser un texto de indispensable significado para los ciudadanos en tanto que expresa un pacto amplio sobre valores compartidos. No hay duda de que esta función requiere una determinada retórica, a la que se ajustan los enunciados de principios y conceptos generales<sup>31</sup>.

Estos, a su vez, cumplen una importante función jurídica<sup>32</sup>. Facilitan la interpretación sistemática de la Constitución y ayudan a desentrañar el sentido de una prescripción concreta. Pero su utilidad siempre presupone la existencia de reglas que determinan con cierta precisión el supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas; el principio o la categoría abstracta ayuda a resolver el conflicto entre reglas o a precisar su significado. Sin embargo, ese provecho se enturbia cuando tales principios y categorías operan sin reglas constitucionales que les sirvan de soporte<sup>33</sup>. Entonces, el aplicador, si no

<sup>30</sup> No obstante, su uso ha sido objeto de crítica desde la segunda mitad del siglo xx. Véase el análisis clásico de Ernst FORSTHOFF, «Methodische und institutionelle Wandlungen des Rechtsstaats», en su libro *Rechtsstaat im Wandel*, C.H. Beck, 1976. La crítica la encontramos en una versión actual, Juan L. REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK Ediciones, 2016, en especial p. 167 y ss.

<sup>31</sup> Sobre las dimensiones de la Constitución más allá de su naturaleza normativa, véase por todos el extenso estudio de Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, 2ª ed., 1998, en especial la cuarta parte.

<sup>32</sup> Creo que no es necesario volver ahora sobre este argumento; basta con recordar los dos trabajos que con mayor influencia sentaron las bases de lo que hoy tomamos como lugares comunes: Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen— und Interpretationslehre*, Mohr Siebeck, 1956; Ronald DWORKIN, *A matter of principle*, Harvard University Press, 1985, en especial pp. 33-72.

<sup>33</sup> Podríamos decir que la opción que toma el TCFA va más allá, puesto que no utiliza como parámetro categorías y principios generales recogidos en la Constitución, sino que se sirve de ellas para introducir en su juicio de constitucionalidad un concepto no previsto en el texto constitucional: la identidad constitucional (y en menor medida la soberanía). La doctrina señala tres disfunciones que conlleva este camino. Primero, son conceptos con un largo recorrido histórico, de intenso debate en su formación y, por tanto, abiertos a una amplia discusión sobre su verdadero significado —pluralidad que necesariamente ha de trasladarse al propio tribunal (Rolf GRAWERT, *op.cit.*, nota 12)—. Esto, sin duda, anuncia ya una segunda dificultad, que tiene que ver con el imprescindible recurso a otras ciencias para darle algún sentido jurídico (WISCHMEYER, *op. cit.* nota 15, en especial el epígrafe II). Y, por último, genera una suerte de normas con super rango constitucional (Rolf GRAWERT, *op. cit.*, nota 12, p. 210; Pedro CRUZ VILLALÓN, «Legitimidad «activa» y legitimidad «pasiva» de los

quiere caer en un discurso meramente simbólico, se verá obligado a realizar un juicio estimativo, de probabilidades, o tendrá que concretar por sí mismo las reglas que den sentido a los principios y categorías generales<sup>34</sup>. Esta labor quizá tenga interés al controlar la reforma constitucional, puesto que es un absurdo oponerle las reglas sobre las que tiene potestad de disposición. Pero no creo que sea tan acertado frente a un poder, el de integración, que está plenamente sometido a la Constitución (por más que, la eficacia de esta, como luego veremos, presente particularidades).

El éxito de la operación, en la práctica es más que discutible, como bien ejemplifica la jurisprudencia del TCFA. Su denodado esfuerzo por concretar principios y categorías abstractas termina reconduciéndose al tradicional expediente del control de racionalidad de la aplicación del derecho que ha realizado otro órgano judicial. Sin embargo, este juicio, en sí mismo problemático, es muy discutible cuando se refiere al Tribunal de Justicia. Me parece que tratar a este Tribunal como un órgano jurisdiccional ordinario implica una cierta pérdida de perspectiva. El Tribunal de Justicia, cuando aplica el derecho originario, se desenvuelve en un contexto similar a los Tribunales Constitucionales, en tanto que ha de trabajar con disposiciones normativas llamadas por su propia función a cobrar diversos significados racionales. Su posición no es la de un juez ordinario que ha de resolver una controversia sobre un rico cuerpo normativo, y al que se le prohíben interpretaciones erróneas, arbitrarias o irracionales. Si ya en estos casos el juego de este límite es de mera contención, más aún ocurrirá con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se mueve en un escenario de amplias posibilidades. En definitiva, los principios y categorías abstractas se precipitan en controles de racionalidad dentro de un horizonte normativo donde son muchas las soluciones sensatas.

