

LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 30 DE JUNIO DE 2009

Alfredo ALLUÉ BUIZA

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN. II.-LOS REFERENDA IRLANDESES: LA PRESERVACIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES. III.-CHEQUIA Y SU TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CRÍTICOS PERO OBEDIENTES. IV.-ALEMANIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 30 DE JUNIO DE 2009: ATAQUE PREVENTIVO A LA POSTMODERNIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO. A. Introducción: Objeto del recurso y algunos óbices procesales. B. En cuanto al fondo: Un «sí, pero...» a la constitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa y un «no» rotundo a la ley de acompañamiento.

I. INTRODUCCIÓN

Las grandes reformas del Derecho Originario abarcan, esencialmente, desde el Acta Única Europea (que entró en vigor en 1987) hasta el Tratado de Lisboa, el cual desplegó sus efectos jurídicos en diciembre de 2009. Todas estas reformas se han hecho (a diferencia de las anteriores, como el Tratado de Fusión de Ejecutivos o los Tratados de Modificación de Disposiciones Presupuestarias) sobre la base de consolidar este Derecho Originario como un Ordenamiento Constitucional Europeo.

No es nuestra intención el generar confusión entre Tratados y Constituciones a la hora de hablar de los instrumentos normativos originarios con los que se dota la Unión Europea. Desde la perspectiva democrática, entendiendo la Democracia como categoría jurídica y no solo política, un sistema democrático necesariamente ha de identificarse con un sistema constitucionalizado, el cual debe de expresarse a través de procesos constituyentes que determinen formalmente una legitimación democrática de las instituciones políticas, que éstas sean, por lo tanto, representativas, que quede garantizado el derecho de resistencia del pueblo a través de los derechos fundamentales, que los poderes estén limitados, que se garantice la preeminencia del derecho y que las garantías sean esencialmente jurisdiccionales.

Estos presupuestos son los que se reconocen en el constitucionalismo contemporáneo y éstos se reconocen igualmente, con mayores o menores déficits o imperfecciones en la Unión Europea y en su Derecho Originario. Este derecho se conforma a través de lo que llamamos «proceso constituyente continuado»,

con una emergencia de poderes constituyentes *sui generis* que son, evidentemente, más claros en el caso de las Convenciones realizadas para la elaboración de la Carta de Derechos o el Proyecto de Constitución Europea; o larvados, con sus propias especificidades, en los procesos de ratificación de los Tratados, no sólo de reforma sino de adhesión (que en definitiva, son también de reforma) como pueden ser a título de ejemplo, los *referenda* de Noruega, Dinamarca e Irlanda o los de Francia y Países Bajos, e incluso, a un nivel más modesto, el habido en Groelandia para poder abandonar este territorio infraestatal las Comunidades Europeas. Del mismo modo, las aportaciones jurisprudenciales de los Tribunales Constitucionales español, francés italiano, alemán o checo, principalmente, ante las ratificaciones de los Tratados, o ante problemas concretos de articulación del sistema de garantías de derechos, las Declaraciones del Consejo Constitucional Francés ante la elección directa por primera vez, del Parlamento Europeo¹, etc. Igualmente, también forman parte de ese proceso constituyente continuado, las iniciativas de proyectos constitucionales del Parlamento Europeo que, en su aporía, sin embargo han sido auténticos catalizadores de las sucesivas reformas operadas en el Acta Única Europea y en el Tratado de Maastricht, principalmente.

Sean Tratados o Constituciones, sean procesos constituyentes o acuerdos intergubernamentales, no nos agobia un cierto abandono al uso formal del término Constitución, como afirma López Guerra². Intentando huir del nominalismo, lo que existe en la Unión Europea es una Constitución en sentido material «en cuanto ente de tipo supranacional...como entidad diferenciada en el concierto internacional, que no responde a las características definidoras del Estado Nacional ni de la alianza entre Estados» y que, continúa el autor «no cabe excluir que esa Constitución material acabe, tras nuevos intentos en transformarse en una Constitución formal. Entre tanto, los elementos característicos son los de una organización constitucional se van incorporando al proceso de integración».

Como bien apunta Maribel González Pascual³, al referirse al debate habido en el año 2000 en la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, y más concretamente, en la intervención de Ingolf Pernice, «el derecho constitucional ya no era considerado estrictamente nacional, originario y dependiente del Estado. Y no significaba tampoco considerar que la UE se estaba transformando en un Estado o que debía llegar a convertirse en tal» ya que «la Constitución de cada Estado miembro, el Derecho Primario de la UE y la influencia del CEDH,

¹ ALLUÉ BUIZA, A., «La Unión Europea ¿Un sistema político exportable?». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 16, primer semestre 2009, p. 268.

² LÓPEZ GUERRA, L., «Derechos e Integración Europea», *Ponencia presentada al VIII Congreso de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, p. 2.

³ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «El TCF ante la integración europea. Últimas aportaciones». *Ponencia presentada al VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, p. 17.

como creadores de un estándar de los Derechos Fundamentales europeo común, forman un conjunto único. El derecho constitucional europeo y el nacional construyen un sistema que desde una perspectiva material, funcional e institucional se pueden reconducir a la unidad. Dicho sistema final ha sido adjetivado por la doctrina alemana de manera preferente como unión de Constituciones o constitucionalismo multinivel».

Más allá de este debate, podemos traer a colación, quince años después, las palabras del Profesor Aragón Reyes en su comentario a la Sentencia del tribunal Constitucional Federal Alemán⁴, relativa a la ratificación del Tratado de Maastricht; pues, sin duda, la historia se repite con los mismos actores y los mismos objetos de controversia: «la construcción europea se ha venido realizando mediante un proceso sustentado en el voluntarismo político de los Gobiernos y el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Este modo, funcionalista, ha resultado hasta fechas recientes bastante eficaz, pero, como todo funcionalismo, tiene sus limitaciones. Y ha sido, precisamente, el gran paso del Tratado de la Unión Europea el que las ha puesto de manifiesto. Quizás porque cuando se pretende una mayor unificación, el funcionalismo ha de ser complementado, valga la palabra, por el estructuralismo. Establecer una ciudadanía europea, eliminar las fronteras, crear una política común en materia económica, imponer una moneda única, etc., son pasos decisivos que aproximan al federalismo, esto es, a la transformación sustancial de lo que surgió, y es todavía, una comunidad de Estados soberanos. No es de extrañar, pues, que con ocasión de este Tratado se hayan planteado, por fin, problemas del Derecho constitucional que, en etapas anteriores habían quedado subyacentes, y sólo aparentemente velados por el Derecho comunitario».

En parecida línea doctrinal, Laurence Burgogues-Larsen⁵ considera que no se pueden ignorar dos elementos clave: primero que no se puede aislar el sistema de la Unión Europea, por un lado, y el de los sistemas nacionales, por el otro; segundo, dentro de esta imbricación hay que fomentar el diálogo, esencialmente judicial en la búsqueda de equivalencias en una tensión, eso sí, con la idea que las jurisdicciones (las nacionales y europeas –convencional y de la Unión–) tienen de preservar o mantener vigente, pues forma parte de su oficio, la idea vital de su ordenamiento jurídico, es decir, la importancia de su ordenamiento jurídico. Estamos de acuerdo con la autora en que nos encontramos en «un proceso constitucional, es decir, estamos enfrentados a un constitucionalismo abierto, evolutivo, que no es inmutable y que se nutre de cada acción y reacción de los múltiples actores del sistema».

⁴ ARAGÓN REYES, M., «La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea: La reforma de la Constitución», *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid 1995, p. 1.052.

⁵ BURGORGUE-LARSEN, L., «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», *Ponencia presentada al VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, pp. 3 y 4.

Sin embargo, esta posición doctrinal, que compartimos, se ha visto confrontada con la realidad tozuda de los hechos. Por un lado, en el ámbito político, las reticencias a la ratificación por parte de los operadores políticos en Irlanda, Chequia y Alemania y, en menor medida, en Eslovaquia y Polonia⁶ e, igualmente, como consecuencia de ello, una jurisprudencia desconfiada y un tanto demolidora por parte de Alemania, a través de su Tribunal Constitucional Federal (cuyas resoluciones son un marco de referencia para posteriores actuaciones en los Estados, principalmente en los países del este europeo) que tiene serias divergencias con esta visión sistémica, abierta, dialogante y un tanto postmoderna (que sin embargo, nosotros también compartimos) del sistema constitucional europeo; en una especie de vuelta, o retroceso, a los paradigmas del constitucionalismo estatal, anteponiendo el valor de la constitución del Estado nación y su imposibilidad de poder trasladarse sin más a una mera Comunidad de Estados. Para esta Jurisprudencia la Unión Europea parece no ser más que una «Comunidad de Estados», siendo éstos los «señores de los Tratados», siendo ésta la base para interpretar las disposiciones de éstos.

