

SOBERANÍA Y DEMOCRACIA EN EL DISCURSO EUROPEO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. ¿UNA NUEVA DEFENSA *AD EXTRA* DE LA DEMOCRACIA?¹

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesor Contratado Doctor

Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. Soberanía y democracia en la concepción del proceso de integración europeo.
- II. Dilemas metodológicos en el proceso de integración europeo
- III. El principio de la competencia sobre la competencia como expresión formalizada de la soberanía del Estado alemán.
- IV. El principio democrático como expresión materializada de la soberanía y de la identidad del Estado alemán.
- V. La competencia jurisdiccional sobre el control de los actos de la UE.
- VI. Conclusión final.

1 Este trabajo es también el resultado de la oportunidad que otorgó al autor la Sociedad Max Planck para el Conocimiento Científico a través de una beca de investigación. Gracias a ella pude integrarme en el equipo de investigación del *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Algunos aspectos de la metodología de investigación de esta escuela de *Heidelberg* han servido para enriquecer este trabajo. En este punto, quiero agradecer muy especialmente a Armin von Bogdandy y a Andras Jakab los interesantes debates y perspectivas que han contribuido muy notablemente a mi formación como constitucionalista.

I. SOBERANÍA Y DEMOCRACIA EN LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO

Durante los últimos 20 años —en concreto desde la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) sobre el Tratado de Maastricht (1993)—² han proliferado en la literatura alemana un buen número de trabajos que, desde perspectivas metodológicas contrapuestas, han tratado de analizar el discurso argumental de la jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo³. Incluso en la doctrina española, la jurisdicción constitucional de mayor relevancia en Europa, vertida además en uno de los ámbitos hacia los que de forma irremediable habrá de discurrir nuestra disciplina constitucional en los años venideros, se ha convertido en detenido objeto de análisis⁴. Esa pluralidad de fuentes doctrinales pertenecientes a la iuspublicista alemana y española, enriquecidas además convenientemente por la pluralidad de enfoques metodológicos, ha sido capaz de bridar ya al lector la situación actual del discurso del TCF sobre el proceso de integración europea.

Este manuscrito no se ha propuesto reiterar el análisis de los dos tradicionales pilares conceptuales (soberanía y democracia) sobre los que se ha edificado el proceso de integración europea a tenor de la jurisprudencia del TCF. De todos modos, un estudio encuadrado en un número monográfico dedicado al proceso de integración europea no debiera poder renunciar por entero al somero estudio de las eventuales modificaciones que sobre las categorías de soberanía y democracia hayan podido tener las recientes y relevantes decisiones del TCF sobre la crisis del Euro y el fondo de rescate. Este trabajo se ha propuesto fundamentalmente analizar las diferentes tendencias metodológicas que pueden identificarse en la jurisprudencia del TCF y en el pensamiento científico alemán con relación al proceso de integración europea; una más formalizada, vinculada a la idea de soberanía, y

2 BVerfGE. 89, 155. La citación de las resoluciones del TCF se realiza conforme a su modelo oficial (BVerfGE). Sin embargo, la identificación del lugar de la resolución a la que se remite este trabajo se lleva a cabo señalando el párrafo concreto de la misma (par.). Y ello con la finalidad de poder facilitar su identificación desde los soportes electrónicos desde los que principalmente se accede a la misma.

3 A pesar del gran riesgo que comporta aludir a un puñado de obras, características de diferentes tendencias doctrinales, puede consultarse las siguientes, que siguen siendo trabajos de referencia: Dieter MUR-SWIEK, *Maastricht und der Pouvoir Constituant*, Der Staat, núm. 32, 1993, Joseph H. WEILER, «The State “über alles”: Demos, Telos and the German Maastricht Decision» en Ole Due, Markus Lutter (edit.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, Nomos, 1995, pp. 1651 ss., Christian TOMUSCHAT, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1993, p. 495 ss.

4 Entre ellas puede consultarse el trabajo de Benito ALÁEZ CORRAL y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, en el que se recogen 15 sentencias fundamentales, con un estudio introductorio y comentarios a cada una de las decisiones. También en lengua española véase el extracto de sentencias de Jürgen SCHWABE, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, editado por la Fundación Konrad Adenauer. Este volumen, de acceso público, en ocasiones ha pasado desapercibido para la doctrina española. Puede accederse al mismo en esta dirección: www.kas.de/wfs/doc/kas_16817-544-4-30.pdf. Entre los trabajos científicos publicados en la literatura española, con múltiples referencias y perspectivas, puede consultarse el de Carlos VIDAL PRADO (coord.), *La Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. La citación literal de las Sentencias Maastricht y Lisboa, para facilitar su consulta por el lector, se realiza en este trabajo a partir de las traducciones al castellano que figuran en estas obras recientemente citadas.

otra que transita paulatinamente hacia elementos materiales, pareja al concepto de democracia. Esta «evolución» del concepto de democracia, que parece cristalizar definitivamente en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2009), quizás pueda tener de positivo, como ha apuntado la literatura, relajar el discurso hipernacionalista en el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE), que ha sido tan criticado por la literatura científica, por provocar un claro freno a la integración europea⁵. Al tiempo que poder sentar las bases metodológicas de un derecho constitucional europeo edificado no tanto sobre categorías nacionales vinculadas a la tradicional teoría del Estado nacional, sino sobre las tradiciones comunes de los Estados⁶. Un *Ius Publicum Europeanum*, en el que desde ya hace algunos años, como se verá, trabajan ciertas escuelas del pensamiento científico alemán⁷.

Sin embargo, lo cierto es que un detenido análisis de esta reciente jurisprudencia adscrita a la función del principio democrático en la UE⁸, permite hacer ver una cierta similitud con la definición de democracia que protagonizó las dos primeras décadas de la jurisprudencia del TCF a fin de poder articular una defensa de la Constitución *ad intra* frente a los enemigos de la democracia. El estudio de estas dos líneas jurisprudenciales tan distantes en el tiempo parecen resistir a la comparación. Si esta tesis que aquí quiere solo apuntarse resultara convincente, la ciencia del derecho constitucional debería plantearse si la «involución» del concepto de democracia pudiera reflejar el intento de crear ahora un mecanismo de defensa constitucional *ex extra*, frente a la UE, a la que el TCF ha achacado justamente un importante déficit democrático y la que ha exigido recientemente el deber de respetar la identidad alemana⁹.

II. DILEMAS METODOLÓGICOS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO

1. El protagonismo de la teoría tradicional del Estado en el proceso de integración europeo. La concepción de la UE en clave nacional

La literatura científica se ha mostrado básicamente de acuerdo en entender que la jurisprudencia del TCF ha evidenciado una concepción del proceso de integración eu-

5 Véase WEILER, nota 3, p. 1654 s.

6 Claus DIETER CLASSEN, ¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional federal sobre el Tratado de Lisboa, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 25, 2010, p. 253.

7 Sin perjuicio de posteriores consideraciones, véase aquí Armin VON BOGDANDY, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, *Juristenzeitung*, núm. 66, 2011, pp. 1-56. No obstante, esta diversa óptica metodológica, aunque probablemente recomendable para construir una ciencia del derecho público europeo, no debiera ser excusa para poder dar el salto del derecho a lo políticamente deseable, ni tampoco para renunciar a plantear el estudio del fenómeno de la UE desde la disciplina del derecho público-constitucional. Así lo señala acertadamente Benito ALÁEZ CORRAL, *Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 365-367. Al fin y al cabo, lo que plantean aquellas nuevas perspectivas es si la UE resiste a su categorización conforme a las premisas de una estructura jurídico-constitucional.

8 En este trabajo se empleará con carácter general este término, dejando a un lado otras denominaciones terminológicas propias de sus diferentes fases.

9 BVerfGE 123, 267, par. 57, 153, 179.

ropeo en clave nacional¹⁰. Las sentencias sobre la constitucionalidad de los Tratados de Maastricht (1993) y de Lisboa (2009) —quizás las que más reflejan el aparato categorial empleado por el TCF para definir la naturaleza y funciones de la UE— se sustentan en buena medida en categorías vinculadas a la teoría tradicional del Estado de los siglos XIX y XX¹¹. Una de las notas definitorias de este constructivismo dogmático fue justamente haberse edificado sobre la idea de Estado nación, que llevaría a definir el acta funcional —aún vigente— de la ciencia jurídica como disciplina principalmente nacional¹². No puede pasar desapercibido efectivamente que en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 2009 la obra *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek (1900)¹³ —una de las más expresivas de un positivismo jurídico edificado sobre los elementos del territorio y de un pueblo nacional—, aparezca citada expresamente como base categorial de referencia para fundamentar y limitar el proceso de construcción europea el siglo XXI¹⁴.

Sobre la base de estas consideraciones, una de las críticas mayoritariamente vertidas en la literatura a la jurisprudencia del TCF sobre el proceso de integración europeo ha sido que tal instrumentario categorial se muestra en la actualidad obsoleto y trasnochado¹⁵ para la comprensión de fenómenos tan complejos y transversales, como es hoy día la UE¹⁶. Lo cierto es que a medida que destacadas escuelas de pensamiento científico alemán vienen reclamando con cada vez mayor fuerza durante los últimos años la sustitución de las categorías puramente nacionales de la teoría tradicional del Estado por otras vinculadas a la tradición constitucional común de los Estados para el análisis del fenómeno de integración europea (*ius commune europeo*)¹⁷, el TCF, paradójicamente, ha

10 Véase WEILER, nota 3, p. 1654 s.

11 Véase Peter HÄBERLE, «La regresiva Sentencia Lisboa como Maastricht II anquilosada», Revista Española de Derecho Constitucional Europeo, núm. 12, 2009, p. 397 ss.