---

Tribunales constitucionales en el espacio constitucional europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 141-150, p. 147. Y no falta quien señala el uso de «categorías antiguas», con poca utilidad para los problemas contemporáneos Christopher OHLER, «Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union — Anmerkungen zum Lissabon — Urteil des BVerfG», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 135, 2010, pp. 154-184, p. 178

<sup>34</sup> De un modo similar afirma LEPSIUS, *op. cit.*, nota 5, p. 84: «En un sentido estrictamente jurídico, no se puede entender en qué medida son relevantes este tipo de grandes fórmulas. Con este tipo de fórmulas [...] el TCFA ha convertido un problema de interpretación jurídica en un problema institucional europeo».

## 2. LA CERTIDUMBRE DEL PARÁMETRO<sup>35</sup> DE CONTROL COMO PREMISA INSOSLAYABLE PARA UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PRACTICABLE<sup>36</sup>

### 2.1. *De los principios y las categorías abstractas: su lugar adecuado en la reflexión jurídico-constitucional*

No quisiera que de las páginas anteriores se coligiese que los principios y categorías abstractas, en especial la identidad constitucional, carecen de interés en la reflexión sobre los límites constitucionales al poder de integración. Creo, sin embargo, que perturban más que ayudan si se activan como parámetro constitucional aislado; por el contrario, su peso es importante cuando la dogmática los utiliza para orientar la praxis política<sup>37</sup>. Dos ejemplos pueden aclarar mi posición.

Tomemos una regla clara de la Constitución española, la que establece que el sufragio activo y pasivo en la elección a las Cortes Generales es un derecho que solo pertenece a los españoles (construida a partir de los arts. 13, 23 y 66). Una reforma de los Tratados o una fuente de derecho derivado que contradiga este mandato serían contrarias a la Constitución y su aplicación por

---

<sup>35</sup> En este ensayo me voy a ocupar solo de dos problemas: los principios o categorías abstractas y los derechos fundamentales. Existirían al menos otros dos, la distribución competencial y las prohibiciones constitucionales. Al respecto y considerando todavía válidas las apreciaciones, me remito a mi tesis doctoral, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, 2002, p. 147 para la distribución competencial y p. 207 para las prohibiciones.

<sup>36</sup> Un problema no menor, del que ahora no voy a dar cuenta, pero que indiscutiblemente también contribuye a fijar la legitimidad de la jurisdicción constitucional, reside en su sensibilidad frente a la negativa de la jurisdicción ordinaria a plantear cuestiones prejudiciales. La mayor o menor disponibilidad del Tribunal Constitucional para enjuiciar la negativa de la jurisdicción ordinaria, potencia o debilita su contribución a sostener la autonomía del ordenamiento de la Unión. En este sentido me parece inmejorable el término de empatía utilizado por Luis ARROYO JIMÉNEZ, que nos ofrece un reciente recuento de este problema para el caso español, si bien las páginas 13-19 trazan un marco general útil para cualquier jurisdicción constitucional. Véase su libro *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Marcial Pons, 2016.

<sup>37</sup> No debería de extrañar, por tanto, que cuando LEPSIUS analiza el uso de «grandes fórmulas» en la Sentencia Lisboa, afirme que con esta decisión el TCFA busca un fin político con forma de resolución judicial, no cumple una función jurisdiccional resolviendo una controversia, sino que se sitúa como un actor político, *op. cit.*, nota 5, p. 77.

las autoridades estatales merecería la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. En este caso, la jurisdicción constitucional dispone de un parámetro cierto y no necesita recurrir a principios o categorías abstractas. Sin embargo, el nivel de reflexión cambia si de lo que se trata es de modificar ese precepto constitucional, facilitando, por ejemplo, el sufragio activo a las Cortes Generales a todos los ciudadanos europeos residentes en España. Entonces puede ser interesante para orientar los términos y la posibilidad de la reforma, que la dogmática evalúe si esa regla concreta compone un elemento de la identidad constitucional española, bien para elegir adecuadamente el procedimiento de reforma, bien para orientar la acción política en torno a la oportunidad de la modificación<sup>38</sup>.