El Tratado de Lisboa supone definitivamente una salida al laberinto⁷ creado por el proceloso proceso de ratificación del fenecido Proyecto de Constitución Europea, suponiendo un rescate en principio selectivo de la misma, para terminar siendo sustancial, pero que también, para algunos, significa una pérdida del aliento constitucional, ya que supone «una contrarreforma del Tratado Constitucional al haber arrasado radicalmente cualquier germen de dinámica constitucional y cualquier símbolo o término apuntado en esta dirección»⁸. La Convención, en este sentido, aparece como un procedimiento esencialmente simbólico sin que podamos decir que estamos ante un paradigma de lo que debe de ser un proceso constituyente clásico⁹. Otros autores, por el contrario, discrepan de la tesis de que Lisboa suponga un retroceso respecto al Tratado Constitucional de 2004, ya que, como expresa José Manuel Sobrino Heredia¹⁰, era un texto

⁶ En Eslovaquia se planteó un debate acerca de los símbolos de la Unión que, en realidad, enmascaraba serias divergencias en el Parlamento sobre cuestiones de ámbito estrictamente interno, utilizándose la ratificación como moneda de cambio, lo que retrasó la ratificación tres meses. En Polonia, las divergencias con la Carta de Derechos en lo referente a los que puedan afectar moral pública, derecho de familia, vida y dignidad humana, originó igualmente el retraso en la ratificación del Tratado por parte del Presidente de la República (Ver Declaración n.º 61 y Protocolo n.º 30 anejos al Tratado de Lisboa).

⁷ ALDECOA LUZARRAGA, F., «El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional», *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional*, (José Martín y Pérez de Nanclares, coord.) Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 35.

⁸ MARISCAL BERASTEGUI, N., «Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 39/2008, p. 104.

⁹ Ver al respecto, la posición crítica de M. PETITHOM («La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 39/2008, p. 160 y ss.) a entender como proceso constituyente el sistema de Convención, siendo una mera reforma intergubernamental que incide, con otros factores en el proceso de despolitización en la Unión Europea.

¹⁰ SOBRINO HEREDIA, J. M., «El Tratado de Lisboa o la capacidad de Europa para reinventarse constantemente», *IUSTEL Revista General de Derecho Europeo*, n.º 19 (2009), p. 3.

«alambicado» y de «nombre harto confuso», «y que dio pábulo a interpretaciones exageradas que veían en el mismo un texto casi de derecho público interno y no un acto de Derecho Internacional convencional».

Sea un problema semántico o de fondo, situar el proceso de Integración europea y la reforma de los Tratados en el plano constitucional o en el mero jurídico internacional, los problemas que surgen cada vez que se reforma el Derecho Originario en las ratificaciones del mismo por parte de los Estados tienen el mismo grado de virulencia, se llame el instrumento Tratado o constitución, exista proceso constituyente «sui géneris» o elaboración intergubernamental. En todos los casos, y ocurrió en el Proyecto de Constitución, la ratificación viene «a poner sobre el tapete las dificultades de transmitir a la ciudadanía europea lo que parece tan obvio para la burocracia europea». En el caso del Tratado Constitucional, «la negativa de Francia y Holanda es una negativa, como se ha dicho, a la obviedad de un proceso de construcción que más parece realizado en un laboratorio que apegado a la realidad social»¹¹; si bien, desde una crítica al reconocimiento de la democracia directa o de la identidad en la democracia representativa, a veces las ratificaciones, a través de *referenda*, con sus previsibles resultados negativos, supone una respuesta del elector a problemas de índole doméstico-nacional que poco tiene que ver con el objeto de la consulta, teniendo el alcance nacional o meramente sectorial de las preocupaciones ciudadanas el efecto generador de una crisis europea, al exigirse el acuerdo unánime en la ratificación por parte de los Estados miembros¹².

II. LOS REFERENDA IRLANDESES: LA PRESERVACIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

El Tribunal Supremo Irlandés, órgano de garantía constitucional de este Estado, en su Resolución de 1987, determinó que cualquier modificación del Derecho Originario Comunitario debería de ser ratificado por la República de Irlanda mediante referéndum por el pueblo irlandés, pues cualquier modificación que se hiciera de este ordenamiento afectaría al art. 29 de la Constitución (y en conexión, a los arts. 46 y 47) que regula las relaciones internacionales y, más concretamente, la adhesión de Irlanda a la Unión Europea. Es decir, cada reforma de los Tratados requiere una previa reforma constitucional, y en su procedimiento, se exige la participación directa del pueblo en un porcentaje superior al 40% para que tenga validez, como así se hizo en el 2001 en relación a la ratificación del Tratado de Niza.

¹¹ CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), «*La constitucionalización de Europa*», Ed. Comares, Granada 2006, prólogo, p. X.

¹² CLOSA, C., «Tras Irlanda: referéndum y unanimidad», *ARI, Real Instituto Elcano*, 62/2008, de 16 de junio, p. 1.

El proceso de consulta popular se hizo en Irlanda en un momento de crisis de liderazgo político, con la dimisión del Primer Ministro Bertie Ahern por supuestos escándalos de corrupción (de los que nunca fue condenado), siendo sucedido por Brian Cowen, líder del *Fianna Fail* que era el partido mayoritario de la coalición de gobierno, lo que originó un retraso en la puesta en marcha de la campaña del «sí» al Tratado, frente a los detractores del mismo, los cuales llevaban una gran ventaja en la petición del «no», lo que obligó al Primer ministro a una dura, autoritaria y un tanto coactiva campaña en favor de la ratificación de Lisboa que tuvo un efecto *boomerang* a sus intereses¹³.

El referéndum irlandés de 12 de junio de 2008 se enmarca en una dura confrontación acerca de los valores constitucionales, intangibles o indisponibles para el proceso de construcción comunitario, los cuales, a través de la reforma de los Tratados, no pueden ser puestos en cuestión. Estos valores y principios se concretan en los siguientes: La neutralidad de Irlanda y su compadecimiento con la política de seguridad y defensa de la Unión Europea; el derecho a la vida de los no nacidos frente a los llamados «derechos reproductivos», la protección de la familia y la educación y la regulación de la Carta de Derechos, que formaría parte del Tratado; la intangibilidad estatal en la regulación de su fiscalidad y los derechos sociales, y la preocupación de que Irlanda perdiera un Comisario temporalmente, tal y como se regulaba la composición de la Comisión en el Tratado de Lisboa.

En definitiva, el clásico debate acerca del déficit democrático institucional de la Unión y los problemas de legitimación democrática de la misma; de la garantía de los Estados en la protección de los derechos fundamentales constitucionalizados y la adecuación de estos derechos si son regulados en la Unión Europea al estándar constitucional, esencialmente, los derechos ontológico-existenciales como es el derecho a la vida; así como los límites de la atribución competencial a la Unión Europea por parte de los Estados, especialmente en lo que concierne al Estado Social, que es, en palabras de Bar Cendón¹⁴ la «confirmación de que la Unión Europea concede gran importancia al progreso social y a la protección de los derechos de los trabajadores; a los servicios públicos, como instrumento indispensable de cohesión social y regional; a la responsabilidad de los Estados miembros en la prestación de servicios educativos y sanitarios; y al papel de las autoridades nacionales, regionales y locales en la prestación de servicios de interés general, que no deberían verse afectados por ninguna de las disposiciones del Tratado de Lisboa, incluidas las relativas a la política comercial común».

¹³ Como afirma R. CHARI («¿Por qué rechazaron los irlandeses el Tratado de Lisboa? Un análisis de los resultados del referéndum», *ARI, Real Instituto Elcano*, n.º 69/2008, de 18 de julio, p. 2) «Brian Cowen, se le presentaba como un matón que exigía a las fuerzas de la oposición que acataran y se limitaran a respaldar la campaña que encabezaría la coalición en el Gobierno».

¹⁴ BAR CENDÓN, A., «El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea». *Cuadernos Constitucionales Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.ºs 60-61, pp. 216 y 217.

Pero, salvo la cuestión de la posible pérdida del comisario nacional irlandés, las cuestiones planteadas consistían, como dice Carlos Closa¹⁵, en una miríada de temas indirectamente relacionados con el Tratado, que no estaban expresamente determinados en su tipicidad normativa, pero que, sin embargo, operaban como una mina a punto de ser activada por estas cuestiones. Sin embargo, la flexibilidad que se desprende del art. 351 del Tratado de Funcionamiento, susceptible de generar competencias expansivas, o las cláusulas pasarela o el procedimiento simplificado de reforma, hacen sospechar de la prioridad de mecánicas de mutación constitucional frente a las garantías de reforma intergubernamental de los Tratados, lo que puede hacer justificable dicha preocupación por parte de la opinión pública irlandesa¹⁶.

En dicha consulta se manifestó esa tendencia general de los *referenda* cual es impulsar el calado electoral de las fuerzas *antiestablishmen* (el grupo *Libertas* del acaudalado DecLan Ganley o el *Sinn Fein* o sectores de los sindicatos)¹⁷. Con una participación del 53%, 33 de las 43 circunscripciones electorales de Irlanda votaron en contra de la ratificación, con un total de votos negativos del 53,4% frente al 46,6% de votos afirmativos. Las únicas zonas donde ganó el «sí» fueron las zonas acomodadas de Dublín donde viven los profesionales liberales y los altos directivos, siendo las zonas rurales y obreras donde triunfó holgadamente el «no». Evidentemente, las preocupaciones manifestadas por los contrarios al Tratado influían de manera diferenciada según qué capas de población. Así a los sectores de la juventud su sensibilidad gravitaba en torno al problema de la neutralidad y el pacifismo, y a los sectores rurales, evidentemente, la cuestión del aborto era de un mayor calado¹⁸.

Ante este fiasco en el proceso de Ratificación, el Consejo Europeo de diciembre de 2008, aceptó dichas exigencias de los detractores del Tratado, que se concretaron en lo siguiente: «1.–El Consejo Europeo tomaba nota de las preocupaciones del pueblo irlandés, presentadas por el Primer Ministro de Irlanda relativas a la política de la familia, cuestiones sociales y éticas y sobre la

¹⁵ CLOSA, C., Ob. cit., p. 1.