12 Véase Walter RÜEGG, «Die Universität in der “Moderne” des 19. und 20. Jahrhunderts», en Wolfgang MANTL (ed.), *Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems*, 2010, p. 121.

13 Bajo el título *Das Recht Des Modernen Staates V1: Allgemeine Staatslehre*.

14 BVerfGE. 123, 267, par. 344. Se cita, no obstante en la Sentencia, la 3.ª edición de 1921.

15 HÄBERLE, nota 11, p. 397 y 405. Véanse dichas críticas en la doctrina española: Agustín José MENÉNDEZ, «La Unión Europea en el espejo de Lisboa», en Carlos VIDAL PRADO (coord.), nota 4, p. 61 y 118 y José MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *Órdago del Tribunal Constitucional Federal alemán al proceso de integración europea (Algo más que una Sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)*, Revista de Estudios Autonómicos y Federales, núm. 13, 2011, p. 110.

16 En ese punto pueden consultarse los trabajos de Armin VON BOGDANDY. Su concepción metodológica aboga por abandonar los conceptos de la teoría tradicional del Estado para comprender el proceso de integración europea, proponiendo lo que el citado autor denomina un *ius commune europeo*, edificado a partir de categorías que conforman la tradición constitucional común de los diferentes Estados. Véase con carácter general *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, 2009. Más concretamente, con relación al espacio jurídico europeo, véase «Entgrenzung der Wissenschaften und Prämissen des europäischen Wissenschaftsraums: Anregungen zur Gestaltung des Europäischen Forschungsrats» en Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2007, Hochschulrektorenkonferenz (HRK), *Die deutschen Hochschulen zwischen Bundesländern und Europa*, Greifswald, 2007, 69-90.

17 A la denominada escuela de Heidelberg de los siglos XIX y XX, formada, además de por Georg JELLINEK, por Gerhard ANSCHÜTZ, Paul LABAND y Georg MEYER, se le debe la gestación de las bases positivistas en la teoría del Estado y del derecho. Véase Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II (1800-1914), CH Beck, 1992, p. 352 ss. Paradójicamente ha sido en la cuna del positivismo jurídico donde hoy día se desarrolla una de las más relevantes escuelas de pensamiento

ido acentuado su discurso nacional. Algo que ha dado como resultado un claro freno a la integración europea de la mano de la función que el TCF se ha arrogado como defensor de la estatalidad alemana ante la UE¹⁸; lo que el aludido Tribunal denomina *responsabilidad por la integración* y de conservación la *estructura nacional*¹⁹. Algunos autores debaten aún hoy si esta última es, en realidad, la consecuencia o, más bien el punto de partida que justifica la previa selección categorial adecuada para poder llegar a aquel resultado²⁰. Este trabajo se ha propuesto, entre otras cosas, tratar de esclarecer tal cuestión sobre la base del encuadre de sus construcciones en el marco de su jurisprudencia.

De la teoría tradicional del Estado asumida por el TCF es buena muestra el clásico concepto formal de la soberanía, uno de los dos pilares sobre los que se edifica la jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo²¹. De esta concepción formal de la soberanía trae su causa el denominado principio de la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-kompetenz*) que, en su esencia, condiciona la aplicabilidad del derecho comunitario a la previa existencia de un acto interno habilitante del Estado alemán²². Por lo demás, la consideración del pueblo alemán como titular de la soberanía y negación de un pueblo europeo²³, la definición de Alemania como uno de los «señores de los tratados»²⁴, la conceptualización de la UE como una «asociación de Estados soberanos», alejada de la estructura de un «Estado» federal²⁵, han de considerarse también mani-

que propone una nueva ciencia del derecho público europeo a partir de la superación o reinterpretación de las tradicionales categorías científicas del derecho público sustentadas sobre una base nacional. Los postulados de este desarrollo dogmático se encuentran aún en fase de desarrollo, pudiéndose apreciar en los diferentes volúmenes de la obra: Armin VON BOGDANDY y Peter M. HUBER (edits), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Band I: *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts* (2007); Band II: *Offene Staatlichkeit - Wissenschaft vom Verfassungsrecht* (2008); Band III: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen* (2010); Band IV: *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft* (2011); Band V: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge* (2012), Band VI y VII: *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum* (en prensa). Incluso esta óptica metodológica se encuentra en fase de desarrollo también respecto del ámbito supranacional de América Latina. Véase en este sentido Armin VON BOGDANDY, Ferrer MC. GREGOR y Mariela MORALES (edits.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, MPil-UNAM, 2010, como también Armin VON BOGDANDY, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, MPil-UNAM, 2011.

18 BVerfGE. 123, 267, par. 226.

19 BVerfGE. 123, 267, par. 240, 243, 245, 248, 320. Otras resoluciones: BVerfGEE 75, 223 —*Kloppenburg*—; 89, 155 —*Maastricht*—, 113, 273 —*europäischer Haftbefehl*—.

20 Cfr. HÄBERLE, nota 11, p. 397, 405.

21 Contrariamente a otras concepciones más modernas de la soberanía vinculadas a la doctrina del constitucionalismo multinivel que, cada vez con mayor fuerza, tratan de imponerse en el proceso de integración europeo. Véase al respecto Markus Kotzur, *Souveränitätsperspektiven — entwicklungsgeschichtlich, verfassungsstaatlich, staatenübergreifend*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, núm. 52, 2004, p. 204 ss. Críticamente también con el dogma clásico de la soberanía como categoría adecuada para interpretar el proceso de integración europea, Stefan HAACK, *Verlust der Staatlichkeit*, Mohr, 2007, p. 111 ss.

22 BVerfGEE 75, 223 (*Atomenergiegesetz*, 1984), par 173, BVerfGE 123, 267, par. 234 ss., 298 ss.

23 BVerfGEE. 89, 155, par. 37, 41, 123, 267, par. 347. Véanse en este punto las consideraciones de véase al respecto Torsten STEIN, *La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Maastricht*, Revista de Instituciones Europeas, núm 3, 1993, p. 750 s.

24 BVerfGE. 123, 267, par. 271, 334.

25 BVerfGE. 89, 155, par. 184 y BVerfGE. 123, 267, par. 249, 262, 266, 271 ss.

festaciones de la clásica concepción de la soberanía y del discurso nacional indefectiblemente vinculado a ella.

No es de extrañar que los conceptos de Constitución, de dignidad humana (1,1 GG), de democracia (79,3 GG) o de Estado federal (art. 20,1 GG) aparezcan definidos conforme a las normas constitucionales, operando como únicos conceptos válidos conforme a los que analizar el funcionamiento de la UE²⁶. Las profundas críticas vertidas al modelo de democracia asumido de los tratados de la UE desde el punto de vista de su compatibilidad con el diseñado en la GG, son quizás las que más muestren esta concepción metodológica²⁷ y las que evidencien el rechazo a que tales conceptos puedan asumir otros contenidos adaptados a un constitucionalismo multinivel.

2. Hacia la búsqueda de un *ius publicum europeum*

A la hora de valorar contextualmente el tradicional aparato categorial empleado en la jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo, habría que reparar, en primer lugar, en que en muchas ocasiones el TCF no ha vacilado en utilizar categorías claramente desvinculadas del formalismo, que predeterminó el acta fundacional de la doctrina tradicional del Estado. Tanto en el principio de división de poderes, en el del Estado federal y aún en el de Estado democrático, el TCF no ha dudado en adscribirse a ciertas construcciones teórico-constitucionales para tratar de favorecer una integración y un desarrollo jurídico supraestatal²⁸. Hasta el punto incluso de admitir la existencia de un derecho constitucional no escrito como fuente del derecho público alemán para hacer frente a las trabas y deficiencias «integradoras» que en ocasiones ofrecía del texto de la GG. La alusión a Rudolf Smend²⁹ y el desarrollo de su teoría de la integración han sido moneda de uso corriente en su jurisprudencia³⁰. Sin embargo, la idea del derecho constitucional no escrito, como se verá, ha sido negada sistemáticamente por el TCF en el proceso de integración europeo³¹.

Pero además, en segundo lugar, en el momento de valorar críticamente la jurisprudencia del TCF no debiera pasar desapercibido que la doctrina del positivismo jurídico inspiradora de la clásica teoría del Estado encontró históricamente su justificación social en la necesidad de crear una unidad específicamente a través del derecho en Estados na-

26 BVerfGE. 123, 267, 182, 193, 208, 211, 218, 219, 244, 245, 261, 264, 339.

27 Entre otros muchos pasajes, véase BVerfGE 123, 267, par. 104.

28 Consideraciones que probablemente carezcan mayor trascendencia para un jurista externo, ajeno al pensamiento científico el alemán que, de ordinario se apoyado circularmente —es cierto que cada vez menos— en sus propias construcciones y en el que no resulta tan marcado en su disciplina la distinción entre la metodología formal y la material en el estudio de su objeto jurídico. En este sentido resulta de gran interés el trabajo de Andras JAKAB, *Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel: «ex contrario fiat lux»*, Der Staat, 46, 2007.

29 BVerfGE 1, 299 (*Wohnungsbauförderung* —1952—), par. 60.

30 Véase entre muchas otras BVerfGE. 3, 52 (*Weihnachtsgeld* —1951—), par. 21; 4, 115 (*Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen* —1954—), par. 75-77. Algunos trabajos doctrinales han tratado de reflejar el surgimiento de construcciones jurisprudenciales sin plasmación expresa en el texto constitucional orientadas a reforzar una necesaria integración supraestatal: Harmut BAUER, *Die Bundestreue: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, Mohr, 1992.

31 BVerfGE 89, 155, par. 157.

cionales en los que otros factores de integración (como la cultura, la lengua y la conciencia común) aparentemente no tuvieron lugar³². Es probable que la presencia de la tradicional teoría del Estado en la jurisprudencia del TCF sobre el proceso de integración europeo no evidencie sino justamente eso y la consecuente necesidad de generar una unidad específicamente a través del derecho. Cuando no, naturalmente, una manifiesta desconfianza hacia tal proceso. Las categorías de la clásica teoría del Estado brindan al TCF un escudo nacionalista en el que ampararse frente al mismo³³.