La Unión Bancaria es otro buen ejemplo. En términos generales, este reciente desarrollo normativo, a partir de una concisa habilitación en los Tratados (art. 127.6 TFUE), ha supuesto, al calor de la crisis económica, una significativa transformación. Conlleva atribuir a la Unión funciones, la de supervisión y rescate bancario, que correspondían al Estado. Además, dentro de la Unión, acrecienta el poder del BCE, lo que para algunos Estados supone un cambio cualificado, en tanto que todas o parte de esas funciones eran desempeñadas por el Ejecutivo y no por una institución independiente. No menos importante es el hecho de que la Unión Bancaria incorpore técnicas de relación interadministrativa con el Estado que suponen de forma evidente la incorporación de una tutela jerárquica. Y, finalmente, se reconoce que el sistema de fuentes establecido para el desarrollo de la Unión Bancaria plantea dudas a la luz del principio democrático y del Estado de derecho<sup>39</sup>.

Con todo, pese a la relevancia de este fenómeno político-jurídico, es quimérico pensar en trazar desde la Constitución prescripciones que fijen límites ciertos a la normativa que desarrolla la Unión Bancaria. La Unión Bancaria se sale del objeto natural de la Constitución estatal, sea por la materia, sea por la

---

<sup>38</sup> Visto en toda su amplitud, creo que este fue el tipo de debate que se generó en España tanto para la ratificación del Tratado de Maastricht como del Tratado Constitucional. En ambos casos, especialmente en el segundo, el debate político y dogmático, por razones obvias, fue más rico que la concreta discusión en sede del Tribunal Constitucional. Véase para el Tratado Constitucional, AA. VV., *¿Y por fin ya somos europeos? El referéndum español sobre el Tratado Constitucional y su influencia en la esfera pública europea*, H. Trenz, F. Losada, A.J. Menéndez. Dykinson, 2008.

<sup>39</sup> Un acercamiento general a estos problemas constitucionales los encontramos en AA. VV., *European Banking Unión. The New Regime*, ed. L.M. Hinojosa-Martínez y J.M. Beneyto, Wolters Kluwer, 2015, en especial la parte tercera. Y en AA. VV., *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de derecho*, dir. M.A. Salvador Armendáriz, 2014, Thomson Reuters Aranzadi y ICS Universidad de Navarra.

naturaleza transnacional de la cuestión. Encontrar en la norma suprema reglas jurisdiccionalmente operativas está destinado al fracaso.

El escaso peso de los principios y categorías recogidas en la Constitución estatal para ofrecer límites sólidos a la jurisdicción constitucional no oculta, sin embargo, su pertinencia en otro nivel. La Unión Bancaria merece una valoración desde el prisma del principio democrático, del Estado de derecho, de la propia naturaleza en sí del Estado, los términos de la identidad constitucional, etc. Pero una vez más, el lugar natural de esta discusión es el de la política constitucional antes que el de la jurisdicción. Se trata, por tanto, de que la dogmática encuentre en la norma suprema referencias que orienten a la praxis política en el amplio y complejo horizonte, lleno de posibles variantes, que arroja la Unión Bancaria. Esta institución quiere lograr distintos fines, y la dogmática ha de ayudar a comprender cuáles son los principios constitucionales en juego y cuáles son sus posibles formas de articulación<sup>40</sup>.