¹⁶ Así, la preocupación de la referencia a la «persona» en la garantía del derecho a la vida en la Carta de Derechos (art. 2) susceptible de interpretaciones que alteren el estándar de protección de este derecho en el sistema constitucional irlandés. Sin embargo, como apunta M.^a A. ALCOCEBA GALLEGO («Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo Compromiso de Edimburgo», *Iustel, Revista General de Derecho Europeo*, 19 (2009), p. 10), «en relación con el derecho a la vida y, en particular, con el derecho a la vida del no nacido reconocido por la Constitución Irlandesa en su art. 40.3.3, Irlanda cuenta desde 1992 con un Protocolo en vigor anejo al TUE y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Según este Protocolo, ninguna disposición de estos Tratados, ni de los Tratados a actos por los que se modifican o completan dichos Tratados afectará a la aplicación de Irlanda del dicho artículo constitucional. Este texto que se integra en el Acervo de la Unión Europea, desprende sus efectos, de acuerdo con su letra, no sólo en relación con el Tratado que se aneja, sino también en relación con cualesquiera Tratados o actos que pudieran modificarlo».

¹⁷ BRADY, H., «Precaución, Irlanda podría guillotinar Lisboa» *ARI, Real Instituto Elcano*, n.º 56/2008, de 11 de junio, p. 2.

¹⁸ CHARÍ, R., Ob. cit., pp. 3 a 5.

tradicional política de neutralidad de Irlanda. Estas preocupaciones serán atendidas, dándose las necesarias garantías jurídicas, a mutua satisfacción de Irlanda y de los demás Estados miembros, a condición de que Irlanda contraiga el compromiso que se formula más abajo. 2.—Con respecto a la composición de la Comisión, el Consejo Europeo acuerda que, siempre que entre en vigor el Tratado de Lisboa, se adoptará una decisión, de conformidad con los procedimientos jurídicos necesarios, con el fin de que la Comisión siga incluyendo a un nacional de cada Estado miembro. 3.—El Gobierno irlandés se compromete a tratar de conseguir la ratificación del Tratado de Lisboa antes del final del mandato de la actual Comisión (el 31 de octubre de 2009), dando por supuesto que los compromisos mencionados se realizarán de manera satisfactoria»¹⁹.

Este compromiso de la Unión Europea se concretó en forma, decisión y declaración solemne en el Consejo Europeo de junio de 2009, a fin de que la misma precise o clarifique lo que ya está recogido en el Tratado, sin que éste, como dice el propio Consejo Europeo, quede modificado en su contenido y aplicación. Como afirma Bar Cendón²⁰, «es evidente que las concesiones realizadas a Irlanda no son verdaderamente tales, dado que se trata de aspectos que están ya perfectamente asegurados en el ordenamiento jurídico de la UE vigente. Se trata más bien, de una reafirmación de carácter político, dirigida a desmontar los argumentos falaces utilizados por los partidarios del “no” en la campaña del referéndum, a efectos de que no puedan volver a ser utilizados sin contestación alguna».

De esta misma opinión es Alcoceba Gallego²¹, al considerar que la excepción irlandesa se concreta en una declaración solo comprensible desde el punto de vista estrictamente político, que solo tendrá carácter vinculante si se integra jurídicamente en el Tratado en forma de Protocolo. Sin embargo, la autora manifiesta una reserva²² ya que «ha de plantearse si resulta jurídicamente posible desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, introducir un Protocolo con *pretendidas excepciones* para un Estado en relación con el Tratado de la Unión Europea con ocasión de un Tratado de Adhesión a éste»; concluyendo²³ que el compromiso adoptado por el Consejo Europeo «es un *más difícil todavía*, con el objeto de satisfacer a la totalidad de los Estados miembros, el compromiso pretende que de un texto que por su naturaleza no tiene consecuencias jurídicas que pudieran desprenderse tengan relevancia nula porque materialmente no suponen cambio alguno sobre la letra del Tratado²⁴. En definitiva, una pretendi-

¹⁹ Recogido por A. BAR CENDÓN, Ob. cit., p. 217.

²⁰ Id., p. 218.

²¹ Ob. cit., p. 5.

²² Id., p. 7.

²³ Id., p. 18.

²⁴ Ver Protocolo n.º 35 anejo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El artículo 17.5 del Tratado de la Unión Europea garantiza plenamente las pretensiones de Irlanda relativas a la garantía de la existencia de un Comisario irlandés, y, desde luego, el último inciso nos hace pensar en una muy difícil reducción en un futuro más allá de 2014 del número de comisarios.

da *cuadratura del círculo* que permita al Gobierno Irlandés vender una supuesta garantía jurídica para Irlanda que dote de legitimidad un segundo referéndum en este Estado miembro», el cual fue realizado el 2 de octubre pronunciándose positivamente el pueblo irlandés sobre la ratificación del Tratado; desactivándose de este modo la espoleta que haría peligrar la entrada en vigor del mismo, pero, tal vez, demasiado tarde, pues la ratificación en esa fecha en el conjunto de los Estados adheridos era un auténtico campo minado, como seguidamente veremos.

III. CHEQUIA Y SU TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CRÍTICOS PERO OBEDIENTES

La experiencia del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa en la República Checa nos aporta un mayor contenido jurídico, pues el Tribunal Constitucional Checo se vio obligado a manifestarse en dos ocasiones, Siendo jurisprudencialmente relevante la Sentencia de 26 de noviembre de 2008, ratificada en sus fundamentos en una segunda resolución de 3 de noviembre de 2009.

La primera resolución fue consecuencia de un recurso presentado por el Senado, a raíz de una recomendación de su Comisión de Asuntos Exteriores ya que, a tenor del art. 10 a) de la Constitución se hace necesario cuando se proceda a ratificar tratados internacionales que transfieran competencias del Estado a la Unión Europea. El Senado identificó seis áreas donde podían surgir conflictos entre el Tratado de Lisboa y la Constitución Checa, principalmente la Carta de Derechos y sus implicaciones, la primacía del derecho comunitario, la cláusula de flexibilidad, o las cláusulas pasarela, que son determinantes en el sistema de distribución competencial²⁵. La segunda intervención del Tribunal Constitucional Checo se debe a un recurso de una serie de parlamentarios euroescépticos²⁶ (17 senadores del ODS –Partido Democrático Cívico–) con el fin de, en connivencia con el Presidente de la República, el antieuropeísta Václav Klaus, en una suerte de «filibusterismo parlamentario» más próximo al fraude legal²⁷, retrasar lo más posible la ratificación, a fin de que se entrara en el año 2010 sin Tratado, se produje-

²⁵ KRAL, D., «Cómo vender Lisboa en Praga, las perspectivas de la ratificación del Tratado de Lisboa en la República Checa», *ARI, Real Instituto Elcano*, 103/2008, de 19 de diciembre, pp. 2 y 3. Sin embargo, como bien expresa el Autor (p. 3) ya el Presidente Klaus, en su derecho de intervención ante el Tribunal Constitucional, pretendía que éste que entrara a valorar la constitucionalidad del conjunto del Tratado, pues afectaba a la esencialidad de la República Checa como Estado soberano.

²⁶ Como sujetos legitimados se exige 41 diputados ó 17 senadores, así como el Presidente de la República. El Tribunal Constitucional al haber hecho caso omiso en su primera resolución al intento presidencial de abordar la generalidad del Tratado y centrarse al ámbito de las cuestiones elevadas en el recurso, dejaba la puerta abierta a una segunda intervención en este sentido. Al respecto ver NEMECKOVA, P., «La Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 26-XI-2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 32, Madrid, enero/abril (2009), p. 242.

²⁷ MISSÉ, A.; DE RETUERTO, R. M., «Praga deja en el aire el proyecto europeo», *El País*, 3 de diciembre de 2009, edición impresa visitada en www.elpais.com

ran las elecciones en Gran Bretaña y se pudiera llevar a cabo la promesa *Tory* de convocar en el reino Unido un referéndum de ratificación, lo que hubiera sido todo un golpe a la precaria línea de flotación del Tratado.

En la Sentencia de 2008, el Tribunal Constitucional se manifiesta claramente en favor de la compatibilidad constitucional del Tratado de Lisboa, pero dicha Sentencia aboga por delimitar preventivamente algunas cuestiones «pro futuro» a fin de evitar un cuestionamiento del sistema constitucional checo ante los avances de la integración. Así, en relación a la cláusula de flexibilidad, manifestando una especial sensibilidad por la preservación del principio de competencia de atribución de la Unión Europea, el Tribunal admite que supone una ampliación de competencias a la Unión pero que, sin embargo, no entraña una reforma tácita del propio Tratado; además hay un mayor control democrático en la utilización de la misma pues se refuerza el papel del Parlamento Europeo en su aprobación²⁸. De este modo, el Tribunal transmite una doctrina más benevolente que la realizada, como veremos más adelante por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación al supuesto déficit democrático de la Unión europea y a la posición del Parlamento Europeo; es decir, esta doctrina transmite, al menos, una confianza en la arquitectura institucional comunitaria.

Del mismo modo, dentro del ámbito competencial, salva a las cláusulas pasarela que permiten el tránsito de la unanimidad a la mayoría cualificada y del procedimiento legislativo especial al ordinario, pero, sin embargo, preventivamente, el Tribunal advierte de la necesidad *pro futuro* de reforzar el papel del parlamento nacional checo en el control de estas mecánicas y adoptar los procedimientos decisorios adecuados en el orden jurídico interno que respondan a las exigencias contenidas en las disposiciones del Tratado que regulan estos procedimientos²⁹.