De cualquiera de las formas, la Sentencia Lisboa, a pesar de la alusión a la doctrina del Estado de Georg Jellinek, parece evidenciar, por el contrario, un paulatino discurrir hacia la teoría de un *ius publicum europeum*; esto es, unar la sustitución de las categorías eminentemente nacionales para la comprensión de la UE por otras más vinculadas a la tradición constitucional común de los Estados miembros. Efectivamente, el reconocimiento de la existencia de un tratado *constitucional*³⁴, frente a la incontestable soberanía de la Constitución nacional de Maastricht³⁵, pero sobre todo la definición del concepto de democracia a partir de las tradiciones de los Estados pudiera representar un indicio de ello. Sin embargo, quizás ello no sea sino el síntoma de una apertura hacia categorías supranacionales más adecuadas para poder explicar más eficazmente el funcionamiento de la UE³⁶.

El detenido análisis de Sentencia sobre el Tratado de Lisboa refleja una gran semejanza con las concepciones metodológicas del TCF en las dos primeras décadas de su jurisprudencia y en las que, al amparo de presupuestos historicistas y decisionistas, definió la esencia del orden democrático liberal con la finalidad de articular un principio de defensa de la Constitución *ad intra* frente a los enemigos de la Constitución democrática. Es probable que con la finalidad de plantear la existencia de una defensividad *ad extra* frente a la UE. Este trabajo se ha propuesto poner de relieve cómo un análisis comparativo de ambas líneas jurisprudenciales resiste a la comparación.

III. EL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA SOBRE LA COMPETENCIA COMO EXPRESIÓN FORMALIZADA DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO ALEMÁN

Posiblemente la más intensa materialización del constructivismo dogmático vinculado a la tradicional teoría del Estado que, como ha señalado la literatura, se aprecia en la jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo, sea el que se ha denominado principio de la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-kompetenz*). Este princi-

32 Véase Rudolf ALADÁR MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, 1969, p. 22 y Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die Nation — Identität in Differenz*, en idem, "Staat — Nation — Europa", Suhrkamp, 2000, p. 47.

33 Véase de nuevo WEILER, nota 3.

34 A la que ya había aludido, sin embargo, en su jurisprudencia de 1967. BVerfGE 22, 293 —EWG Verordnungen—, par. 13. Ulteriores consideraciones al respecto en Classen, nota 6, p. 239.

35 BVerfGE. 89, 155, par. 91-106.

36 Véase Armin VON BOGDANDY, *Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, Neue Juristische Wochenschrift, núm. 1, 2010, pp. 3 ss.

pio, esbozado en la Sentencia *Eurokontrol I* (1981)³⁷ y desarrollado en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (1993)³⁸, puede considerarse como la plasmación de la clásica concepción de la soberanía. Conforme a esta concepción, ratificada en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2009)³⁹, la «validez» y la eficacia de cualesquiera normas procedentes de aparatos de producción diferentes al estatal ha de condicionarse a la existencia de un previo acto habilitante interno del Estado alemán. El principio de la competencia sobre la competencia aparece desarrollado en la jurisprudencia del TCF de acuerdo con tres contenidos: *a)* la atribución competencial singular y limitada a la UE, *b)* la inaplicabilidad de todo acto jurídico de la UE transgresor de aquellos confines competenciales y *c)* carácter reversivo del proceso de integración europea.

1. La atribución competencial singular y limitada

El principio de la competencia sobre la competencia impone, antes de nada, que toda competencia normativa de la UE llamada a desplegar efectos jurídicos dentro del Estado alemán ha de apoyarse en una previa autorización legislativa de éste (art. 23,1 GG). Una autorización que ha de ser, como ha afirmado el TCF, expresa, singular y limitada⁴⁰. Esto no sólo descarta que a través de la ley prevista en el artículo 23,1 GG pueda llevarse a cabo una cesión competencial en blanco a la UE⁴¹. Además resulta exigible que la ley precise «de forma suficientemente concreta las competencias que se transmiten para su ejercicio»⁴².

Como cabe apreciar, la función de este principio de atribución competencial es compatibilizar la facultad contemplada en la GG (art. 23,1) para la cesión del ejercicio de «funciones de soberanía a la UE»⁴³ con la necesidad de que el Estado alemán, como uno de los señores de los tratados, siga siendo soberano⁴⁴. Y dejaría de serlo, efectivamente, si fuera la UE la que pudiera determinar con libertad el contenido y la extensión de sus propias competencias. Por eso el TCF ha exigido que ulteriores reformas de los tratados, en el marco del desarrollo de ulteriores fases de integración, de las que se derive un aumento de competencias por parte de la UE, requieran una nueva autorización legislativa expresa, singular y limitada del Estado alemán⁴⁵.

A lo largo de su jurisprudencia, el TCF se ha visto en la necesidad de concretarla extensión de este principio de atribución competencial expresa, singular y limitada al hilo de diferentes retos planteados durante el proceso de integración. En particular, con relación a ciertas dinámicas que se habían instalado a lo largo en el proceso de integración y a determinadas cláusulas incluidas en los tratados constitutivos que, en lo tenían de común, permitían a la UE la asunción de competencias no previstas de una manera

37 BVerfGE 58, 1, par. 97.

38 BVerfGE 89, 155, par. 90. Véase también BVerfGE 104, 151 (*NATO-Konzept*, 2001), par. 94-98.

39 BVerfGE. 123, 267, par. 233, 322, 324, 344.

40 BVerfGEE 75, 223 (*Atomwaffenstatonierung*, 1984), par. 173, BVerfGE 123, 267, par. 234 ss., 298 ss.

41 BVerfGEE 58, 1, par. 107 y 108.

42 BVerfGE 89, 155, par. 105.

43 BVerfGE 89, 155, par. 96.

44 BVerfGE. 123, 267, par. 271, 334.

45 BVerfGE 127, 207, par. 226, 240.

expresa en la ley de autorización del *Bundestag* aprobada conforme a lo dispuesto en el artículo 23 GG.

La Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (1992) hubo de pronunciarse sobre la operatividad en el ámbito de la UE de las doctrinas de los poderes implícitos o del efecto útil, que venían siendo utilizadas para deducir normas de carácter competencial a partir de una generosa interpretación de enunciados de los tratados constitutivos (*v. gr.* 235 TCEE)⁴⁶. A pesar de que el TCF ha reconocido, con carácter general, que la integración de Alemania en una organización supranacional implica, por su propia definición, el sometimiento a voluntades normativas que no se corresponden únicamente con la de sus órganos internos⁴⁷, queda prohibida una interpretación de los tratados que, *de facto*, produzca una reforma implícita de los mismos⁴⁸. En el contexto de estas consideraciones, puede sorprender una concepción tan restrictiva de la labor hermenéutica, que le niega toda consideración de fuente de producción de normas en la UE, en el contexto de una jurisprudencia que —avalada por la doctrina alemana—⁴⁹ ha admitido la existencia de un derecho no escrito como fuente de derecho constitucional. Este derecho constitucional, que ejerció un destacado protagonismo ya en la génesis del desarrollo de los principios estructurales del Estado democrático⁵⁰, del Estado federal⁵¹ y en el derecho de los órganos constitucionales⁵², ha sido negada desde la Sentencia Maastricht en el seno del principio de la UE.

46 Su redacción original disponía: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios, el Consejo () adoptará las disposiciones pertinentes». Un estudio de las competencias implícitas de la Unión Europea desde el punto de vista del derecho alemán ha sido analizada por Ruppert STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Duncker & Humblot, 1983, p. 425, 428 ss. Desde una perspectiva más general, analizando concretamente el sentido histórico de dichas cláusulas y su funcionamiento en diferentes organizaciones internacionales, véase particularmente Norman WEISS, *Kompetenzlehre internationaler Organisationen*, Springer, 2009, p. 325 ss.

47 BVerfGE 89, 155, par. 93 y 94.

48 «En la medida en que los Tratados fundacionales por una parte, otorgan a la Unión Europea en supuestos limitados competencias soberanas y, por otro lado, regulan la modificación del Tratado —con un procedimiento normal y también con uno abreviado—, esta diferenciación también cobra significado para la futura asunción de concretas competencias. Si una ampliación dinámica de los Tratados existentes se ha apoyado hasta ahora en un generoso manejo del artículo 235 TCEE en el sentido de una “competencia para redondear el tratado”, en la idea de competencias inherentes de las Comunidades Europeas (“implied powers”) y en una interpretación convencional en el sentido del mayor agotamiento posible de las competencias comunitarias (“effet utile”) (vid. ZULEEG, en: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWG-Vertrag, 4.ª ed. 1991, art. 2 nm. 3), en el futuro habrá que atender en la interpretación de las normas de competencia por parte de instituciones y órganos de la Comunidad a que el Tratado de la Unión distingue básicamente entre el ejercicio de una competencia soberana otorgada con límites y la modificación del Tratado, de forma que su interpretación no debe equivaler en su resultado a una ampliación del Tratado; tal interpretación de las normas competenciales no podría tener un efecto vinculante en Alemania» (BVerfGE 89, 155, par. 157).

49 Véase el trabajo de Heinrich AMADEUS WOLFF, *Ungeschriebenes Recht unter dem Grundgesetz*, Mohr, Tübingen, 2000. En él puede apreciarse la evolución del desarrollo del derecho constitucional no escrito en la tradición alemana.