## 2.2. *El singular problema de los derechos fundamentales*

### a. *Algunas precisiones conceptuales*

Es una obviedad que el territorio de los derechos fundamentales se ha transformado con el proceso de integración, especialmente desde el reconocimiento de efectos jurídicos a la Carta. No obstante, conviene resituar estos

<sup>40</sup> La política constitucional y la jurisdicción constitucional se ocupan de interpretar el texto constitucional. De la segunda esperamos que concrete límites claros que no han de ser traspasados por la primera; a este fin sirve de manera específica que se exprese mediante sentencia, cuyo fallo ha de ser congruente con lo pedido. En cambio, la política constitucional, aunque también aborda los límites, sobre todo explora los escenarios posibles y elige la solución más oportuna según la mayoría. La relación entre ambas magnitudes es de subordinación recíproca: la jurisdicción constitucional valida o frena interpretaciones originadas en la política constitucional, mientras que la política constitucional marca el paso generando los discursos constitucionales. La forma concreta de esta relación entre jurisdicción y política constitucional depende de la propia experiencia histórica. En el caso alemán, el TCFA ha contribuido de manera decisiva a la reconstrucción democrática del espacio público, de ahí que se tenga en él, y de modo derivado en la Constitución, una confianza sobresaliente. Véase Michaela HAILBRONNER, «Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism», *ICON*, núm. 12, 2014, pp. 626-649, en especial p. 642 y ss. Anusche FARAHAT, «Das Bundesverfassungsgericht», *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, von Bogdandy/Grabenwarter/Hüber (ed.), C.F. Müller, 2016, pp. 81-159, p. 147 y ss.

cambios a la luz de la estructura dogmática de los derechos fundamentales, que, en mi opinión, está dominada por dos distinciones esenciales.

Se precisa distinguir en primer lugar entre la disposición que reconoce un derecho fundamental y el contenido de ese derecho fundamental<sup>41</sup>. Del texto a la regla que ampara una específica expectativa de protección hay un espacio de concreción en el que intervienen variados actores, cada uno con su función propia. Participa el titular del derecho, que refuerza las comprensiones ya establecidas o abre lecturas alternativas. También contribuye la Administración y el Poder Judicial en su aplicación constitucionalmente adecuada de la ley. Es capital la labor del legislador que regula el ejercicio del derecho. Y, en fin, a la jurisdicción constitucional le compete fijar la interpretación suprema en caso de posiciones en conflicto. Este panorama clásico es enriquecido por el proceso de integración en tanto que la sociedad abierta de los intérpretes se amplía a niveles exponenciales (todos los posibles titulares de los derechos), pero, sobre todo, porque aparecen intérpretes institucionales, el legislador de la Unión y el Tribunal de Justicia, que se consideran habilitados para postular comprensiones autónomas que han de primar frente a la de los actores estatales.

Conviene, en segundo lugar, traer a colación la distinción entre texto normativo y ámbito de regulación<sup>42</sup>. Nos recuerda que el derecho fundamental cobra distinta función e intensidad según el contexto en el que se esté proyectando su aplicación. Sin querer entrar ahora en honduras metodológicas, basta con pensar que no es igual el control que se realiza frente al legislador que regula el ejercicio de un derecho fundamental (se trata de un contraste directo de normas con ciertos mecanismos de deferencia frente al legislador), que el que se ejerce ante el Poder Judicial que aplica esa misma ley (se trata de un contraste mediado por la ley y el caso concreto, donde se valora si el órgano judicial ha tomado suficientemente en serio la

---

<sup>41</sup> Por todos, Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, 1999, p. 31. Sobre la distinción en términos generales, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho. vol. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, 1991, p. 109 y ss.

<sup>42</sup> Konrad HESSE, «La interpretación constitucional» (trad. P. Cruz Villalón), en su libro *Escritos de derecho Constitucional*, ed. P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/CEPC, 2011, p. 63 y ss. El concepto de programa normativo es de su discípulo Friedrich MÜLLER y en nuestra lengua hay una buena exposición en «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», (trad. L. Villacorta Mancebo), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 111-126.

relevancia del derecho fundamental)<sup>43</sup>. Y también es significativo el ámbito material, de ahí que, por ejemplo, un derecho fundamental no tiene la misma intensidad si colisiona con otro derecho fundamental o se inserta en las relaciones entre particulares. Pues bien, el proceso de integración también incide en esta distinción básica, en tanto que resulta cabal pensar que un derecho fundamental tomará contornos particulares cuando se pondera con una libertad fundamental, cuando se opone a una regulación armonizada o cuando se aspira a definir un contenido protegido en términos aceptables para todos los Estados miembros<sup>44</sup>.