Dentro de las otras cuestiones planteadas por los recurrentes, hemos de destacar la interpretación que el Tribunal hace del concepto de primacía del derecho comunitario que no está formalmente contenido en la normativa del Tratado (a diferencia del Proyecto de Constitución Europea) sino en una Declaración aneja (n.º 17) por lo que sigue siendo un concepto de construcción esencialmente jurisprudencial. Si bien salvaguarda una idea de primacía bastante pro europea, no obstante, el Tribunal hace una reserva, ya que si existieran conflictos insalvables prevalecería el orden constitucional checo. Ha que entender por conflicto insalvable el que pudiera surgir con el núcleo material de la Constitución checa formado por los requisitos fundamentales del Estado democrático³⁰, por lo que cabe interpretar que conforme a la protección de los derechos fundamentales por parte de la Unión Europea a través de la Carta, se ha de hacer dentro del estándar

²⁸ NEMECKOVA, P., Ob. Cit., p. 248.

²⁹ Id., p. 250.

³⁰ Id., pp. 243 y 244.

dar «equivalente en lo esencial» de protección establecido en el orden constitucional checo. De este modo, el Tribunal Checo se inspira, como afirma Petra Nemeckova³¹ en la tradición constitucional alemana, determinada en la conocida Sentencia *Solange II*. Así queda claro por parte de Chequia en su Declaración (n.º 53) aneja al Tratado de la Unión Europea, al manifestar una serie de reservas a la aplicación de la Carta, esencialmente en su apartado 2 último inciso, por lo que «La Carta no reduce el ámbito de aplicación del derecho nacional y no limita ninguna competencia actual de las autoridades en este ámbito».

En todo ello, más allá de una prevención a una nueva generación de derechos que choquen con los establecidos constitucionalmente y, sobre todo, prevención a la hermenéutica futura el Tribunal de Justicia, gravita un problema histórico que podría verse alterado por una aplicación de la Carta más allá del derecho comunitario, cual es las reparaciones de las propiedades de la minoría alemana expulsada de los Sudetes después de la Segunda Guerra Mundial, lo que podría implicar millonarias indemnizaciones o la posibilidad de poder regresar a sus antiguas propiedades³².

Finalmente, el último acto del arduo proceso de ratificación en Chequia tiene lugar en «El Castillo», pues su protagonista es esencialmente el Presidente Klaus, más allá de los parlamentarios que volvieron a recurrir la ratificación del Tratado. Como bien afirman Daniel Esparza y Petra Mestankova³³, el antieuropeísmo del Presidente se mueve dentro de los parámetros de la «traición» de la Unión Europea (trauma recurrente por parte de los operadores políticos y la sociedad checa a lo largo de su reciente historia: Munich, Primavera de Praga y que, desde nuestra perspectiva tiene un alto grado de justificación) en un imaginario en la cual se compara a la Unión Europea (opresora, paternalista, burocratizada y deficitaria democráticamente) con una nueva versión del Imperio de los Habsburgo, el Tercer Reich o la URSS. Una idea presidencial de «Entropa» (en referencia a la escultura que inauguró la tormentosa Presidencia Checa que hacía referencia a los estereotipos europeos más acusados y negativos) edificada a través de ideas negativas que desembocan en un eurofederalismo a combatir desde la idea de la defensa única y exclusivamente de un espacio de libre mercado³⁴. La negativa presidencial a la ratificación duró hasta que se produjo el segundo dictamen del Tribunal Constitucional Checo, del que el Presidente dijo que «obedecía a una interpretación política»³⁵ y afirmando, en el acto de ratificación, rea-

³¹ Id., p. 244.

³² ABC, 24 de octubre de 2009, p. 29.

³³ ESPARZA, D. y MESTANKOVA, P., «Los checos frente a la crisis europea», *ARI, Real Instituto Elcano*, 60/2007, de 29 de mayo, pp. 1 y 2.

³⁴ ESPARZA, D., «Reflexiones sobre la Presidencia Checa en la UE»: ¿La «peor de toda la historia» o crisis de identidad generalizada? *ARI, Real Instituto Elcano*, 157/2009, de 17 de noviembre, pp. 4 y 5.

³⁵ ABC, 4 de noviembre de 2009, p. 28. La propuesta sueca oficializada en el Consejo Europeo de 29 y 30 de octubre de 2009 acepta la inclusión de dicha declaración con las consiguientes aclaraciones y tácticas excepciones a la aplicación de la Carta.

lizado el día 3 de diciembre de 2009, un tanto hiperbólicamente, que «la República Checa ha dejado de ser un Estado independiente»³⁶.

IV. ALEMANIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 30 DE JUNIO DE 2009³⁷: ATAQUE PREVENTIVO A LA POSTMODERNIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

A. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DEL RECURSO Y ALGUNOS ÓBICES PROCESALES

Aprobado por el Parlamento alemán la Ley de Ratificación del Tratado de Lisboa, la Ley de Reforma Constitucional de los arts. 23, 45 y 93 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) para su adecuación a dicho Tratado y la Ley de «acompañamiento» a la ratificación por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y Bundesrat en el control de las materias transferidas a la Unión Europea, una serie de parlamentarios de forma individual y colectiva, y también como grupo parlamentario recurrieron dichas normas ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA). La mayoría de ellos democristianos y socialcristianos, así como los postcomunistas de *Die Linke* representados por Gysi y Lafontaine. Los recursos tenían la naturaleza de amparos constitucionales, así como conflictos entre órganos constitucionales. El Presidente de la República manifestó ante esta situación que no extendería el instrumento de ratificación hasta que el TCFA (en concreto, su Sala Segunda) no se hubiera pronunciado sobre dichos recursos.

En lo que respecta a los amparos constitucionales (apdos. 99 y ss.), resumidamente, los recurrentes plantearon una lesión a los derechos de los ciudadanos (y de los diputados individualmente concernidos) en su derecho al voto como derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, pues con la transferencia de derechos de soberanía en la Ley de aprobación este derecho queda sustancialmente afectado, pues se priva al votante del ejercicio de influencia en la legitimación y el ejercicio del poder estatal. De este modo, se lesiona el principio democrático al transferirse competencias a una organización, la Unión Europea, deficitaria democráticamente y sobre todo, con una ausencia de una clara legitimación democrática, déficit de poder y de legitimación que se intensifica en Lisboa con cláusulas de flexibilidad y de reforma poco claras y que hacen sospechar de habilitaciones competenciales «en blanco» en favor de la Unión y que se basa en un nuevo sujeto de legitimación democrática cual es el llamado Pueblo de la Unión, al regularse exhaustivamente la Ciudadanía europea.

³⁶ Id., p. 28.

³⁷ Texto en español traducido del Alemán por el Centro de Estudios políticos y Constitucionales.

Igualmente, se planteó la ardua cuestión acerca de la adecuada representación democrática del Parlamento Europeo sobre la base del principio «un hombre un voto», y la alteración del principio de separación de poderes en el diseño de la arquitectura institucional comunitaria.

También, la pérdida de estatalidad de la RFA en beneficio de un aparato supranacional competente en orden público, política exterior y de defensa que implica, como decimos, una pérdida de soberanía de los Estados incompatible con el principio de atribución singular y restringida que muta una Unión de Estados basada en un Tratado Internacional en favor de una gran Federación con subjetividad jurídica propia, que actuaría como un Estado independiente, con sus propios órganos legislativos, autoridades y propia ciudadanía.

Igualmente, la Ley de acompañamiento es lesiva para los derechos del Parlamento pues no establece los adecuados cauces de control sobre el Gobierno federal cuando éste actúa en el seno de las Instituciones comunitarias, y, desde el momento en que ésta no tiene sentido sin la Ley de ratificación, lógicamente el control constitucional debe dirigirse contra ésta igualmente, entendiendo ambas normas como una unidad, por lo que pueden ser recurridas excepcionalmente como control previo antes de su sanción y promulgación.

Todos los razonamientos de los recurrentes gira en torno a un principio sagrado del constitucionalismo alemán cual es la intangibilidad de múltiples cláusulas constitucionales (art. 79.3 LFB): control de los derechos fundamentales, al dispensar la Carta de Derechos de la Unión a los órganos jurisdiccionales alemanes de la garantía de los derechos fundamentales y el Estado Social, socavado por las políticas comunitarias, sin que se pueda establecer un control parlamentario de esa intangibilidad suficientemente adecuado; quedando el Gobierno federal libre en el ejercicio de la dirección política, dominando de este modo al Bundestag (y en lo que compete a los Länder, al Bundesrat) pues puede eludir al Parlamento y aprobar normas a nivel europeo, para las que no conseguiría una mayoría parlamentaria.

En realidad el debate se suscita en torno a si, como expresa Rainer Arnold³⁸, un tanto proféticamente, antes de la Sentencia, la identidad nacional, en el sentido de una cierta limitación del poder comunitario ante determinados temas, que desde la tradición política y jurídica de Alemania, resultan particularmente importantes para el país (Derechos, reparto competencial vertical entre la UE y los Estados, mantenimiento de la identidad nacional en determinadas materias y garantía del reparto competencial vertical con los Länder) ganará en importancia frente a la tradicional optimización de Alemania (corregida en la Sentencia *Maastricht*) de la integración política, que ha sido, a la vista de su compromiso con Europa, un socio de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, muy partidario de la integración.