50 BVerfGE. 2,1—*SPR Verbot* (1952)— y 5,85—*KPD Verbot* (1956).

51 BVerfGE. 3, 52—*Weihnachtsgeld* (1953)—.

52 BVerfGE. 4, 115—*Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen* (1954).

Más adelante, el TCF hubo de reconocer —como resultado del desarrollo de las diferentes fases de integración— la posibilidad de que la UE pudiera llegar a autoatribuirse competencias sobre política monetaria no expresamente reguladas en los tratados constitutivos —Sentencia sobre el Euro (1998)— e incluso que un acto de la UE pudiese ser aprobado mediante procedimientos distintos a los previstos en aquéllos, lo que permiten las denominadas «cláusulas pasarela» previstas en el Tratado de Lisboa⁵³ —Sentencia Lisboa (2009)—⁵⁴. El TCF, que ha señalado de nuevo que la UE no puede modificar a través de esas cláusulas los fundamentos de la Unión Europea previstos en los Tratados, ha admitido su validez siempre que las mismas «resulten previsibles»⁵⁵ y se «restrinjan a ámbitos suficientemente determinados» en los tratados⁵⁶. Esta doctrina, que se reproduce en otras Sentencias vinculadas al derecho internacional como en la Sentencia AWACS (1994) relativa a la participación del ejército federal, ha dejado ver, sin embargo, que la distinción entre la reorientación de los fines ya previstos en los tratados internacionales y la reforma de los mismos es en ocasiones compleja⁵⁷.

2. La inaplicación de actos *ultra vires* de la UE

El reverso de la moneda del principio de atribución competencial singular y limitada es la consiguiente facultad del Estado alemán para controlar los actos que se extralimiten de las competencias atribuidas en la ley interna de autorización. Unos

53 En el Tratado de Lisboa se contiene una cláusula pasarela general (art. 48 TUE), y 6 cláusulas pasarela específicas: 1) en el marco financiero plurianual (art. 312 TFUE); 2) la política exterior y de seguridad común (art. 31 TUE); 3) cooperación judicial en materia de Derecho de familia (art. 81 TFUE); 4) cooperaciones reforzadas en ámbitos regulados por unanimidad o por un procedimiento legislativo especial (art. 333 del TFUE); 5) materia social (art. 153 TFUE); 6) medio ambiente (art. 192 TFUE). Fuente: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0016_es.htm

54 BVerfGE 123, 267, par. 306. Véase en este sentido los comentarios de CLASSEN, nota 6, p. 248 ss.

55 Particular interés ha suscitado la decisión sobre el Euro, en la que el TCF hubo de resolver un recurso de amparo interpuesto frente a la participación de Alemania en la tercera fase de la Unión Monetaria por supuesta vulneración del derecho de participación reconocido en el artículo 38,1 GG. El TCF parte de que tal derecho no garantiza una capacidad de influencia inmediata en las decisiones del poder público, ya que éstas son, de ordinario, resultado de diferentes fuerzas: «La democracia presupone una confrontación libre permanente de fuerzas sociales, intereses e ideas contrapuestas, en la que incluso se decantan y se transforman objetivos políticos, y a partir de la cual la opinión pública prefigura su voluntad política. Implica ello asimismo que los procedimientos resolutivos de los órganos que ejercen el poder soberano y las metas políticas perseguidas en cada caso sean visibles e inteligibles para la mayoría (BVerfGE 89, 155 <185>). Tales presupuestos constitucionales —prejurídicos— no son, sin embargo, garantizados por el artículo 38.1 LFB de manera equivalente a un derecho fundamental (*grundrechtsgleich*).» BVerfGE. 97, 350, par. 77. La traducción de esta sentencia e interesantes apreciaciones pueden verse en Rafael Naranjo de la Cruz, «Sentencia de 31 de marzo de 1998 (Euro). Nota introductoria y traducción de su fundamentación jurídica», Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 4, 1998, p. 745 ss.

56 Con relación a las cláusulas pasarela, el TCF ha determinado: «No es necesaria una Ley, en el sentido del artículo 23.1, frase 2 LFB, en cuanto a especiales cláusulas pasarela restringidas a ámbitos que están suficientemente determinados por el Tratado de Lisboa. También en estos casos, sin embargo, corresponde al Bundestag y —en la medida en que se ven afectadas competencias legislativas de los Estados federados, al Bundesrat—, asumir su responsabilidad con respecto a la integración en otra forma adecuada», BVerfGE 123, 267, par. 320.

57 BVerfGE. 90, 286.

actos a los que el TCF ha denominado transgresores (Sentencia Maastricht)⁵⁸ o *ultra vires* (Sentencia de Lisboa)⁵⁹ Contrariamente a lo que pareciera derivarse de la concepción formalizada de soberanía en la que se sostiene el principio de la competencia sobre la competencia, el TCF se ha decantado por la concepción de las relaciones entre el derecho interno y el derecho de la UE con arreglo al principio de la aplicabilidad, no del de validez. Es cierto que la Sentencia Maastricht determinó, que «la *validez* y eficacia del derecho comunitario en Alemania dependen del mandato de aplicación de la ley de autorización»⁶⁰.

Sin embargo, de un análisis contextual de su jurisprudencia pareciera deducirse otro resultado. El TCF ha aludido al derecho comunitario y al derecho alemán como «dos órdenes jurídicos independientes uno de otro» (*EWG-Verordnungen*)⁶¹, y ha calificado particularmente al derecho comunitario como un «ordenamiento jurídico independiente», «un poder exterior autónomo» (*Milchpulver*)⁶² o un «derecho derivado de otra fuente de producción» (*Kloppenburg*)⁶³. Incluso en la propia Sentencia Maastricht, en la que se alude formalmente a la ley del artículo 23,1 GG como fuente de *validez* y de eficacia del derecho comunitario, se hace referencia a éste último como un «derecho de un poder público de una concreta organización supranacional diferenciada de los poderes estatales de los Estados»⁶⁴. Ello ha llevado en algunas ocasiones a la doctrina a mantener un modelo dualista de los órdenes alemán y comunitario, pero sobre todo a una concepción de la ley interna del *Bundestag* como una fuente sobre la aplicación del orden supranacional⁶⁵.

La jurisprudencia del TCF ha sido, sin embargo, más determinante en el momento de conceptualizar los actos de la UE que se extralimiten competencialmente de lo dispuesto en la ley de autorización del artículo 23,1 GG y de los tratados constitutivos válidamente celebrados conforme a ella. En este caso, el TCF ha determinado lacónicamente que el derecho de la UE que incurra en *ultra vires* «no podría tener un efecto vinculante en Alemania»⁶⁶. Ha existido también aquí acuerdo acerca de que las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno se articulan a partir del criterio de la eficacia, no implicando tal extralimitación una pérdida de *validez erga omnes* del derecho

58 BVerfGE. 89, 155, par. 106.

59 BVerfGE. 123, 267, par. 240.

60 BVerfGE. 89, 155, par. 112. Ante lo relevante de la precisión terminológica, ha de citarse aquí la dicción original: «Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes».

61 BVerfGE. 22, 93, par. 13.

62 BVerfGE. 31, 145, par. 95.

63 BVerfGE. 75, 223, par. 41.

64 BVerfGE. 89, 155, par. 70.

65 *Cfr.* Werner SCHROEDER, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, Mohr, 2002, p. 162 ss. En la doctrina española, con ulteriores referencias sobre la jurisprudencia del TCF sobre el proceso de integración europea véase Benito ALÁEZ CORRAL, *Soberanía constitucional e integración europea*, Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, núm. 1, 1998, p. 503 ss. Más recientemente, con una crítica a la teoría de la dualidad de sistemas jurídicos para poder comprender la funcionalidad de los ordenamientos en liza, véase en nota 7, p. 366-370.

66 BVerfGEE 89, 155, par. 157, 123, 267, par. 241.

de la UE⁶⁷. En consecuencia, el principio de la competencia sobre la competencia en la jurisprudencia del TCF concibe al derecho alemán como fuente sobre la aplicabilidad del derecho comunitario.

3. El carácter reversivo del proceso de integración europeo

La Sentencia sobre el Tratado de Maastricht dejó claro que el Estado alemán, en tanto uno de los señores de los tratados, retiene en todo caso la competencia para decidir el ámbito temporal en el que el derecho comunitario puede seguir reclamando eficacia dentro del territorio alemán. Al igual que al Estado alemán le compete la decisión de que el derecho comunitario se integre al acervo normativo aprobado por los órganos nacionales, también le corresponde la posibilidad de decidir soberanamente sobre su eventual salida de la UE a través de lo que el TCF ha denominado de forma un tanto genérica como un *contrarius actus*⁶⁸.

Esta doctrina jurisprudencial, más adelante reiterada en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2009)⁶⁹ —en el que se plasmó expresamente el principio de reversibilidad (art. 50) señalado en la Sentencia Maastricht—, generó, sin embargo, ciertas controversias en la literatura, particularmente en lo relativo a la naturaleza que debía adoptar el *contrarius actus* mediante el que el Estado alemán podría dejar de pertenecer a la UE. A pesar de que la jurisprudencia del TCF no se pronunció de una manera expresa al respecto, es cierto que, prima facie, como ha apuntado la literatura, cabría pensar en una eventual derogación de la ley del *Bundestag* contemplada en el artículo 23,1 GG y a través de la que se lleva a cabo propiamente la cesión competencial a la UE. No obstante, tampoco no se han descartado en la doctrina otras posibilidades jurídicas⁷⁰.