En definitiva, el proceso de integración amplía los discursos sobre los derechos fundamentales y modifica los contextos en los que se desenvuelven. ¿Cómo se ha de ordenar este fenómeno? Hasta tiempos recientes había dominado el modelo de separación que quedó establecido desde los años setenta, con la inestimable contribución del TCFA y su doctrina *Solange*, montada sobre el fértil apoyo del Tribunal de Justicia e inspirada en la jurisprudencia del TEDH y las tradiciones constitucionales. Así las cosas, la protección de los derechos fundamentales quedó dividida en dos esferas, cada una de ellas con su tribunal competente, si bien actuando en un magma compartido.

En otras páginas he defendido que el Tribunal de Justicia, aproximadamente en los últimos cinco años, ha dictado una serie de sentencias que han movido estas líneas de flotación, dirigiéndose a una ampliación de su campo de actuación y a la conquista de un discurso autónomo<sup>45</sup>. La reciente Sentencia del TCFA de 15 de diciembre de 2015 podría leerse como una readaptación a los cambios, de suerte que, junto a la tesis de la separación, se incorporaría ahora un nuevo modelo, al menos para la dignidad humana, que permitiría al TCFA superar la distinción de espacios, en el supuesto de que se afectase a la identidad constitucional, realizando entonces un juicio de razonabilidad.

---

<sup>43</sup> Aunque en la práctica exista una reducción de la distinción por la vis expansiva del principio de proporcionalidad.

<sup>44</sup> Me parece que es esto a lo que se refiere el Tribunal de Justicia al subrayar que «[...] la autonomía de que goza el derecho de la Unión con respecto a los derechos de los Estados miembros y con respecto al derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión», Dictamen de 18 de diciembre de 2014, C-2/13, EU:C:2014:2454 (decisión con la que renueva una jurisprudencia clásica).

<sup>45</sup> Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pp. 243-268.

## b. La función de mediación de la jurisdicción constitucional

En mi opinión, ninguna de estas tesis (la separación de espacios o el juicio de razonabilidad) afronta plenamente el problema específico que suscita el proceso de integración respecto a los derechos fundamentales. Esto ocurre porque ambas propuestas siguen ancladas en la comprensión de la jurisdicción constitucional como intérprete supremo de la Constitución, postulado indiscutible, pero insuficiente para abordar las transformaciones que están experimentando los derechos fundamentales.

La dogmática de la separación supone en términos prácticos la indiferencia de la jurisdicción constitucional frente a cualquier cuestión de derechos fundamentales que se suscite en la Unión. No siendo derechos fundamentales estatales, el TCFA nada tiene que decir, salvo que se dé una involución masiva en sus garantías. Más sugerente y cercana a las dificultades actuales es la tesis de la razonabilidad, a través de la cual la jurisdicción constitucional se implica en la construcción del discurso de los derechos fundamentales, proponiendo una lectura alternativa que puede contrastar formalmente con el Tribunal de Justicia mediante la cuestión prejudicial. Sin embargo, en la solución final late la idea de que el alcance de un derecho fundamental siempre pasa por la palabra final del TCFA.

Sea como fuere, una jurisdicción constitucional que aspire a ser practicable en el ámbito multinivel de los derechos fundamentales debe situar en el centro de su reflexión el verdadero problema al que se enfrenta. Este no es otro que un novedoso contexto de discursos constitucionales generados fuera del proceso político estatal. Discursos que inciden directamente en el ordenamiento interno, precisando las conductas amparables bajo un derecho fundamental (bien porque extienden el ámbito de protección, bien porque lo reducen). Y para afrontar con garantías de practicabilidad este asunto, me parece imprescindible que la jurisdicción constitucional trabaje con una premisa clara: sin dejar de ser el intérprete supremo de la Constitución, cuando entra en juego el derecho de la Unión, ya no es el intérprete supremo de los derechos fundamentales, puesto que estos no se agotan en la Constitución estatal. ¿Cuál es entonces su función? En mi opinión ha de desempeñar una labor de mediación entre los discursos constitucionales concurrentes. Así, de un lado, a través de la exportación de su propia comprensión de los derechos fundamentales contribuye a su definición europea. De otro, mediante la importación de discursos creados fuera del proceso político estatal ha de lograr una determinación lo más clara posible del contenido que su titular puede esperar. En ambos casos, exportación/importación, podemos distinguir un plano informal y otro formal.