³⁸ ARNOLD, R., «El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas reflexiones desde la perspectiva alemana», *ReDCE*, n.º 9, enero-junio de 2008, pp. 239 y 243.

En relación a los conflictos constitucionales (130 y ss.), y en conexión con lo anterior, se plantea la defensa de los derechos parlamentarios del ejercicio del control «ultra vires», por lo que el Parlamento alemán no debería aprobar ninguna ley que sobrepasase sus competencias y no debería, en cualquier caso, adoptar tales decisiones, si esas leyes contribuyen a abandonar el Estado concedido en la LFB. Desde este punto de vista, tiene todo el sentido plantear conflictos constitucionales, pues afecta la normativa recurrida a la posibilidad de los diputados de representar al pueblo en el ámbito del ejercicio del poder estatal y de aportar legitimación democrática a la legislación así como al control del gobierno; siendo más palmario en el caso de las competencias de decisión sobre, por ejemplo, las actuaciones de las Fuerzas Armadas en el ámbito de intervenciones de crisis europeas, comprometiéndose en éste y otros casos el principio de «reserva de escrutinio», al ser la decisión política de Alemania en el seno del Consejo esencialmente de carácter gubernamental.

El Gobierno Federal y las Cámaras parlamentarias, en su calidad de demandados, manifiestan su posición (apdos.136 y ss.), sintéticamente, de la siguiente manera: En lo que concierne a óbices procesales se considera que el proceso de Integración europeo no puede ser objeto de un recurso, pues ya fue juzgado en su día por la Sentencia *Maastricht*. No se puede recurrir previamente la Ley de acompañamiento y que se impida, por lo tanto su entrada en vigor. Los amparos son inadmisibles pues los recurrentes no están afectados en sus derechos de modo actual y directo por la Ley de Adhesión al Tratado de Lisboa. Del mismo modo, los conflictos constitucionales deben circunscribirse en su legitimación a los propios órganos, no cupiendo por parte de los diputados, individual o colectivamente, una legitimación por sustitución del propio Bundestag, que es el órgano legitimado en este tipo de conflictos; reproche procesal igualmente extensible al grupo parlamentario recurrente (*Die Linke*). Del mismo modo, con los recursos se desnaturaliza el objeto del conflicto constitucional, pues éste ha de circunscribirse a las concretas relaciones entre poderes sin que quepa en este proceso el examen de constitucionalidad objetiva de leyes.

En cuanto al fondo, para los demandados, en lo que respecta al ámbito competencial, el Tratado no contiene disposiciones que sobrepasen los límites de transmisibilidad de las normas intangibles, permaneciendo las competencias sustanciales en manos de los Estados. El Tratado fortalece la legitimación democrática con una sustancial revalorización del Parlamento Europeo y se mejora, con los sistemas de alerta temprana en beneficio de los parlamentos nacionales, la posición del Parlamento alemán. En lo que concierne a las cláusulas de flexibilidad y pasarela no se detecta que las mismas signifiquen una competencia para decidir sobre las propias competencias (*kompetenz-kompetenz*) por parte de la Unión Europea. No se aprecia, además, una violación del principio de estatalidad soberana en favor de una estatalidad de la Unión, pues no hay Pueblo Europeo, ni una tipificación del principio de primacía del ordenamiento Comunitario, siendo, a lo más, una referencia en una declaración aneja al Tratado. El

derecho de revocación en la pertenencia de un Estado a la Unión, inexistente hasta Lisboa, ahonda aún más en la estatalidad y pone en cuestionamiento el principio de supremacía del Ordenamiento Originario. En lo referente a los Derechos Fundamentales, hay un estándar equivalente de derechos en la Carta igual que en la LFB, más concretamente, en la intangibilidad del valor de la dignidad en ambos instrumentos que hace que los derechos regulados en los mismos tengan un ámbito de aplicación y garantía paralelos.

El TCFA, en sus fundamentos jurídicos (apdos. 166 y ss.) resuelve los óbices procesales antes de entrar en el fondo del asunto. Entiende que los recursos de amparo son admisibles en tanto se alegue sobre la base del art. 38.1 frase segunda de la LFB, es decir, violación del principio democrático y pérdida de estatalidad y de la intangibilidad del Estado social. Los miembros del Bundestag poseen capacidad para recurrir, pues son ciudadanos que invocan lesión de sus derechos fundamentales, siendo válido, por otra parte, un recurso contra la Ley de Ratificación aunque ésta no haya entrado en vigor, pudiendo ser excepcionalmente, objeto de recurso junto con la Ley de acompañamiento por su intrínseca asociación con la Ley de Ratificación.

El ejercicio como ciudadanos con derecho a voto legitima, para el TCFA, el amparo, puesto que el significado de la elección del Parlamento significa el efecto útil de dotar a éste de funciones y competencias, perdiendo sentido el acto electoral si no se dota al órgano parlamentario de las suficientes funciones y competencias. La LFB ha declarado intangible la conexión legitimadora entre quienes gozan del derecho al sufragio y el poder estatal, ya que cualquier posibilidad de vaciamiento de la legitimación del poder estatal y la influencia de su ejercicio derivada de las elecciones, por una modificación de las funciones y competencias del Parlamento alemán a nivel europeo, lesiona, sin duda, el principio democrático, en tanto no este claramente determinada una relación legitimadora entre quienes tienen derecho a voto y los poderes soberanos a nivel europeo.

En cuanto a la admisibilidad de los conflictos competenciales, éste se reduce, para el TCFA; al demandante que invoca una violación de competencias del Bundestag en lo que se refiere al marco de las misiones de las Fuerzas Armadas alemanas en el exterior, siempre que el recurrente sea un grupo parlamentario y no un diputado individual pues, a diferencia de lo que sucede en el amparo, aquí debe de operar la legitimación en cuanto órgano parlamentario permanente, cosa que el diputado individualmente concernido, no es; mientras que el grupo puede hacer valer en su propio nombre los derechos que corresponden al bundestag y no se ejercitan por éste.

En los apdos. 205 y 206, el TCFA hace un excursus acerca del sentido de los conflictos constitucionales «ya que no cabe rechazar la legitimación para recurrir con el argumento de que se trata únicamente de un proceso prohibido en sí mismo, la representación procesal prevista en la Ley del Tribunal Constitucional Federal sitúa al conflicto entre órganos constitucionales en la realidad del juego de fuerzas político, en el que la división de poderes no se realiza tanto en la con-

frontación clásica entre titulares fijos de la soberanía, sino que se realiza sobre todo a través del reconocimiento de derechos de la oposición y las minorías. El sentido y finalidad de la representación procesal reside por tanto, no solo en mantener la capacidad de la oposición y la minoría parlamentaria para poder alegar los derechos del Bundestag cuando éste no quiere defender sus derechos, en especial con el Gobierno federal al que sustente, sino también cuando la minoría parlamentaria quiere hacer valer los derechos del Bundestag contra la mayoría parlamentaria que sustenta políticamente al Gobierno federal. El reconocimiento de la competencia de representación procesal es tanto expresión de la función de control del parlamento, como también instrumento de protección de las minorías».

B. EN CUANTO AL FONDO: UN «SÍ, PERO...» A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA Y UN «NO» ROTUNDO A LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el TCFA el parámetro de control para enjuiciar la Ley que autoriza la ratificación del Tratado se determina en función del derecho de sufragio como derecho fundamental, que descansa sobre el principio de igualdad de voto como participación igual en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria. Este es un límite constitucional alemán infranqueable a fin de evitar que en el futuro se pudiera alterar este principio (apdo. 210). No obstante, la configuración constitucional de este principio democrático está abierta al objetivo de incorporar a Alemania a un orden de paz internacional y europeo, no estando supeditada esta integración de forma esquemática a las exigencias constitucionales vigentes en el ámbito interno. Así la autorización constitucional para que Alemania participe en la Integración europea no exige que la Unión tenga una organización igual a la que la LFB exige para la formación de la voluntad política (apdo. 219). El mandato constitucional que se deriva del art. 23.1 LFB relativo a la realización de una Unión Europea permite al legislador una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea, pero dicha habilitación puede, no obstante, quedar supeditada al requisito de que en dicho proceso se preserve la estatalidad constitucional soberana y un programa de Integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias y desde el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros (apdo 226). De este modo, la Integración no es sumisión sin control constitucional, renuncia a la identidad de la ley y autorización a las instituciones democráticas nacionales a renunciar a su autodeterminación.

A partir de estas reservas, el TCFA hace una interpretación harto restrictiva del proceso de Integración y de la naturaleza de la Unión Europea a la luz de las disposiciones constitucionales de la LFB que autorizan tal proceso. En este sentido la Unión ha de ser una Unión de Estados que se proporcionan recíproca-

mente seguridad, comparando a la UE con organizaciones internacionales clásicas como la ONU o la OTAN. Para el Tribunal, la Unión Europea es una comunidad de derecho, pero éste no tiene un carácter originario, sino derivado de la voluntad de los Estados «señores de los Tratados» que han creado dicha organización a la que han conferido una capacidad jurídica (apdo. 231).