IV. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO EXPRESIÓN MATERIALIZADA DE LA SOBERANÍA Y DE LA IDENTIDAD DEL ESTADO ALEMÁN

La jurisprudencia del TCF, además de imponer en el proceso de integración europea el respeto de los elementos formales de la soberanía del ordenamiento alemán,

67 Véase Nils GROSCHE, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, Mohr, 2011, p. 163 ss.

68 «De esta forma, la República Federal de Alemania es, también tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión, miembro de una Unión de Estados, cuyo poder comunitario se deriva de los Estados miembros y sólo puede ser vinculante en el ámbito de soberanía alemana en virtud del mandato alemán de aplicación jurídica. Alemania es uno de los “señores de los Tratados”, que se han vinculado al Tratado de la Unión acordada “por tiempo indeterminado” (art. Q TUE) con la voluntad de integración a largo plazo, pero que pueden igualmente renunciar a esta pertenencia por medio de un acto opuesto. La vigencia y aplicación del Derecho europeo en Alemania dependen del mandato de aplicación jurídica derivado de la ley de autorización de la ratificación. Alemania deja a salvo así su cualidad de Estado soberano por derecho propio y el estatus de igualdad soberana con los demás Estados en el sentido del artículo 2 núm. 1 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 (BOPF 1973 II p. 430).» BVerfGE 89, 155, par. 112.

69 BVerfGE 123, 267, par. 264.

70 Sobre esta indeterminación y sobre las posibilidades jurídicas que podrían existir, véase el tradicional trabajo de TOMUSCHAT, nota 3, p. 495.

condicionando la eficacia del derecho comunitario a la existencia de un previo acto interno habilitante, ha exigido a la UE el respeto de su «identidad nacional»⁷¹. Esto es, del *contenido* de las facultades decisorias que han de permanecer indispensablemente en sus órganos constitucionales es para poder seguir considerándose como los actores de un orden soberano. En definitiva, el alcance material del principio de atribución competencial singular y limitada⁷².

En este punto, si algo ha representado una posición consolidada a lo largo de la jurisprudencia del TCF, ya desde sus orígenes, es que el núcleo de la estatalidad alemana aparece definido en su particular derecho constitucional conforme a las exigencias del principio democrático⁷³. Ha de reconocerse que la cláusula de intangibilidad prevista en el artículo 79, 3 GG —cuyos contenidos se vinculan, en último extremo, a dicho principio—⁷⁴ constituye un argumento dogmático determinante en el momento de precisar los ámbitos que han de encontrarse vedados a la decisión de los órganos constituidos, también a la UE⁷⁵. De todos modos, el análisis de la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa permite constatar que el contenido del principio democrático como criterio definitorio de la estatalidad alemana acaba siendo precisado al margen del artículo 79,3⁷⁶.

De todos modos, la jurisprudencia del TCF relativa al proceso de integración europea ha ido evidenciando una cierta evolución en la concepción del principio democrático. Como se verá seguidamente, si la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, supuso una cierta relativización de la concepción formalizada de democracia que, vinculada a presupuestos orgánico-procedimentales y a una relación de imputación respecto del titular de la soberanía, se apreciaba en una determinada jurisprudencia⁷⁷, la Sentencia Lisboa de 2009 ha acabado por vincularse más a criterios materiales⁷⁸. Un proceso involutivo que transita de manera contraria al discurso interno que ha seguido el principio democrático, en el que los tintes material-militantes que inspiraron la dogmática de los derechos fundamentales durante los primeros 40 años de jurisprudencia han ido desvaneciéndose hasta presentar unos resultados más propios de su formalización⁷⁹.

71 BVerfGE 123, 267, par. 57, 153, 179

72 BVerfGE 123, 267, par. 240.

73 Véanse, entre muchas otras, las sentencias ya citadas BVerfGEE 2,1—*SRP Verbot* (1952) y 5, 85 —*KPD Verbot* (1956). Respecto del proceso de integración europea véase la BVerfGE 123, 267, par. 175, 182, 193, 208, 211, 218, 219, 244, 245, 261, 264, 339.

74 Sigue constituyendo hoy una obra de referencia en los estudios científicos el trabajo de Christoph GUSY, «Die "freiheitliche Demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, núm. 105, 1980, p. 279 ss.

75 Véase Murswiek, nota3, p. 161.

76 *Cfr.* Bogdandy, nota 36, p. 6 ss.

77 Véase sobre la evolución del concepto de democracia en la jurisprudencia del TCF, Axel TSCHENTSCHER, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Mohr, 2006, pp. 44 ss.

78 Véase uno de los últimos trabajos publicados al respecto, Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT y Helmar SCHÖNE (edits.), *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und Europäische Integration im «verfassten politischen Primärraum»*, Springer, 2013, p. 44 s.

79 Este cambio se atisba en la BVerfGE 96, 266—*Soldaten sind Mörder* (1996)—. Véase sobre esta conclusión Benito ALÁEZ CORRAL y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, nota 4, p. 1040-1044.

1. La retención parlamentaria de funciones y competencias con peso sustantivo

La Sentencia sobre el Tratado de Maastricht hubo de resolver un recurso de amparo interpuesto contra la reforma de la GG, de 21.12.1992, y contra la ley del *Bundestag*, de 28.12.1992, que autorizaba la celebración del Tratado de Maastricht. En el recurso se alegaba que el derecho a la participación democrática del artículo 38 GG se veía aminorado sustancialmente «por el hecho de que el Tratado de la Unión transfiere competencias esenciales del Parlamento Federal alemán a las instituciones de las Comunidades Europeas». Pretensión apoyada en la previa Sentencia *Ausländerwahlrecht II* (1990), en la que el TCF había dejado claro que «el principio de soberanía popular exige que el pueblo ejerza una influencia efectiva en el ejercicio del poder del Estado mediante la legislación, el poder ejecutivo y la jurisprudencia»⁸⁰.

La Sentencia sobre el Tratado de Maastricht determinó que la cesión de competencias a la UE operada por la ley de 28.12.1992 no vulneraba el principio democrático en el artículo 38 GG siempre que le queden al *Bundestag* «competencias políticas de peso sustancial»⁸¹. Esta doctrina viene a marcar, a juicio de la literatura, un distanciamiento con el modelo formal de democracia sustentado sobre presupuestos organizativos y una relación de imputación respecto del titular de la soberanía, cuyos sesgos pueden apreciarse en determinada jurisprudencia⁸². La concepción de democracia asumida en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht se desplaza hacia una vertiente material, adscribiendo al titular de la soberanía la facultad de decidir, a través del *Bundestag*, sobre cuestiones de peso político sustantivo⁸³, algo que ha provocado no pocas críticas doctrinales, como consecuencia de la elevada indeterminación de cuáles deban de ser esas materias de «sustancial peso político» que ha de adoptar el titular de la soberanía⁸⁴.

Esta doctrina de la democracia —que la literatura científica ha querido ligar a las teorías de E. W. Böckenförde—⁸⁵ fue posteriormente aplicada en posteriores resoluciones vinculadas al desarrollo de la política monetaria de la UE. En la Sentencia sobre el Euro (1998), el TCF determinó que el desarrollo de la Unión Monetaria en el

80 BVerfGE 83, 60, par. 39.

81 BVerfGE. 89, 155, par. 102.

82 El principio democrático impone que «El ejercicio de las funciones y las competencias estatales se pueda reconducir al pueblo estatal y en principio se responda ante él», BVerfGE 83, 60, par. 39-40.

83 BVerfGE 89, 155, par. 102-103. Véase sobre la relativización del modelo formal de democracia, Axel TSCHENTSCHER, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, nota 77, pp. 44 ss. Repárese, en este punto, que la jurisprudencia ha hecho hincapié en el hecho de que deba de ser el *Bundestag*, no tanto el *Bundesrat* —basado en las particulares condiciones de representación de ambos órganos— al que se le confiere la función representativa del pueblo alemán. Véase en este sentido las consideraciones en la literatura española de Benito ALÁEZ CORRAL, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 45, 1995, p. 265.

84 Véase Peter M. HUBER, *Maastricht - ein Staatsstreich?*, Boorberg, 1993, p. 52-53, Armin VON BOGDANDY, «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una contribución sobre los actuales malentendidos en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht», Cuadernos de Derecho Público, núm. 13, 2001, p. 221. En la doctrina española, véase Benito ALÁEZ CORRAL, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993*, nota 83, p. 265.

85 En concreto a su trabajo «Demokratie als Verfassungsprinzip» en Joseph ISENSEE y Paul KIRCHHOF (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo I—Grundlagen von Staat und Verfassung—, Müller, 1987, p. 11-14. Véase BOGDANDY, nota 84, p. 195-213, con adicionales referencias.

marco de ulteriores fases de integración que había sido ya contemplada en el Tratado de Maastricht no restaba capacidades adicionales de decisión al *Bundestag*. Constituía una decisión política previsible en el marco de los tratados constitutivos válidamente celebrados⁸⁶. Estas mismas premisas fueron utilizadas de nuevo en el conjunto de las decisiones de 2011 y 2012 vinculadas con crisis del Euro.

En este conjunto de recientes decisiones, el TCF, además de dejar claro que las decisiones sobre la estabilidad económica le competen al *Bundestag* en pleno —no pudiendo adoptarse por una parte del mismo—⁸⁷, volvió a señalar lo afirmado en la Sentencia Maastricht: que el principio democrático del artículo 38,1 GG no garantiza la intangibilidad del derecho vigente, siendo plenamente compatible con un desarrollo de la política monetaria orientada al cumplimiento de la estabilidad. El TCF señaló que lo que proscribía el principio democrático es una responsabilidad financiera imprevisible e incuantificable del Estado alemán en el fondo de estabilidad (MEDE)⁸⁸. La necesidad de influencia democrática del Parlamento impone que la responsabilidad financiera del Estado alemán ha de encontrarse expresamente prevista y que ulteriores modificaciones de la misma —que en la actualidad se cifra en 190.024.800.000 €— tengan que requerir una nueva aceptación expresa del *Bundestag*⁸⁹.