La exportación informal de la doctrina de la jurisdicción constitucional se refiere a la posibilidad de que sea tomada como punto de referencia

por otras jurisdicciones o instituciones aplicadoras de derecho. Es esta una práctica habitual, al menos en la preformación de las decisiones de los altos tribunales, aunque no siempre se verbalice su uso. Pese a su carácter informal, es factible distinguir por lo menos dos condiciones estructurales. Una es intrínseca al tribunal que crea la jurisprudencia, que si es consciente de la dimensión que puede cobrar, debe actuar con pretensión de universalidad. Quiero decir que cuando la controversia lo permita, por tratarse de un problema compartido más allá de las fronteras estatales, la resolución judicial ha de ser consciente de su impacto exterior y buscar la mayor comunicabilidad posible. La otra condición estructural se refiere a la predisposición de las jurisdicciones y actores institucionales para utilizar el derecho comparado como referente argumentativo, como quinto método interpretativo<sup>46</sup>. Esta voluntad dota a la jurisprudencia receptora de una mayor razonabilidad, dado que implica un contraste previo de su decisión, valorando las consecuencias y los puntos débiles que han experimentado otros tribunales<sup>47</sup>.

En estas páginas, sin embargo, nos interesa sobre todo la exportación formal a través de la cuestión prejudicial formulada por un Tribunal Constitucional<sup>48</sup>. ¿Cuándo debe plantear la cuestión en relación con los derechos fundamentales? Creo que la pertinencia del incidente emerge si se dan tres requisitos. El primero, que la controversia tenga un «vínculo directo» con el derecho de la Unión<sup>49</sup>. En segundo lugar, la concreción del derecho fundamental a partir de la Constitución estatal para el caso particular debe imponer una interpretación necesaria (constitucionalmente adecuada) de una disposición normativa de la

---

<sup>46</sup> Sobre el concepto del derecho comparado como quinto método interpretativo, Peter HÄBERLE, *op.cit.*, nota 31, p. 312 y ss.

<sup>47</sup> El uso del derecho comparado en la argumentación sobre derecho europeo por los tribunales constitucionales, en especial en relación con el Tratado de Lisboa, es indiscutible, como prueba el detenido análisis de Mattias WENDEL, «Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: die Integrationsrechtsprechung Nationaler Verfassungsgerichte in Gemeineuropäischer perspektive», *Der Staat*, núm. 52, 2013, pp. 339-370. En las páginas de este estudio se proponen tres tipos de función: se usa como referencia puntual para reforzar un resultado interpretativo; se utiliza como argumento de autoridad *per se*; o se utiliza como contraste crítico para desarrollar una fundamentación alternativa, p. 34 y ss.

<sup>48</sup> Un asunto que ganará en complejidad cuando entre en vigor el Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite a los tribunales superiores formular peticiones al TEDH de «advisory opinions».

<sup>49</sup> Requisito que ha introducido la ya indispensable Sentencia de 7 de mayo de 2013, Åkerberg *Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, apdo. 26, y que en sí mismo puede ser objeto de discusión en una cuestión prejudicial.

Unión o revelar una contradicción entre esa disposición y el derecho fundamental. Y, en tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha de analizar si el Tribunal de Justicia carece de doctrina para un caso similar; si existiendo, no ha agotado todos los perfiles que plantea la controversia específica; o bien, el Tribunal Constitucional considera que es preciso una nueva reflexión, sea por la intensa crítica que esa doctrina ha recibido, sea por el transcurso del tiempo. Esta última condición es la que hace posible en sentido estricto la mediación de discursos (y determinará el modo de la cuestión prejudicial), proponiendo y contrastando alternativas, colaborando en la construcción de una dogmática compartida de los derechos fundamentales, desempeñando, en definitiva, la específica función que ha de corresponder a la jurisdicción constitucional estatal en un contexto de garantía múltiple de los derechos fundamentales.