En lo referente a las competencias, el Tribunal considera (apdo. 237) muy restrictivamente que una Ley que autoriza la ratificación solo puede esbozar un programa dentro de unos límites que no tienen por que estar predeterminados en cada uno de sus aspectos. En este sentido el Tribunal acepta el principio de protección del acervo comunitario y una interpretación favorable a la eficacia de las instituciones, pero es indisponible cualquier habilitación en blanco; por lo que (apdo. 238), «la confianza en la fuerza constructiva del mecanismo de integración no puede ser, en todo caso, ilimitada. Cuando el derecho primario es modificado por las instituciones o es interpretado de forma extensiva se produce una significativa tensión constitucional respecto del principio de atribución». Igualmente, continúa el Tribunal en sus reproches, «cuando se transfieren competencias legislativas o de ejecución, de forma imprecisa o para un ulterior desarrollo, o cuando las instituciones pueden justificar nuevas competencias, terminando de perfilarlas, ampliándolas o extendiéndolas con la práctica, corren el peligro de sobrepasar el programa de integración predeterminado y de actuar al margen de los límites de sus atribuciones». O lo que es lo mismo, la competencia para disponer de sus propias competencias supone una vulneración del principio constitutivo de atribución que corresponde a los Estados miembros.

Esta interpretación, lleva al TCFA a justificar la competencia *ultra vires*, pudiendo la jurisdicción alemana exigir responsabilidades sobre la Integración en caso de extralimitaciones competenciales por las Instituciones comunitarias. De este modo, a fin de preservar el espacio económico, cultural y social de Alemania, la ciudadanía, el monopolio de la guerra, la fiscalidad, el endeudamiento, el derecho penal, la lengua, las relaciones familiares, la ordenación de la libertad de expresión, las creencias religiosas, el pluralismo etc., es decir, los basamentos esenciales que configuran la estatalidad democrática, el TCFA se reserva la posibilidad de verificar «si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen a los límites de los derechos de soberanía que tienen reconocidos en virtud del principio de atribución singular y restringida de competencias» (apdo. 240).

A mayor abundamiento, el TCFA se planea el problema de la garantía del principio democrático constitucionalmente garantizado en Alemania, que se antepone un déficit democrático existente en la Unión Europea (que es más un déficit de constitucionalidad que un déficit democrático). Para el TCFA, ya lo hemos apuntado, no hay un problema principista en la falta de identidad de la arquitectura institucional europea con la estatal; no necesita la Unión cumplir con los requisitos del principio de separación de poderes de los estándares constitucionales comunes de los Estados miembros (que el TCFA reduce al sistema

presidencialista, parlamentario y convencional –apdo. 271–). Sin embargo, el Tribunal no desaprovecha (apdo. 262) la ocasión para atacar a la línea de flotación de la estructura institucional comunitaria (Consejo, Parlamento Europeo y Comisión) reconociendo en ella un profundo déficit y, un tanto cínicamente, afirmar que aunque no hay congruencia ni siquiera coincidencia, el orden institucional de la Unión Europea no tiene porqué corresponderse de manera análoga con un Estado democrático y lo que debe hacer no es resolver este déficit sino buscar formas imaginativas (y un tanto inanes, afirmamos nosotros) «de complemento democrático» (apdo. 272).

Sin embargo el TCFA no puede sustraerse a la crítica al déficit institucional, especialmente, como decimos, del Parlamento Europeo («no puede sustentar un gobierno parlamentario ni se puede organizar teniendo como referencia un sistema de partidos en el que encontremos una mayoría gubernamental y una oposición que reflejen la voluntad de un hipotético electorado europeo»)³⁹, como contraposición a las prerrogativas del Parlamento alemán en la Ley de acompañamiento que entenderá inconstitucional, mientras que en el caso de la Ley de Reforma y Ley de Ratificación no observa reproche constitucional alguno (apdo. 273); pero queda advertido, *pro futuro*, que una profundización en la integración puede ser inconstitucional si el nivel de legitimación democrática no se corresponde con la extensión y el peso del poder soberano supranacional. Si, por el contrario (apdo. 263) en el ámbito de las competencias «se traspasa el umbral del Estado federal y de la renuncia a la soberanía nacional, las exigencias de legitimación deben de ser equiparables a las exigencias de una asociación soberana organizada como Estado. Si no, produciría un déficit democrático no aceptable» (apdo. 264).

Como hemos dicho, es en la Ley de acompañamiento relativa a la posición y derechos del Bundestag y Bundesrat en el control de la Integración comunitaria, donde el TCFA observa serios reproches constitucionales; pues no satisface las exigencias del art. 38.1, conectado con el art. 23.1 LFB por lo que, antes de la ratificación del Tratado debe de ser reformulada por el Parlamento alemán (apdo. 273).

El Tribunal retoma el discurso iniciado anteriormente sobre el principio constitucionalmente intangible de la representación a través del principio «un hombre, un voto». Para el Tribunal no es admisible el planteamiento de los recurrentes de que el Tratado de Lisboa altera el sujeto de legitimación democrática, pero hace una advertencia preventiva a los posibles efectos de la expansión de la política de ciudadanía europea (apdo. 278): en el estado actual de la integración no es necesario conformar el sistema institucional europeo democráticamente de

³⁹ DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T., «La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009», *IUSTEL, Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 8, 2009, p. 5.

manera análoga a la de un Estado. El principio de «un hombre un voto» solo es aplicable dentro de un mismo pueblo, no en un órgano de representación supranacional que se legitima a través de una representación de los pueblos unidos por los Tratados y no por un pueblo europeo, de tal modo que la configuración de la ciudadanía europea no puede desembocar en el reconocimiento de un pueblo europeo⁴⁰.

Como consecuencia de este razonamiento, el TCFA determina la naturaleza del Parlamento Europeo; quizá, como hemos dicho, la Institución comunitaria que sale peor parada en la Sentencia, ya que éste no es un órgano de representación de un pueblo europeo soberano, puesto que las cuotas nacionales hacen que no esté conformado como representación de los ciudadanos de la Unión, como unidad diferenciada de conformidad con el principio de igualdad de voto (apdo. 280). En este sentido, el Tribunal se manifiesta especialmente crítico con el sistema de proporcionalidad decreciente y el número elevado de escaños concedidos a los Estados miembros de población reducidísima de la Unión (donde el voto en un país pequeño puede valer hasta doce veces más que el de los países más poblados) y a la inexistencia de un procedimiento electoral uniforme. Desequilibrios que van más allá del grado de tolerancia o grado de discrecionalidad que existe en los Estados para la conformación de sus procesos electorales, que suele atender a particularidades nacionales y al desarrollo histórico, pues en el caso europeo no se garantiza la «libre expresión de la opinión del pueblo» (apdo. 283). De este modo, el Tribunal insiste que «no es el pueblo europeo el que está representado en el seno del art. 10.1 del Tratado de la Unión Europea, versión Lisboa, sino los pueblos de Europa, organizados en Estados, con sus respectivas correlaciones de fuerzas, que se han producido a partir de elecciones democráticas acordes con el principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión (art. 9.1 Tratado de la Unión Europea, versión Lisboa), sino de la nacionalidad».

El Tribunal, dentro de este repaso de la arquitectura institucional europea, se detiene en el sistema de ponderación de voto del Consejo, y aunque valora positivamente el criterio correctivo de la población como positivo, pues contrarresta la excesiva federalización, sin embargo no es una garantía de legitimación democrática (apdo. 292).

Si la función de los parlamentos nacionales (apdos. 293 y ss.), para el TCFA, adolece, en su regulación por el Tratado de Lisboa, de cierta debilidad por el propio sistema de alerta temprana como por la reducción de un importante número de decisiones que antes requerían unanimidad; a partir de este razonamiento, el TCFA se pregunta cuál debe ser la posición del Parlamento alemán en el control de los poderes políticos alemanes que tienen un poder de decisión

⁴⁰ Lo que para la miembro del Consejo de Estado francés, M-F. BECHTEL («L'arrêt du 30 de juin 2009 de la cour constitutionnelle et l'Europe: une révolution juridique?», www.fondation-res-publica.org, visita, 28 de enero de 2010) dicha construcción jurisprudencial es una lección de cartesianismo.

en el ámbito comunitario, más allá de la expresa regulación en el Derecho originario y que afecta, indefectiblemente, a la Ley de acompañamiento que determine los derechos del Bundestag y Bundesrat en esta materia. Para ello, el Tribunal pasa revista a cuestiones esenciales del Tratado que deben quedar perfectamente determinadas, en cuanto al control parlamentario nacional, en la Ley, a fin de que ésta no adolezca de inconstitucionalidad por alteración esencial de las cláusulas constitucionales de intangibilidad.

En primer lugar, en lo referente al procedimiento de reforma establecido en el Tratado vinculado a la asunción competencial, el siempre complejo problema de la reforma de los Tratados, en una Unión Europea acostumbrada en demasía a las mutaciones de su Derecho originario. En lo que se refiere al procedimiento de revisión ordinario, el TCFA considera que el sistema de Conferencia intergubernamental no queda desvirtuado por lo que las posteriores reformas serán siempre obra de los Estados «señores de los Tratados», pues éstos no están legalmente vinculados a los resultados de la Convención previa, método al que el Tribunal concede escasa importancia (apdo. 308).

Mayor problema se crea con el sistema de reforma simplificado (apdos. 309 y ss.) del art. 48.6 del Tratado, pues abre un amplio campo de acción para reformas del Derecho Originario por parte del Consejo Europeo que no resulta previsible en su control por el legislador alemán. El TCFA (apdo. 312) recuerda lo establecido en la Sentencia *Maastricht* por la cual las reformas abreviadas no significaban que los requisitos de ratificación estatal fueran menores que los exigidos para las reformas ordinarias, pues «aprobación» no es «ratificación», por lo que también se requiere una Ley de ratificación en el sentido del art. 23.1.2 LFB (2/3 de votos en ambas cámaras).