2. Las decisiones políticas reservadas al proceso democrático

Quizás para diluir la inseguridad que ha achacado la literatura al TCF para determinar lo que sean «competencias de peso sustantivo» o quizás —si se compara con la función que una interpretación tal ha desempeñado en la historia jurisprudencia del TCF— para limitar el proceso de integración, el TCF enumeró en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2009) determinados ámbitos materiales atribuidos al Estado alemán que conformaban su identidad⁹⁰. Para el TCF «desde siempre se han considerado como especialmente sensibles para la capacidad de un Estado constitucional de regirse a sí mismo de forma democrática las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la

86 BVerfGE. 97, 350, par. 77.

87 BVerfGE. 130, 218—*Estabilisierungsmechanismusgesetz* (2012), par. 102.

88 BVerfGE. 129, 124—*EFSt* (2011), par. 128. En el contexto de esta jurisprudencia económico-financiera ha de consultarse también la BVerfGE. 129, 108 —*Legislativstreich Schuldenbremse* (2011)—, relativa al techo de endeudamiento. Algunas interesantes consideraciones, que pueden ser útiles para el derecho español, se contienen en Urs KRAMER, Tim HINRICHSSEN, Theresa LAUTERBACH, *Die Schuldenbremse des Grundgesetzes*, Juristische Schulung, núm. 10, 2012, p. 896-901.

89 «La disposición contenida del artículo 8,5.1 del Tratado sobre la Creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad que fija la obligación financiera de la República Federal de Alemania en base a dicho tratado a la suma prevista en su anexo II, impide que toda norma del tratado pueda ser interpretada en el sentido de que puedan crearse superiores obligaciones de pago para la República Federal de Alemania sin autorización del representante alemán», BVerfG, 2 BvR 1390/12, par. 49 ss. En la literatura española, una detallada información de esta jurisprudencia vinculada con la crisis del euro puede encontrarse en Fernando SIMÓN YARZA, *La democracia parlamentaria y el Tribunal de Karlsruhe: la crisis de la Eurozona, el sistema electoral y el nombramiento de jueces constitucionales*, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 15, 2012.

90 Con la finalidad reconocida de que los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida, BVerfGE 123, 267, par. 226.

policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos⁹¹ —en especial también los motivados por la política social— (3), la conformación de las condiciones de vida en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5)»⁹².

En el proceder argumental del TCF se deja ver que la determinación del núcleo de la soberanía estatal se aleja de lo dispuesto en el artículo 79,3 GG, tan empleado por el TCF en su jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo. Más bien lo contrario. La alusión a que, «desde siempre» tales materias fueron consideradas como competencia de los Estados, se vincula a una suerte de interpretación historicista con claros tintes de decisionismo⁹³ —que sirvió a la jurisprudencia más temprana del TCF para definir el orden democrático liberal—⁹⁴. Además el TCF parece haberse desvinculado así del discurso nacional, tan achacado a la jurisprudencia del TCF.

El TCF parece haber dado quizás aquí un paso en pos de un *ius commune* europeo; es decir, sentado las bases para una categorización del proceso de integración europea sobre la base de la tradición constitucional común a los Estados miembros de la UE⁹⁵, tan demandada, como se ha visto al principio de estas páginas, por ciertas escuelas de pensamiento alemán. Sin embargo, quizás enfrentado al grave problema de tener que explicar por qué son aquéllas decisiones políticas las que integran la identidad constitucional de Alemania y no otras⁹⁶. Muestra de ello es que el TCF ha acabado por reconocer esta última cuestión al afirmar que el catálogo enumerado es necesariamente abierto⁹⁷.

La concepción del principio democrático en la Sentencia Lisboa parece rememorar la doctrina jurisprudencial de los años 50 y 60 que sirvió al TCF para construir un principio de democracia militante frente a los partidos políticos contrarios a la democracia. En esta jurisprudencia, también al amparo de un modelo decisionista de Constitución, llegó a enumerar un conjunto de decisiones políticas que conformaban la identidad del Estado alemán. Unas decisiones políticas fundamentales que había considerado también como un catálogo abierto⁹⁸. Ciertos pasajes de la propia Sentencia Lisboa se remon-

91 Jurisprudencia en la que también se han apoyado las decisiones sobre la crisis del Euro, BVerfGE 130, 218, 129, 124.

92 BVerfGE 123, 267, par. 252.

93 Véase Antonio LÓPEZ CASTILLO «Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa del TCFA», nota 4, p. 47-49.

94 BVerfGE 2, 1, par. 38.

95 Véase Claus DIETER CLASSEN, nota 6, p. 253

96 Véase en la literatura española Agustín José MENÉNDEZ, «La Unión Europea en el espejo de Lisboa», nota 93, p. 61, 125.

97 Como también en la inicial caracterización del orden democrático liberal en la jurisprudencia del TCF. Un exhaustivo análisis al respecto puede verse en Johannes LAMEYER, *Streitbare Demokratie*, Duncker & Humblot, 1978, p. 39. Su lectura resulta de gran utilidad para ratificar la comparación que desde este estudio se propone.

98 En la BVerfGE 2,1, de ilegalización del partido SRP se refirió al orden democrático liberal como «... un orden jurídico que, bajo la exclusión de toda fuerza o arbitrariedad, está basado en el postulado de la autodecisión popular asentada en los principios de la mayoría, en la libertad e igualdad. Dentro de los principios de este orden se encuentran al menos: la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ante todo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, la soberanía popular,

tan de una manera prácticamente idéntica a la función que el TCF atribuyó a la cláusula de intangibilidad (art. 79,3) en los inicios de su jurisprudencia frente a los enemigos de la Constitución y de la democracia⁹⁹. Habría que plantearse si esta involución de la doctrina del TCF en el proceso de integración europea no implica hoy, como antes, el intento de construir un principio de democracia militante hacia el exterior. Máxime si el TCF ha achacado a la UE —como otrora a ciertos partidos políticos— de manera harto reiterada un cierto déficit democrático¹⁰⁰. El principio de la dignidad humana, a cuya preservación sirvió justamente el principio de la democracia militante en la inicial jurisprudencia del TCF, aparece quizás no por casualidad en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa¹⁰¹. Probablemente ello pueda significar la reinstauración de un principio de democracia militante frente a la UE que hoy, como antes, tuvo como función la incondicional preservación de la identidad política de Alemania.

V. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL SOBRE EL CONTROL DE LOS ACTOS DE LA UE

Las exigencias derivadas de la conmixtión entre la concepción formal y material de la soberanía como límite a las facultades de la UE —de la que se deriva *prima facie*, como

la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la actuación de la administración, la independencia judicial, la pluralidad de partidos y la igualdad de oportunidades para todos los distintos partidos políticos así como el derecho a la contribución a la formación de la voluntad del Estado y al ejercicio de una oposición» (par. 38).

99 «Mediante la así llamada garantía de perpetuidad, la Ley Fundamental reacciona por un lado frente a las experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático», BVerfGE. 123, 267, par. 218. Compárese con lo que afirmó el TCF en la BVerfGE. 5, 85 (1956) relativa a la ilegalización del partido político KPD, en la que afirmó: «el artículo 21.2 no se encuentra en contradicción con uno de los principios fundamentales de la Constitución; al contrario, es la expresión de una voluntad político-constitucional de solucionar un problema límite del Estado democrático-liberal, resultado de las experiencias del constituyente que, en una determinada situación histórica, creyó no deber realizar en toda su extensión el principio de neutralidad del Estado frente a los partidos políticos, expresión de una —en este sentido— democracia militante», par. 246.

100 Se aprecian en la Sentencia Lisboa de 2009, críticas similares ya vertidas en la Sentencia Maastricht de 1993. «Es cierto que Tratado de Lisboa revaloriza poderosamente las competencias del Parlamento Europeo. Pero esto sólo podría legitimar el ejercicio del poder soberano a través de la Unión Europea cuando se garantizase la igualdad en las elecciones. Los Estados miembros con población más escasa han mantenido sin embargo, en comparación con los Estados miembros de población más numerosa, como ya ocurría hasta ahora, muchos votos por encima de la regla de la proporcionalidad» (BVerfGE 123, 267, par. 104).

El Consejo, como representante de los intereses nacionales, sólo puede desempeñar esa función de modo insuficiente. Este no sería, en primer lugar, un órgano representativo, esto quiere decir que la formación de la voluntad del pueblo se vería tan fuertemente filtrada y personalmente reducida, que la correspondiente función deliberativa del Parlamento sólo podría asumirse de un modo limitado. En segundo lugar, la oposición nacional deja de estar presente en el Consejo. Además, el Parlamento Europeo no legitima suficientemente el ejercicio de los derechos soberanos de la Unión Europea, ya que en la elección del Parlamento Europeo no se aplica el principio de igualdad de votos y el Parlamento Europeo ni legitimaría a la Comisión de modo suficiente ni satisfaría el nivel de legitimación de las decisiones europeas requerido por el principio democrático ni el nivel de las normas de la legislación democrática aceptado en los estados democráticos desarrollados (par. 106).

101 BVerfGE. 123, 267, par. 211.

se ha visto, la inaplicabilidad (que no la invalidez) en el territorio alemán de todo acto transgresor o *ultra vires* de la UE— ha conducido también a la jurisprudencia del TCF a identificar quién ha de ser el órgano competente para llevar a cabo aquel control. Lo cierto es que, como sucedió con la precisión del núcleo de la soberanía y de la identidad nacional del Estado alemán que, concretado sobre la base de las exigencias del principio democrático, ha de permanecer inalterada frente a los actos de la UE, también en lo que se refiere a la precisión del órgano llamado a verificar su control parece apreciarse una jurisprudencia vacilante.