Lo dicho para la exportación ha de valernos en la importación informal: se precisa de una jurisdicción constitucional abierta a contrastar sus análisis con el de otros tribunales. El escenario es más complejo cuando las constituciones formalizan la importación del derecho internacional, al estilo austriaco, convirtiendo la Carta en parámetro de constitucionalidad, o siguiendo el modelo español, al ordenar que el derecho internacional sea canon prioritario de interpretación<sup>50</sup>. Esta formalización, cuya utilidad es innegable, siembra, sin embargo, nuevos problemas. Uno de ellos tiene que ver con el margen que queda a la jurisdicción estatal: ¿está vinculado en cualquier caso o es una regla de interpretación que puede ser orillada?, ¿solo opera como criterio de mínimos, o es utilizable por la jurisdicción estatal para revisar a la baja su comprensión de un derecho fundamental? Y el otro problema se refiere a la naturaleza del derecho de la Unión: ¿hemos de subsumir la Carta y la interpretación del Tribunal de Justicia bajo la regla general relativa al derecho internacional o gozan de un régimen específico de plena vinculación?<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Una excelente exposición de modelos en la práctica, la encontramos en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, 2015, pp. 50-64.

<sup>51</sup> En España es este un debate que ha sido abierto por la STC 26/2014, de 13 de febrero que da eficacia a la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107. En la doctrina encontramos argumentos a favor de la particularidad del derecho de la Unión, criticando la solución seguida por el Tribunal Constitucional, en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPCO, 2014, p. 304 y ss. En cambio, reforzando la posición del Tribunal Constitucional y su condición de intérprete supremo de la Constitución sin vinculación formal al Tribunal de Justicia, Francisco J. MATÍA PORTILLA, «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 479-522, p. 515 y ss.

En esta serie de interrogantes asoma la pregunta sobre qué debe hacer un Tribunal Constitucional con la sentencia del Tribunal de Justicia que resuelve su cuestión prejudicial. La respuesta, a su vez, tiene mucho que ver con el estilo que utilice el Tribunal de Justicia en la resolución de las cuestiones prejudiciales sobre derechos fundamentales, práctica en la que este órgano judicial también se va a jugar parte de su legitimidad<sup>52</sup>. Al respecto, encontramos a día de hoy al menos dos estilos<sup>53</sup>. En ocasiones, el Tribunal de Justicia ofrece al juez nacional un método de trabajo con el que ha de fallar la controversia. Este tipo de soluciones dejan al Tribunal Constitucional un margen de concreción para componer una solución mediadora que articule los elementos de la Constitución estatal y los de la Carta. Pero en otros supuestos, el Tribunal de Justicia exprime todas las posibilidades y da una respuesta taxativa, una regla que no requiere concreción ninguna. En mi opinión, la habilitación constitucional de atribución de competencias a la Unión opera aquí como un mandato de cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia. Así las cosas, la mediación del Tribunal Constitucional consiste en dar y garantizar plena eficacia jurídica al discurso constitucional generado fuera del proceso político estatal. Es el guardián de la Constitución, pero también de la apertura de la norma suprema, que exige un último acto de autoridad, la del Tribunal Constitucional, que pacifique definitivamente la controversia<sup>54</sup>. La función de mediación no se construye solo sobre la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, sino también sobre su naturaleza de órgano constitucional en un Estado integrado supranacionalmente.

<sup>52</sup> La flexibilidad del Tribunal de Justicia en la resolución de las cuestiones prejudiciales (optar por el silencio, dar respuestas parciales) ha sido analizada en Daniel SARMIENTO, «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», en M. AVBELJ Y J. KOMÁREK (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 286-317, en especial p. 292 y ss.

<sup>53</sup> Bajo el presupuesto normativo fijado por el binomio Melloni/Akerberg: donde la Unión haya agotado la regulación, se impone la interpretación del Tribunal de Justicia sin margen de intervención de la jurisdicción estatal, que sí opera en el supuesto de que no se haya producido una armonización plena.

<sup>54</sup> En este supuesto encontramos asimismo un grado de mediación interpretativa en tanto que la jurisdicción constitucional habrá de explicar cuál es el contenido final del derecho fundamental: ¿es la concreción del Tribunal de Justicia extensible a todos los casos o solo a aquellos que tengan un vínculo directo con el derecho de la Unión? En definitiva, el Tribunal Constitucional ha de aclarar si el derecho fundamental en cuestión tendrá un contenido dual, según el ámbito normativo que implica, o si bien opta por una comprensión homogénea.