Y mayor preocupación le produce ese trastorno constitucional⁴¹, recogido en el Tratado (art. 47.8 del Tratado de la Unión Europea), y definido como «cláusulas pasarela», general o especiales, que significan la posibilidad cambiar las modalidades de voto (con excepciones materiales) en el Consejo de la unanimidad a la mayoría cualificada y de la adopción del acto normativo en vez de por el procedimiento legislativo especial que le corresponde, a través del procedimiento legislativo ordinario. En todas estas variantes, el Tribunal advierte que la influencia del representante alemán en el Consejo queda reducida con la introducción de la mayoría cualificada, por lo que debe de ser previsible para el legislador alemán su participación (apdo. 318); pues sino se renuncia en casos futuros a un veto estatal que obliga a la participación de los parlamentos nacio-

⁴¹ A este respecto ver: ALLUÉ BUIZA, A., «Dinámica de la reforma comunitaria desde la perspectiva de la reforma constitucional», *XVI Jornadas de Estudio sobre la Constitución Europea y el Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*. Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1995, pp. 1.055 a 1.067 y Alfredo Allué Buiza: «Algunos trastornos constitucionales en el Tratado de la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 10, mayo-agosto de 1995, pp. 15 a 17.

nales y, en concreto, al Parlamento alemán, solamente regulada dicha participación en el art. 81.3 del Tratado de Funcionamiento.

Pero hay por parte del Tribunal una consideración de efectos mucho más graves: el sistema de pasarelas significa en última instancia una mutación constitucional, es decir, una reforma del Derecho originario más allá de los procedimientos de reforma establecidos en el Tratado y que, por lo tanto a fin de evitar ese fraude o trastorno constitucional, se hace necesaria la ratificación estatal; y por lo tanto la participación del Parlamento alemán, tanto en la cláusula de pasarela general (apdo. 319) como en la pasarela especial (apdo. 320).

En esta relación material y procedimental con las competencias atribuidas a la Unión, el TCFA no puede pasar por alto los arts. 352 y 311.1 del Tratado de Funcionamiento, más conocidos como cláusulas de flexibilidad que tiene (el primero de los citados) su antecedente en el conocido art. 235 del Tratado de Roma, que tanta controversia doctrinal y jurisprudencial⁴² ha originado. Ya en la Sentencia *Maastricht*, el TCFA advirtió que una interpretación extensiva del Tratado que significara una ampliación competencial, sin que ésta se realizara a través de los mecanismos de reforma sería inconstitucional y «no tendría efecto vinculante para Alemania» y «el Tribunal Constitucional Federal verificará si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se mantienen dentro de los límites de los derechos de soberanía que les han sido conferidos o si los quebrantan»⁴³.

Cualquier efectividad de estas disposiciones debe de ser previsible y determinable por los órganos legislativos alemanes (apdos. 322 y ss.). El art. 352, que viene a matizar las competencias existentes en la Unión Europea en relación a los objetivos fijados, es admisible si se trata de determinar competencias para completar los Tratados o, lo que es lo mismo, facilitar un desarrollo inmanente a los Tratados. Pero esta disposición se diferencia del viejo art. 235 en que no solo habla de objetivos sino también a «los ámbitos de las políticas definidas en los Tratados», con la excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común. Esta disposición puede servir para crear en prácticamente en todo el área de aplicación del Derecho Primario una competencia que posibilite la actuación en el plano europeo, peligrando la prohibición de *Kompetenz-Kompetenz*.

⁴² Así, la Sentencia del Tribunal Supremo Danés, de 6 de abril de 1998, consecuencia de una anterior de 12 de agosto de 1996 relativa a la impugnación de diez ciudadanos, un eurodiputado danés y la Asociación Comité para la Constitución 93 contra la Ley de adhesión al Tratado de la Unión Europea (Ámsterdam), consideró que no vulneraba el requisito del art. 20 de la Constitución Danesa que determina la indisponibilidad de la competencia de atribución a la UE, al garantizarse por la unanimidad exigida en el art. 235, la reserva de Dinamarca a la supuesta ampliación competencial.

⁴³ ARAGÓN REYES, M., Ob. cit., p. 1.051. El autor se hace eco de la Declaración 1/2002, de 1 de julio, relativa a la adecuación del Tratado de Maastricht al art. 13.2 de la Constitución Española, donde este problema ni siquiera fue indirectamente aludido por nuestro Tribunal Constitucional en su doctrina sobre el art. 93, pero considera «que en cuanto que allí se otorga una indudable trascendencia jurídico-constitucional al hecho de que se permite transferir el ejercicio, pero no la titularidad de la competencia, esa doctrina conduce probablemente en este punto a una tesis muy próxima a la defendida por el Tribunal alemán».

El TCFA manifiesta su desconfianza sobre los sistemas compensatorios procedimentales de seguridad establecidos en el Tratado (propuesta de la Comisión, unanimidad en el Consejo, aprobación por el Parlamento Europeo, obligación de informar a los parlamentos nacionales de las propuestas legislativas correspondientes), por lo que la indeterminación de los supuestos de aplicación de la cláusula de flexibilidad y, a fin de evitar, como hemos dicho, las habilitaciones en blanco, se hace exigible la ratificación del acto legislativo, más allá de la mera información, por el Bundestag, y si afecta a las competencias de los Länder, por el Bundesrat.

En definitiva, una desconfianza hacia el incremento de competencias, producto del incremento de la regla de la mayoría en la adopción de decisiones⁴⁴, pero que es de difícil solución, por lo que es correcta la tesis de vincular en última instancia al Parlamento como órgano político, abstrayéndose en cierto modo el TCFA o los tribunales ordinarios como guardianes de la competencia estatal; pues, a diferencia de los conflictos jurisdiccionales que se pueden producir respecto de los Derechos fundamentales, en el ámbito competencial se hace difícil que puedan trasladarse a las competencias dichos criterios interpretativos, pues éstas demandan una respuesta única, ya que la competencia debe corresponder necesariamente a la UE o al Estado, y no puede contestarse por dos Tribunales ni de manera parcialmente distinta⁴⁵.

Como bien considera Antonio López Castillo⁴⁶, al margen de los mecanismos de defensa competencial que se establezcan, políticos o jurisdiccionales (subsidiariedad, *ultra vires*), y de que sea lo más adecuado que el TCFA ponga de relieve en la Sentencia su competencia última como guardianes de la regla del reparto de competencias⁴⁷, lo que se manifiesta en la resolución es que «en este contexto, mediante confluencia de la interpretación de una exigencia de salvaguardia de soberanía que en el marco de la LF resultaría del principio democrático y de la (correcta) concepción de una asociación/unión (*Vereinigung*) europea sustentada en una unión convencional de Estados soberanos (¡nuevo giro de tuerca a la caracterización del proceso de integración!) se concluye que si bien de antemano no es posible determinar el número exacto y el tipo de competencias que el Estado soberano ha de retener para seguir siéndolo, las atribuciones de la UE no deberían traspasar los aspectos nucleares del ámbito competencial del Estado y, en ningún caso, privarle de suficiente espacio como para poder configurar las condiciones de vida económica, cultural y social de los ciudadanos».

⁴⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, M., Ob. cit., p. 15.

⁴⁵ Id., pp. 16 y 17.

⁴⁶ LÓPEZ CASTILLO, A., «Alemania en la Unión Europea a la luz de la *Sentencia-Lisboa*, de 30 de junio de 2009», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, septiembre-diciembre (2009), p. 352.

⁴⁷ BURGORGUE-LARSEN, L., Ob. cit., p. 7.

En otro orden de cosas, el TCFA se hace eco de la inédita disposición (solo recogida en su día en el Proyecto de Constitución Europea, art. I-60) que reconoce el derecho de renuncia o retirada de un Estado miembro de la Unión Europea para fundamentar aun más si cabe la idea de una Europa de Estados. En dicha disposición «subyace en la soberanía de los Estados miembros y demuestra también que con el estadio actual de desarrollo en la Unión Europea no se ha traspasado el umbral de lo que es un Estado en el sentido del derecho internacional» (apdo. 329). El proceso de la Integración europea no es irreversible y todo Estado puede retirarse en contra de la voluntad de otros Estados sin que sea necesaria una justificación; por lo que el TCFA no da ninguna validez desde el plano constitucional a las condiciones impuestas por el art. 50.3 del Tratado de la Unión (apdo. 330). De este modo este derecho de retirada se consagra para el TCFA como un «derecho de autodeterminación» solamente sujeto a las normas constitucionales propias y a los tradicionales mecanismos de denuncia del Derecho de los tratados, configurándose como la apoteosis de la estatalidad frente al principio de suprallegalidad del ordenamiento comunitario, que queda un tanto herido.

En este sentido, para el Tribunal, la primacía del Derecho comunitario, a diferencia de lo planteado por los recurrentes, no es ilimitada, siendo en la práctica un elemento más de los Tratados, por lo que la Declaración n.º 17 aneja al tratado lo único que hace es confirmar una situación legal vigente, tal y como ha sido interpretada por el propio TCFA. Esta cuestión plantea el control del TCFA (o de cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga una función jurisdiccional) del derecho Comunitario, «sin que pueda ser privado de la responsabilidad sobre los límites de su habilitación constitucional para la Integración y sobre la salvaguardia de la identidad constitucional indisponible» (apdo. 336). Sobre todo en el caso de la salvaguardia del standard de los derechos fundamentales, tal y como se acuñó en su día en la jurisprudencia «Solange» del TCFA (apdo. 337) o en la Sentencia comentada por nosotros, del Tribunal Constitucional Checo, referenciada por el Tribunal (apdo. 338).