1. La garantía de los derechos fundamentales. La doctrina Solange

La determinación del órgano competente para el control de los actos de la UE potencialmente transgresores o *ultra vires* de la soberanía del Estado alemán se asienta con la doctrina Solange. La Sentencia Solange I (1974) se planteó la eventual colisión entre el derecho de la UE con los derechos fundamentales plasmados en la GG. En dicha resolución, determinó que *en tanto* la UE no se había dotado aún de un catálogo de derechos fundamentales aprobado por el Parlamento que se correspondiera con el estándar de protección asumido en la GG, el TCF sería el órgano competente para la protección de los derechos fundamentales¹⁰². Un control que, como señaló el propio TCF, habría de articularse procedimentalmente a través de la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 GG ante el TCF por cualquier órgano jurisdiccional interno, tras haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial¹⁰³. El TCF articulaba con la doctrina Solange una excepción general al principio de prevalencia del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales.

Resoluciones posteriores del TJCEE, particularmente la Sentencia Rutili (1975) en la que por primera vez se reconoce al CEDH como fuente para la protección de los derechos en el seno de la UE¹⁰⁴, motivaron un cambio de la doctrina jurisprudencial

102 Para el TCF, ese estándar de protección no lo brindaba la incipiente jurisprudencia del TJCEE existente hasta ese momento. Particularmente la que se ofrecía en los casos Stauder (1969), internationale Handelsgesellschaft (1970), Nold (1974), que marcan el inicio de la protección de los derechos fundamentales en el seno de la UE. En ellos se aludía a la necesidad de salvaguarda de los derechos fundamentales comprendidos en los principios generales del derecho comunitario y que inspiran las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

103 BVerfGE 37, 271, par. 56. Puede verse, sin embargo, la interpretación retrospectiva que se hace en la Sentencia sobre la ordenación del mercado del plátano, por los motivos que posteriormente se verán: «...el proceso de integración de la Comunidad no ha llegado todavía al punto de que el derecho comunitario contenga un catálogo de derechos fundamentales vigente y acordado por un Parlamento, que se corresponda con el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Por esta razón consideraba admisible y obligada la cuestión de inconstitucionalidad de un tribunal de la República Federal de Alemania al Tribunal Constitucional Federal en el procedimiento de inconstitucionalidad, tras la consulta de la sentencia del Tribunal Europeo exigida por el entonces en vigor artículo 177 TCEE, cuando el tribunal considerara inaplicable el precepto decisivo del derecho comunitario en la interpretación otorgada por el Tribunal Europeo porque y en tanto colisiona con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental», BVerfGE 102, 147, par. 57.

104 Véanse también las Sentencias Prais (1975) y Hauer (1979). Véase en la literatura sobre el surgimiento de la protección de los derechos en la UE, Rudolf STREINZ, «Grundrechte und Grundfreiheiten» en Detlef MERTEN y Hans Jürgen PAPIER (edits.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. VI/1—*Europäische Grundrechte*—, CF Müller, 2010, p. 665 s. En la doctrina española, recogiendo tam-

del TCF. La Sentencia Solange II (1986) reconoció que en el ínterin había surgido en el territorio de la UE una medida de protección de los derechos fundamentales que de acuerdo con la concepción, contenido y eficacia ha de considerarse esencialmente igual que el estándar de derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Justamente por ello, el TCF renunció a partir de ese momento a ejercer su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado a la luz de los derechos fundamentales de la GG, reinstaurándose en su esencia el principio de prevalencia del derecho comunitario. Como resultado, las eventuales cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearan ante él por jueces nacionales conforme a lo previsto en el artículo 100 GG habrían de considerarse inadmisibles¹⁰⁵. El TCF sólo recobraría su competencia excepcionalmente para conocer de nuevo sobre eventuales infracciones de los derechos fundamentales si el TJUE abandonara el estándar de derechos fundamentales.

A pesar de que parte de la literatura¹⁰⁶ y la propia jurisprudencia del TCF, hayan negado que la jurisdicción constitucional se haya apartado de la doctrina Solange II, lo cierto es que la Sentencia Maastricht (1993) pareciera apuntar a otra consideración¹⁰⁷. En esta Sentencia, el TCF determinó que el citado órgano participaba en la tutela de los derechos fundamentales de acuerdo con una relación de cooperación con el TJUE. En particular, le corresponde al TJUE garantizar la protección de los derechos fundamentales en el territorio de las Comunidades Europeas, limitándose el TCF a una garantía general del estándar irrenunciable de los derechos fundamentales¹⁰⁸. En definitiva, el TCF parecía que venía mantener de nuevo una facultad ordinaria, como la afirmada en Solange I, en caso de no respeto del estándar garantizado por la GG. La resolución *Bananenmarktordnung* (2000), tuvo la ocasión de pronunciarse de nuevo al respecto. En

bién la evolución jurisprudencial aquí comentada, véase María DÍAZ CREGO, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, 2009, p. 45 ss.

105 BVerfGE 73, 339, par. 105: «en tanto las Comunidades Europeas, y especialmente la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades, garanticen con carácter general una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder público de las Comunidades, que se haya de considerar esencialmente igual a la que necesariamente se ha de garantizar de acuerdo con la Ley Fundamental, máxime cuando se garantiza en general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal no ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado que es alegado como fundamento jurídico de la conducta de los tribunales y autoridades alemanes en el territorio de la República Federal de Alemania, y tampoco controlará este derecho a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Las cuestiones de inconstitucionalidad (de normas del derecho comunitario derivado al Tribunal Constitucional Federal) de acuerdo con el artículo 100 párr. 1 LF son por ello inadmisibles (BVerfGE 73, 339 [387])», BVerfGE 102, 147, par. 59. Un interesante comentario al respecto de la decisión Solange II puede consultarse en Meinhard HILF, *Solange II, Wie lange noch Solange? Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1987, p. 1-7.

106 A favor de la continuidad, Franz C. MAYER, «Verfassungsgerichtsbarkeit» en Armin von Bogdandy y Jürgen Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, 2009, p. 575. Rainer ARNOLD, *Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, p. 107.

107 Véase Jochen FROWEIN, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, p. 2 s. En la literatura española tal parecer lo comparte ALÁEZ CORRAL y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, nota 4, p. 283 s. También DÍAZ CREGO, nota 104, p. 47.

108 BVerfGE 89, 115, par. 70. Esta doctrina aparece aludida con citación expresa de la Sentencia Solange II, pareciendo que el TCF pretende situarse en su estela.

ella, ante las dudas surgidas acerca de un posible cambio de doctrina en Maastricht, se declaró seguidor de la doctrina Solange II, reiterando la inadmisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad en tanto no quedara acreditado que la UE se hubiera apartado del estándar de protección contemplado en la GG¹⁰⁹.

2. El control del derecho comunitario *ultra vires*

Aunque la doctrina Solange y sus eventuales modificaciones —objeto de debate en la literatura— ha constituido uno de los máximos referentes en lo relativo al control del derecho comunitario, la jurisprudencia del TCF no ha circunscrito su capacidad control al ámbito estrictamente iusfundamental. La Sentencia Maastricht, al tiempo de parecer alterar la anterior doctrina Solange, vino a reconocer la genérica facultad del TCF de controlar todos los actos de la UE que transgrediesen sus confines competenciales¹¹⁰. Tal facultad, simplemente señalada en la Sentencia Maastricht, fue acentuada en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa, predeterminando las condiciones y límites bajo las cuales dicho control podría tener lugar¹¹¹. Ese órdago, como se ha denominado en la literatura¹¹², tuvo la ocasión de ser ratificado en la Sentencia Honeywell —*Ultra-vires Kontrolle Mangold*— (2010)¹¹³ en la que, por primera vez, el TCF hubo de pronunciarse directamente sobre la eventual contradicción del derecho de la UE con el derecho interno, en concreto, de una resolución del TJUE¹¹⁴. La doctrina del TCF emitida en las Sentencias Lisboa y Honeywell, dejan claro que el control sobre la aplicabilidad del derecho comunitario puede llevarse a cabo en dos supuestos, que se corresponden con la infracción de los principios ya analizados y que, en la jurisprudencia del TCF, ins-

109 BVerfGE 102, 147, par. 32. En la citada Sentencia, el TCF hubo de conocer sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juez nacional contra los Reglamentos del Consejo de la Unión, que reordenaban el mercado del plátano en el ámbito comunitario por su supuesta vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la GG. El juez justificó el planteamiento de la cuestión en la supuesta existencia de un cambio de doctrina en la Sentencia Maastricht en materia de protección de los derechos fundamentales. El TCF inadmite la cuestión achacando al tribunal *a quo* una equívoca interpretación de la doctrina Maastricht, reiterando la vigencia de la doctrina Solange II. Es de interés el estudio doctrinal que trata de analizar la operatividad de la doctrina Solange en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Armin VON BOGDANDY, Matthias KOTTMANN, Carlino ANTPÖHLER, Johanna DICKSCHEN, Simon HENTREI, Maja SMRKOLJ, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, Common Market Law Review, núm 49, 2012, pp. 489 ss.

110 «En cualquier caso, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado en Alemania», BVerfGE. 89, 155, par. 70.

111 BVerfGE. 123, 267, par. 240: «Además, dentro de la jurisdicción alemana debe ser posible poder exigir la responsabilidad sobre la integración en caso de extralimitaciones evidentes en el ejercicio de competencias por la Unión Europea ... y para la protección del contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental en el marco de un control de la identidad».

112 Véase MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, nota 15, pp. 109 ss.

113 BVerfGE. 126, 286.

114 Un detallado comentario sobre los aspectos del caso con interesantes consideraciones puede verse en Justo CORTI VARELA, Javier PORRAS BELARRA y Carmen ROMÁN VACA, *El control ultra vires del Tribunal Constitucional Federal alemán. Comentario a la Decisión del 06.07.2010 (2 BvR 2661/06, Honeywell)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 40, 2011, pp. 827 ss.

piran las relaciones entre el derecho interno y el derecho comunitario: la soberanía y la democracia.