De este modo se advierte (apdo. 340), con respecto a la primacía, de que «no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional, si el legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales –aceptando sin embargo las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales–. En caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución» invocando el «orden público» como límite a los compromisos adquiridos en el Tratado. Como afirma Laurence Burgorgue-Larsen⁴⁸ «se puede admitir la suspensión de la aplicación del Derecho de la Unión sin que eso vulnere el principio constitucional de promoción de la integración europea».

⁴⁸ Id., p. 7.

El que la primacía sea indudablemente reconocida en la Unión Europea no implica el reconocimiento de límites inderogables como son los principios supremos de los ordenamientos nacionales; y, en este sentido, en esa búsqueda del diálogo frente a las rebeliones jurisdiccionales nacionales como única salida, son los jueces nacionales los llamados a conciliar reglas constitucionales y derecho comunitario, asegurando la primacía del Derecho Comunitario pero también el Tribunal de Luxemburgo deberá tener en cuenta o reconocer las funciones de garantía asegurada por los Tribunales constitucionales en sus correspondientes ordenamientos⁴⁹. La Sentencia, como afirma Luis Jimena Quesada⁵⁰, «queda dibujada una tenue frontera entre la garantía del orden constitucional del Estado que corresponde como función esencial a los Tribunales Constitucionales y la supervisión del proceso de integración europea, con respecto al cual esa garantía operada por las jurisdicciones constitucionales debería resultar, *en principio*, neutra».

Para el Tribunal resulta indiferente que la primacía se encuentre en la parte normativa del Tratado (como ocurría en el Proyecto de constitución Europea) o en una Declaración aneja, como ocurre en Lisboa, dado que «en Alemania la primacía del derecho de la Unión (como norma de resolución de conflictos matizada) solamente es aplicable en virtud del mandato de aplicación del Derecho Comunitario dado por la Ley por la que se autoriza la ratificación de los Tratados (apdo. 343)⁵¹.

⁴⁹ GAMBINO, S., «La protección de los Derechos Fundamentales: el parámetro de los principios y los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *ReDCE*, n.º 8, julio-diciembre de 2007, pp. 208 a 210.

⁵⁰ JIMENA QUESADA, L., «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Un desafío para los Tribunales Constitucionales de la Unión Europea?, *Ponencia presentada al VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, p. 34.

⁵¹ Nuestro Tribunal Constitucional, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, relativa al proceso de ratificación del Proyecto de Constitución Europea, hizo una interpretación un tanto amable de la conciliación del principio de primacía del Derecho Comunitario con la Constitución Española, ya que primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados, por lo que la jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del derecho comunitario sobre el interno y, en el caso difícilmente concebible de que la ulterior dinámica del Derecho de la Unión llegase a resultar inconciliable con la Constitución Española, siempre está asegurada la salvaguardia de la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución por el ejercicio del derecho de renuncia del art. 1-60 del Proyecto de Constitución Europea (FJ 4). No obstante, se ha hecho realidad que esta Declaración choca con la práctica jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional, que parece poner en cuestión ese «reconocimiento pacífico», tal y como apunta el Magistrado discrepante con la Declaración, Delgado Barrio, en su Voto particular; sino también al cotejo de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre, que anula una euroorden a España de un acusado británico juzgado en Rumania por un delito de explotación infantil, al reconocerle parcialmente un amparo por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española. Como afirma el Magistrado discrepante a esta Sentencia, Pérez Tremps, lo que «no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede generar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados».

A continuación el TCFA, a fin de apuntalar su interpretación acerca de la imposibilidad de renuncia a la estatalidad soberana y a la intangibilidad constitucional, pasa revista a los aspectos más novedosos de las materias recogidas en el Tratado (apdos. 345 y ss.). Así, si el Tratado relativiza el elemento fronterizo, el Tribunal advierte que la Unión Europea no tiene una soberanía territorial que sustituya a la RFA. Igualmente, en el ámbito penal que se deriva del espacio de libertad, seguridad y justicia comunitarizado, aun reconociendo la garantía del sistema de «freno de emergencia» del art. 83.3 TUE (que es una especie de veto dilatorio por parte de los Estados)⁵², considera que no debe haber habilitaciones en blanco en la normativa penal y si hay que poner en marcha una «pasarela general» debe de intervenir el Parlamento alemán. Manifiesta, además, su preocupación por el retroceso que representa Lisboa en la garantía de la personalidad jurídica de los Estados en las relaciones exteriores en beneficio de la Unión, aunque no se deriva de la atribución de personalidad jurídica que la Unión pueda convertirse en un Estado.

Mayor preocupación, si cabe, manifiesta el TCFA en un tema tan sensible como es la política europea de defensa, siendo muy riguroso en la exigencia de la reserva parlamentaria para la autorización de despliegues, obligación colectiva de asistencia mutua, si ésta necesariamente o no ha de tener que manifestarse a través de medidas militares, misiones internacionales, etc. Medidas que van más allá de unas obligaciones que se basan en el Derecho Comunitario, sino que, por el contrario, han de tomarse sobre la base de una actuación del representante del Gobierno Alemán en el Consejo que ha de contar indefectiblemente con la reserva parlamentaria de autorización.

Por último, el TCFA se hace eco de la posición de los recurrentes de que la Unión se desentiende de la dimensión social, siendo la defensa del Estado social intangible constitucionalmente en Alemania. Para el Tribunal el tema social ha tomado importancia y ha experimentado un correlativo reforzamiento en el Derecho Primario, junto con una consolidada línea jurisprudencial del tribunal de Justicia que crea una «identidad social europea». El Tratado de Lisboa se sitúa en esta línea de desarrollo, por lo que no es aceptable la tesis de los recurrentes de que los Estados miembros queden privados de tomar decisiones en favor de sistemas de seguridad social, medidas de política social y del mercado de trabajo (apdo. 399), pues en materia de seguridad social también el Tratado contem-

⁵² Para L. S. ROSSI («I principi enunciati dalla Sentenza della Corte costituzionale Tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?», *Revista di Diritto Internazionale*, 4/2009, p. 1.014), el TCFA parece manifestar en el análisis de la regulación del «freno di emergenza» (arts. 48.1, 82.3 y 83.3 TFUE) un cierto conocimiento superficial del Tratado de Lisboa, pues solo hace referencia a la posición del representante alemán en el seno del Consejo y no de su posición en el Consejo Europeo, pues este sistema obliga a la intervención de ambas instituciones comunitarias, no siendo irrelevante, a la luz del Tratado de Lisboa, la capacidad decisoria del Consejo Europeo, sobre la cual el TCFA parece, para la autora, omitir cualquier referencia a los límites parlamentarios de intervención por el representante alemán.

pla en el art. 48.2 el sistema de «freno de emergencia», sin que al TCFA se le olvide recordar que el representante gubernamental alemán deberá antes de ejercer este derecho recibir la indicación del Parlamento alemán.

En esta ampliación de la participación del Parlamento en el proceso de Integración como institución de salvaguardia, el Tribunal valora muy favorablemente, desde la perspectiva constitucional, la reforma del art. 23 de la LFA al reconocer a las minorías parlamentarias el ejercicio de la acción de subsidiariedad, de tal manera que se abre a los grupos parlamentarios de la oposición la posibilidad de recurrir ante el TJCE como mecanismo de defensa del Parlamento aun cuando éste, por la mayoría que sostiene al gobierno, no quiera ejercerla; no siendo inconstitucional, como planteaban los recurrentes, la exigencia de un quórum de $\frac{1}{4}$ de miembros del Bundestag, pues no se trata de decisiones con un efecto regulador sino que se trata de la competencia para apelar al Tribunal de Luxemburgo, evitando, así, el filibusterismo de la mayoría parlamentaria (apdo. 404).

En definitiva, para el TCFA, la Ley de acompañamiento (o de «ampliación y fortalecimiento de los derechos del Parlamento alemán») es inconstitucional, ya que los derechos del Parlamento no se garantizan suficientemente. Así, se hizo necesario proceder a elaborar un nuevo texto antes de su firma por el Presidente de la RFA, que tuviera la función de «representar y concretizar en el derecho nacional los derechos de participación, concedidos constitucionalmente, de los órganos legislativos en el proceso de Integración europeo» (apdo. 410), esencialmente, como hemos visto, en el procedimiento simplificado de reforma, en la aplicación de las cláusulas de flexibilidad y en los procedimientos de reforma tácita de las cláusulas pasarela, pues en estas disposiciones del Tratado de Lisboa, para el TCFA, se puede poner en cuestión el principio de atribución de competencias singular y restringida por parte de los Estados miembros a la Unión Europea.

Abstract

The ratification of the Lisbon Treaty by certain Member States has caused a debate about the constitutional control of the European Union Law. Ireland held two referenda on the defence of intangible constitutional values. In Czech Republic as well as in Germany, their Constitutional Courts passed sentences with a preventive character: they said 'yes' to integration but on the basis of a 'Europe of the States'. However, the greatest impact has been made by the 30 June 2009 judgment of the German Federal Constitutional Court. The Court went further on the defence of the 'statehood' as a key element of the European integration process. Moreover, the German Federal Constitutional Court distrusted the degree of democracy within the European Union institutions.