El primero de los supuestos de control se identifica con la infracción del principio de la competencia sobre la competencia, en concreto, como ha señalado el TCF cuando se excedan «los límites en el ejercicio de las competencias por parte de la Unión Europea»¹¹⁵. Con todo, el TCF ha dejado claro que no cualquier extralimitación justifica por sí misma la inaplicación del derecho comunitario, sino sólo la que, por su particular intensidad, genere un impacto importante en el sistema de distribución competencial entre Alemania y la UE¹¹⁶. Como cabe apreciar, la argumentación transcurre aquí directamente al nivel de los principios que estructuran las relaciones entre ordenamientos, lo que ha representado una moneda de uso corriente en la jurisprudencia del TCF cuando en el derecho interno, ha tenido que arbitrar la relación entre la Federación y los Estados miembros¹¹⁷ y entre los órganos constitucionales¹¹⁸.

Aquí, como allí, se ha venido a distinguir entre una mera infracción puntual de las normas constitucionales distributivas de competencias y de funciones, y la que, por su intensidad o reiteración, es susceptible de afectar directamente a contenido nuclear de los principios que organizan sus relaciones. Los principios de la cooperación leal entre poderes normativos construidos en la jurisprudencia del TCF, dejan también su impronta en las Sentencias Lisboa y Honeywell respecto al principio de apertura *ad extra* del artículo 23 GG¹¹⁹. Por ello el TCF ha reconocido que una interpretación del derecho comunitario por parte del TJUE —que era la examinada en el caso Honeywell— que fuera diversa a la realizada por del TCF no resulta suficiente para la conceptualización de su acto como *ultra vires* y, consecuentemente, para poder declararse inaplicable en Alemania. Al TJUE, como órgano supremo de interpretación del derecho comunitario, le corresponde la facultad de desarrollar el derecho comunitario conforme a su particular concepción¹²⁰. Tendría la consideración de un acto *ultra vires* de la UE si fuese mantenida una interpretación que alterara el equilibrio institucional de los tratados o tuvie-

115 BVerfGE. 123, 267, par. 240.

116 BVerfGE. 126, 286, par. 61.

117 Por ejemplo, en lo que se refiere a las relaciones entre la Federación y los Estados federados, el TCF afirmó que la lesión del principio de lealtad federal conforme al que se relacionaban ambas entidades del Estado federal alemán no se produce por una mera infracción competencial, sino cuando se pueda poner en peligro su funcionamiento mismo. BVerfGE. 14, 197 —*Kreditwesen* (1962)—, par. 72. En similares términos véanse las BVerfGEE. 1, 299, 12, 205 —*Rundfunkentscheidung* (1960)— y 81, 310 —*Kalkar II* (1990)—.

118 Véanse, entre muchas otras resoluciones: BVerfGEE. 36, 1 —*Grundlagenvertrag* (1973), 45, 1 —*Hausaltüberschreitung* (1977)— y 90, 286 —*Out of Area-Einsätze* (1994)—.

119 Este principio de cooperación leal ha sido justamente el que ha considerado el TCF en la Sentencia Maastricht, al afirmar que el control de los actos *ultra vires* de la UE no vulnera dicho principio. Más bien, lo que trata es de vincular dicho control a tal principio, de la que en realidad aquél trae causa. «El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el Derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración», BVerfGE. 123, 267, par. 240. De todos modos, el principio de cooperación leal ha sido afirmado desde hace tiempo en el seno de la UE. Véase con carácter genreal Armin von Bogdandy, «Grundprinzipien» en nota 106, pp. 54 ss.

120 BVerfGE. 126, 286, par. 66.

se un impacto importante en la distribución competencial entre los Estados miembros y la UE¹²¹.

El segundo de los supuestos de control del derecho comunitario se lleva a cabo a partir de exigencias del principio democrático. Conforme a la interpretación que le otorgó al mismo la Sentencia Lisboa, tendría la consideración de un acto *ultra vires* de la UE aquél que afectara a la identidad constitucional de Alemania. Es decir, el que vulnerara las decisiones políticas que han de reservarse a la decisión del pueblo alemán en cuanto titular de la soberanía¹²². De todos modos, el TCF, tras enumerar las dos condiciones para caracterizar un acto *ultra vires* de la UE, reconoce que antes de poder ejercer su competencia, ha de plantearse la cuestión prejudicial ante el TJUE, toda vez que es él el principal órgano competente para conocer sobre las cuestiones relativas al derecho comunitario. En este punto, como ha reconocido la doctrina, la jurisprudencia Honeywell ha venido a relajar el rol del TCF como defensor de la Constitución, afirmando vehementemente en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa¹²³.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

La jurisprudencia del TCF sobre el proceso de integración europea sigue evidenciando la defensa a ultranza de la estatalidad alemana frente a la UE, tratando de mantener su estructura constitucional frente a otro tipo de procesos que, más que nunca en la actualidad, demuestran su capacidad fáctica para disolver y absorber la normatividad definitoria de los Estados, edificados aún en gran medida sobre categorías del Estado nación. Es cierto que la literatura científica alemana ha criticado con gran vehemencia que el TCF haya ido acentuando aparentemente su discurso nacional, hasta en la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 2009, llegar incluso a asentarse expresamente sobre el aparato categorial de la tradicional teoría del Estado de los siglos XIX y XX a través de la citación de Georg Jellinek. Sin embargo, bien mirado, el clásico concepto de soberanía, reflejado en el principio jurisprudencial de la competencia sobre la competencia —uno de los pilares de su discurso jurisprudencial— ha aparecido inmodificado ya desde la Sentencia Eurokontrol I (1981). Las Sentencias Maastricht (1993) y Lisboa (2009) siguen situándose en la estela de aquella doctrina jurisprudencial.

La Sentencia sobre el Tratado de Lisboa, criticada por su carácter provocador a través de la citación de uno de los máximos representantes de la teoría formalizada del Estado, puede ser destacable más bien por lo contrario: por una definición del principio democrático —el segundo de los pilares de la jurisprudencia sobre el proceso de integración europeo— que se sitúa a caballo entre el historicismo y el decisionismo. Mediante ello, el TCF habría parecido abrirse a definir las categorías con las que definir el proceso de integración europea no sólo en clave interna nacional, sino desde la tradición común de los Estados de la UE. Una pretensión que viene siendo reclamada en Alemania desde determinadas escuelas de pensamiento científico.

121 BVerfGE. 126, 286, par. 61 y 64.

122 BVerfGE. 126, 286, par. 65.

123 Véase José MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, nota 15, p. 126.

De todos modos, no debe pensarse en que este aparentemente nuevo discurso fomentará el proceso de integración europea. El detenido análisis de la Sentencia Lisboa parece evidenciar el retorno del TCF a su jurisprudencia más temprana, cuando la definición historicista y decisionista del orden democrático liberal sirvió directa e inmediatamente para construir un mecanismo de defensa de la Constitución *ad intra* frente a los enemigos de la democracia. La alusión en la Sentencia Lisboa al principio de la dignidad humana que ya en la temprana jurisprudencia justificó dogmáticamente la necesidad de responder frente a los enemigos internos de la democracia, y las constantes críticas a la concepción de la democracia en el seno de la UE, hacen reflexionar si el TCF ha desempolvado la vieja espada oxidada de la defensa constitucional para esgrimirla ahora *ad extra*. La defensa de la identidad nacional concentrada en ciertas decisiones políticas amenaza con ser el *alter ego* de aquella democracia militante. Como un argumento adicional a la ya enfervorizada defensa de la estatalidad alemana.

TITLE: *Sovereignty and democracy in the European speech of the Constitutional German Court.*

ABSTRACT: *This paper analyzes the German Federal Constitutional Court case-law about the European integration process. Both concepts of sovereignty and democracy, base of its reasoning, have been constructed as related to a national legal system. Therefore, the nature, functions and limits of the EU has been determined by the BVerfG in relation to state categories. This paper tries to show how since Lisbon's ruling (2009), the bases for a definition of sovereignty and democracy from the point of view of the common constitutional tradition of Member States may have been established. That's to say, what modern Schools for Scientific Thought call iuspublicum europaeum. The German Federal Constitutional Court makes this methodological transformation returning to the material concept of democracy established during the 50's and 60's. If it was then used in order to construct a militant democracy ad intra against the enemies of democracy, it may be now used to the militant defense ad extra of democracy. The respect for German political identity imposed by Lisbon's ruling supports this idea.*

RESUMEN: *Este trabajo se ha propuesto analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el proceso de integración europeo. Las categorías de soberanía y democracia, los dos pilares en los que se ha apoyado tradicionalmente su argumentación, se han concebido como cualidades de un ordenamiento nacional. Por ello, la naturaleza, las funciones y límites de la UE se han definido por el Tribunal Constitucional Federal a partir de categorías de derecho interno. Este trabajo ha tratado de demostrar cómo desde la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2009), se han parecido sentar las bases para definir los conceptos soberanía y democracia, a partir de la tradición constitucional común de los Estados miembros. En definitiva, de lo que modernas escuelas de pensamiento científico denominan un iuspublicum europaeum. Esta transformación metodológica se lleva cabo por el Tribunal Constitucional Federal alemán retornando a la concepción material de democracia presente en su jurisprudencia de los años 50 y 60. Si esta sirvió entonces para construir una democracia militante ad intra frente a los enemigos de la democracia, es posible que pueda servir también ahora para la defensa militante ad extra de la democracia. El respeto de la identidad política alemana impuesta a la UE en la Sentencia Lisboa puede hablar a favor de ello.*

KEY WORDS: *German Federal Constitutional Court case-law, Sovereignty, Democracy.*

PALABRAS CLAVE: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Soberanía. Democracia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 01.06.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.

